

per la storia  
del pensiero  
giuridico  
moderno

6

FRANZ WIEACKER

STORIA DEL  
DIRITTO PRIVATO  
MODERNO

VOLUME PRIMO

giuffrè editore milano

Titolo originale dell'opera:

Franz Wieacker, «*Privatrechtsgeschichte*»

© Copyright by Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1967

Questo volume — sesto di una collana che si affianca ai «Quaderni» annuali — si inserisce nel programma di un Gruppo di ricerca per la storia del pensiero giuridico moderno, promosso e diretto da Paolo Grossi, presso l'Università di Firenze.



*Per la storia del pensiero giuridico moderno*

6

---

**FRANZ WIEACKER**

**STORIA DEL  
DIRITTO PRIVATO MODERNO  
CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLA GERMANIA**

Presentazione di  
**UMBERTO SANTARELLI**

**VOLUME PRIMO**



*Milano - Giuffrè Editore*

titolo originale dell'opera:

*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2., neubearbeitete Auflage; Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1967.

Traduzione italiana di UMBERTO SANTARELLI (§§ 1-19, tomo I) e SANDRO-A. FUSCO (§ 20-fine, tomo II).

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

---

(1980) Tipografia MORI & C. s.n.c. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

## PAGINA INTRODUTTIVA

*Ovunque citata, di solito sparsamente letta, di rado esaminata nella sua organicità, la 'Privatrechtsgeschichte der Neuzeit' di Franz Wieacker ha costituito sino ad oggi per il lettore italiano, a causa del suo tedesco tanto ricco e fantasioso quanto di difficile approccio, una sorta di appuntamento culturale mancato, una occasione perduta per l'avvio d'un ripensamento che investisse anche molte delle vicende del diritto privato di casa nostra nell'età nuova.*

*In questa ferma convinzione e nella altrettanto ferma certezza che — a ventisette anni di distanza dalla prima edizione tedesca — questo libro singolare e fortunato continui a rappresentare un sussidio insostituibile per lo storico del diritto, il 'Centro fiorentino per la storia del pensiero giuridico moderno' ha voluto promuoverne e realizzarne la traduzione italiana.*

*Dopo molti anni, dopo molte difficoltà — e di varia indole — la traduzione, condotta sulla seconda edizione tedesca del 1967, vede infine la luce. Mentre non posso celare un sentimento di profonda soddisfazione contemplando l'opera ormai compiuta, mi è caro esprimere un ringraziamento schiettissimo a Franz Wieacker per la sua liberalità e la sua pazienza; un pari ringraziamento a Umberto Santarelli e a Sandro - Angelo Fusco, che hanno intelligentemente ed efficacemente affrontato e sostenuto la grossa fatica di tradurre un libro di non agevole trasposizione linguistica.*

*Ma difficoltà e oneri appartengono al passato; ciò che conta è ora la presenza di questo impareggiabile strumento culturale definitivamente acquisito al nostro quotidiano tavolo di lavoro.*

PAOLO GROSSI





## PRESENTAZIONE

La storiografia giuridica europea s'è trovata (da sempre, si può dire) di fronte a una specie di 'tentazione', alla quale ha lungamente indulto quasi senz'accorgersene: quella di ridursi ad una 'storia di sopravvivenze', di farsi attenta più alla spigolatura d'antichi 'resti' (di provenienza e di autenticità assai dubbie, d'altronde) che non alla raccolta della gran messe che il campo pur offriva a chi soltanto avesse avuto occhi per vedere. Di questo 'peccato originale' esistono non poche prove, ed alcune tanto illustri da far quasi pensare ad una *felix culpa*. Tre titoli, scelti forse non proprio a caso, sembrano testimoniare con particolare evidenza quest'ottica distortente: la *Storia del Diritto romano nel Medio Evo* del Savigny, il *Diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia* dello Schupfer, *L'Europa e il Diritto romano* del Koschaker; tre 'esponenti' significativi d'un approccio alla storia dell'esperienza giuridica dell'Europa medievale e moderna che dimenticava il tessuto reale di questa esperienza per ricercar soltanto — con un'operazione di cernita più che discutibile — gli echi di storie diverse forzosamente prolungate oltre i limiti naturali (e per ciò stesso palesemente invalicabili) delle loro vicende. In fondo, più che di ricostruir la storia dell'esperienza giuridica del Medioevo dell'Italia o dell'Europa — nella sua reale 'corposità' storica — a questa storiografia premeva cantare una sorta di epopea del diritto romano o di quello germanico, senza neppur preoccuparsi di accertare preliminarmente ed in modo rigoroso cosa in realtà fosse questo diritto romano o germanico di cui si pretendeva di narrare (o d'inventare?) l'inverosimile storia 'ulteriore'. Quel che, da quest'angolo visuale, andava irrimediabilmente perduto — in lavori pur mirabili per finezza d'erudizione — era la consapevolezza dell'irriducibile autonomia dell'esperienza giuridica medievale e

moderna in quanto processo storico, oggetto primario (e, in certa misura, esclusivo) della riflessione storico-giuridica.

Per correggere in modo adeguato quest'ottica falsante bisogna prender le mosse, non già da revisioni di pura metodologia storiografica (anch'esse, certo, tutt'altro che inutili), ma piuttosto da un'adeguata rifondazione 'teorica' del lavoro storico-giuridico: a voler usare un linguaggio di sapore vagamente galileiano, si direbbe che — anche in questo caso — l'ultima parola deve spettare al giurista. Il quale potrà, proprio sul filo d'una corretta riflessione teorica, indicare chiaramente l'esperienza giuridica europea (medievale e moderna) come *autonomo* oggetto della sua indagine: oggetto storicamente mutevole, certo; processo storico che come tale può essere interpretato solo a partir da se stesso, senza cioè esser ridotto ad incolore 'terreno di coltivazione' di 'sopravvivenze' impossibili e di ancor più assurde 'rinascite'. È, questo, un discorso avviato da tempo: basterebbe solamente pensare alla lucida critica che, di certe visioni inutilmente oltretombali (Vinogradoff) e di tutta la tradizione risalente alla *Storia* del Savigny, fece Francesco Calasso <sup>(1)</sup>. E tuttavia, malgrado che sia già avvenuta questa revisione teorica, non son cadute in desuetudine né l'ottica di cui or ora dicevamo né quella 'visione romanistica' la quale — se in settant'anni ha perso il gusto un po' macabro del Vinogradoff per le larve — non per questo ha abbandonato la pretesa d'interpretare l'esperienza giuridica dell'Europa medievale e moderna quasi segmento d'una 'tradizione' che la sopravanza e la ricomprende come il tutto la parte. Illuminante appare, per questo, anche l'uso corrente di certi termini per qualificare taluni momenti 'forti' della storia giuridica europea; giacché è facile cogliere una nettissima *summa divisio* tra termini di sapore, per dir così, *esegetico* che di per sé rinviano ad 'oggetti' estranei all'esperienza giuridica europea, e termini che invece ripetono la loro efficacia definitoria da ragioni 'interne' alla materia stessa da definire. Appartiene alla prima categoria una nomenclatura celeberrima — *Glossatori, Commentatori* (del *Corpus Juris*, s'intende),

---

(1) F. CALASSO, *Storicità del diritto*, Milano, 1966, pp. 211-213, 234-235, 329-330.



Recezione (del Diritto romano) *Usus modernus (Pandectarum)*, Pandettistica — di cui è caratteristica essenziale il riferimento ad un dato estraneo (non solo al termine, ma — a ben guardare — estraneo anche alla materia oggetto della definizione): quel che appare evidente dall'uso di questa terminologia — e, prima e di più, dallo strumentario concettuale di cui questi termini rappresentano solamente il calco linguistico — è che coloro che pur hanno tanto lungamente (e acutamente) studiato certi punti nodali della storia della scienza giuridica europea sono stati attenti più all'oggetto estrinseco della *lectura* in cui quella scienza si esercitava che non ai nessi reali che inserivano quella medesima scienza nell'esperienza giuridica del proprio tempo come suo ineliminabile momento riflesso. All'altra serie di termini — quelli, come or ora dicevamo, più attenti alle ragioni 'interne' della materia da definire — appartiene una terminologia di tutt'altro conio concettuale — Giustnaturalismo, Positivismo, Naturalismo — dalla quale è manifestamente estraneo quel sapore 'esegetico' di cui si ragionava dianzi.

\* \* \*

Lungo quest'itinerario, che ben si potrebbe chiamare di liberazione della storiografia giuridica europea dall'ottica distortrice delle tradizioni paralizzanti e delle rinascite 'miracolose', la *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* di Franz Wieacker rappresenta certamente una tappa significativa. Due dati sembrano particolarmente meritevoli d'una sottolineatura. Il primo consiste nell'aver preso le mosse, per ricostruire la storia del diritto privato moderno, da un'analisi — non frettolosa né condotta a mo' di prefazione 'estrinseca' — delle premesse medievali di questa storia: un'operazione che va facendosi ormai consueta (si pensi al primo volume del *Handbuch der Quellen* edito dall'Istituto Max Planck di Francoforte sul Meno sotto la direzione di Helmut Coing) <sup>(2)</sup>, ma che consueta non era

---

<sup>(2)</sup> Di quest'aspetto del *Handbuch* abbbiam fatto cenno recensendolo in *Quad. Fior.*, 3/4 (1974-75), pp. 692 s.

quando — nel 1952 — uscì la prima edizione di questo libro. Né questo particolare rilievo, che all'esperienza giuridica medievale viene dall'esser considerata come premessa fondante di quella moderna, si risolve in un semplice riaggiustamento di cesure cronologiche: esso rappresenta piuttosto l'esito ultimo di quel procedimento di revisione cominciato assai prima, quando — tanto per citare una polemica esemplare — il Calasso aveva infranto l'antica identificazione del diritto comune con un diritto romano 'ammodernato' in séguito alla sua 'prodigiosa reviviscenza' medievale.

Ciò che sostiene e giustifica questa revisione di prospettive — e che costituisce il secondo (e fondamentale) elemento di novità dell'opera del Wieacker — è un criterio che attiene alle premesse teoriche dell'analisi storiografica; e consiste nel fondare metodicamente quest'analisi sul confronto tra o g n i situazione storica 'generale' e le c o n s e g u e n t i caratteristiche delle strutture giuridiche (nei termini cari al Capograssi potremmo dire, più chiaramente: nel ridurre quest'analisi alla scoperta del nesso specifico ed irripetibile che unisce o g n i esperienza comune alla s u a esperienza giuridica) <sup>(3)</sup>. Un simile criterio, applicato coerentemente allo studio dell'esperienza giuridica dell'Europa medievale e moderna, consente di ricostruire la storia di quest'esperienza senza bisogno di misurarla a paradigmi estrinseci. Di quest'autonomia di ricostruzione storica, e soprattutto dell'assenza dei 'pregiudizî romanistici', è dato di coglier più d'un frutto, in queste pagine: si veda, come veramente esemplare, il discorso intorno a quella che usualmente suol definirsi età dei Postglossatori e dei Commentatori e che il Wieacker qualifica invece come punto d'arrivo della scienza giuridica medievale e di cui indica a protagonisti i *Consiliatores* (cfr. *infra*, § 5, pp. 107-130). Quanto la terminologia tradizionale — col suo sapore 'esegitico' di cui poc'anzi dicevamo — lasciava intravedere un di-

---

(<sup>3</sup>) Si pensi al titolo — assolutamente esemplare — dato dal Wieacker al suo contributo al « *Ius Romanum Medii Aevi* »: *Allgemeine Zustände und Rechtszustände gegen Ende des weströmischen Reiches* (IRMAE, I, 2, a), che ben potrebbe tradursi: *Esperienza comune ed esperienza giuridica sul finire dell'Impero romano d'Occidente*.

segno palesemente 'romanistico' tutto incentrato sui 'rinascimenti' più o meno 'miracolosi'; altrettanto il discorso del Wieacker mostra chiaramente d'aver il proprio naturale centro di gravità nell'esperienza giuridica di cui ricostruisce la storia (protagonista è la 'scienza giuridica medievale'), e d'esser proprio per questo in grado di dare il rilievo primario ch'essa merita alla funzione reale che i giuristi esercitarono nella loro società — come *Consiliatores*, per l'appunto <sup>(4)</sup> —, mettendo correttamente in secondo piano le 'tecniche' di cui essi si giovano nella lettura del *Corpus* giustiniano e che determinarono i 'generi' della loro produzione letteraria <sup>(5)</sup>. In questa prospettiva diventa del tutto secondario il problema del diverso grado di 'praticità' della riflessione dei Glossatori rispetto ai Commentatori (o ai *Consiliatores*, se si vuole), oppure dei Civilisti al confronto coi Canonisti; se per 'praticità' si voglia intendere (un po' grossolanamente, a dire il vero) un'immediata utilizzabilità forense delle *conclusiones* dei *doctores*. Perché — come tutto l'impianto di questa ricostruzione del Wieacker dimostra con perfetta lucidità e rigorosa coerenza — la 'praticità' dei *doctores* (quella *lectura* tanto storicamente spregiudicata e così intrisa di autentica 'contemporaneità' ch'essi fecero della *littera* giustiniana e di quella canonica) fu cosa culturalmente ben più profonda d'un mero restauro di prassi giudiziaria; e la funzione decisiva ch'essi assolsero nella società europea — col formare quel ceto d'intellettuali che diventò subito protagonista della vita pubblica — rappresentò ben altro che un'operazione di pura accademia. Proprio riflettendo su quel genere di 'praticità' e sulla reale portata storica di questa funzione, si può intender bastevolmente quanto

---

(4) Un termine, questo di *Consiliatores*, che nel discorso del Wieacker assume una pregnanza di significato infinitamente maggiore di quella che riduce il *consiliator* a semplice 'autore di *consilia*': pregnanza che, invece, sfuggì del tutto al BERRI, quando recensì la prima edizione di quest'opera (cfr. SDHI, XVIII [1952], 293).

(5) Negli anni più recenti la riflessione si è approfondita lungo quest'itinerario, dando frutti che sembrano davvero pregevoli: cfr. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto - Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, 1968; e, da ultimo, la rassegna critica del CAVANNA, SDHI, XLIV (1978), 95-138.



angusta sia la pretesa di ridurre la storia dell'esperienza giuridica europea a mera tradizione fatta di 'rinascimenti', di recezioni e di usi 'moderni' d'antichi testi normativi.

Né questo mutamento di prospettive — con le premesse teoriche che lo fondano — resta sterile e conchiuso in se stesso; giacché è evidente che proprio da questo nuovo modo d'intendere e di valutare l'esperienza giuridica basso-medievale nasce l'esigenza di riconnetterla — seguendo i nessi e gl'itinerari dei processi storici 'naturali' — all'emergere delle successive esperienze dell'età moderna e contemporanea. Itinerari e processi, nel ripercorrere i quali nessuno osa negar valore a certe svolte che hanno tanto profondamente rinnovato il tessuto dell'esperienza giuridica europea, nel contesto dei fondamenti teorici più che non nel concreto dei contenuti normativi e dei valori, per dir così, 'secondari': il Giusnaturalismo sei-settecentesco, per esempio, col suo lucido proclamare il 'diritto di ragione' (*Vernunftrecht*) ha rappresentato indubbiamente un'ideologia giuridica nuova nella misura in cui ha mirato ad 'autofondare' l'esperienza giuridica (sulla 'ragione', per l'appunto, come sostanza e basamento della volontà illuminata del Sovrano o di quella del Popolo) superando così le precedenti 'eterofondazioni' (sull'idea di Roma, sui testi del *Corpus* giustiniano, sulla cultura antica o su una giustizia rivelata fattasi per virtù propria paradigma assoluto del *jus naturale*). Ma, anche nel coglier l'originalità di certe svolte, allo storico dell'esperienza giuridica spetta pur sempre il compito d'attinger gradini più alti ed 'oggettivi' d'interpretazione, raggiunti i quali non ci si contenterà più di parlare né di continuità né di rinascimenti né di rivoluzione, ma converrà piuttosto discernere — in ogni momento 'critico' e creativo — quanto si rinnova magari in conseguenza del mutare delle prospettive generali e teoriche da quel che invece resta in sé immutato (malgrado ogni rifondazione del sistema dei principi).

In questo senso, per come è attenta a cogliere ogni rinnovamento di quadro teorico e di contenuti normativi, e nel contempo a sottolineare le continuità riscontrabili al di là d'ogni mutamento, quest'opera del Wieacker è davvero esemplare: chi volesse convincersene appieno, non ha che da leggere le pagine

dedicate al bilancio complessivo della Recezione e dell'*Usus modernus* o all'analisi delle connessioni del Giusnaturalismo con la riflessione teologico-giuridica della Seconda Scolastica e con tutto il patrimonio di norme e di principî che l'esperienza giuridica europea era venuta accumulando nei secoli.

\* \* \*

Nel presentare al pubblico italiano quest'opera una parola deve forse essere spesa sul rilievo primario che — per ragioni del tutto ovvie — nelle pagine del Wieacker è dato alle vicende che interessano la Germania <sup>(6)</sup>: giacché un libro scritto da un tedesco per tedeschi (anche, seppur non esclusivamente, per gli studenti che frequentano i corsi di 'Storia del diritto privato moderno') non poteva non avere un'ottica — per dir così — 'germanocentrica'. E può esser necessario — per ragioni altrettanto ovvie — accomodare preliminarmente l'occhio del Lettore italiano a quest'ottica per lui inconsueta, in modo da consentirgli di valutare correttamente quel che altrimenti potrebbe apparirgli solamente opinione sbagliata e falsante. Così, per esempio, si spiegano (e si giustificano) certe sottolineature e certe attenuazioni che potrebbero anche tornare sgradite al Lettore italiano: il quale — sempre per limitarci a qualche esempio — è avvezzo a dare all'Umanesimo come fatto culturale un rilievo e una collocazione cronologica del tutto diversa da quella che invece appare corretta (e consueta) all'occhio dello studioso tedesco: solo tenendo conto di questa (naturalissima) differenza, il Lettore italiano potrà meglio valutare le pagine dedicate dal Wieacker per l'appunto all'Umanesimo (§ 5, III, pp. 120 ss.; § 7, IV, 2, b, pp. 210 ss.; § 8, IV, pp. 234 ss.) con un taglio cronologico (e non solo cronologico) che va dai *Consiliatores* medievali — da Cino da Pistoia (1270 circa-1336) — fino a tutto il XVII secolo e della cui perfetta legittimità ci si può render conto se non si dimenticano le profonde differenze che segnano la storia della cultura in Italia e in Germania.

---

(6) Rilievo che è testimoniato, anche sul piano formale, dal sottotitolo dell'opera (« con particolare riguardo alla Germania »).

Un discorso analogo potrebbe farsi per la Recezione, non come fatto in sé né come ‘concetto’ (?), ma in quanto concreta operazione storica e tratto caratterizzante d’una precisa fase della storia giuridica d’Europa: perché non v’è dubbio che, in questa prospettiva storica, l’angolatura ‘germanocentrica’ sia affatto determinante, e che al Lettore italiano sia chiesto di cogliere anzitutto la differenza che — al di là d’ogni similitudine ‘concettuale’ — corre tra quella che lo stesso Wieacker definisce la ‘Recezione pratica’ ed il ‘Rinascimento giuridico’ italiano. Né l’impresa gli sarà difficile, sol che quel Lettore non dimentichi quanto diverso sia il punto di partenza — il ‘materiale’, se si preferisce — di quei due fatti storici; se, anzi, terrà a mente che — sempre per parlar figurato — la Recezione ebbe ad ‘oggetto’ proprio il ‘prodotto’ del Rinascimento giuridico. L’unità si ricomporrebbe, forse, se l’angolo visuale dello storico diventasse davvero europeo: ma finché i ‘particolari riguardi’ resteranno per antico vizio nazionali (ed è già tanto che non siano più nazionalistici), saranno inevitabili certe particolarità prospettiche che toccherà al Lettore di ‘compensare’ con la vigilanza della sua lettura.

Certo, ‘recezione’ e ‘rinascimento’ son già di per sé schemi interpretativi più che discutibili: l’una e l’altro sottintendendo che un ‘diritto’ possa esser recepito o rinascere entro società diverse da quella in cui s’era formato e sviluppato; schemi che certamente hanno avuto la loro massima fortuna quando il discorso storico-giuridico non si preoccupava quant’era necessario della coerenza teorica dei propri fondamenti, e finiva per questa via col confondere un ordinamento o un’esperienza giuridica — come tali insuscettibili sia d’esser recepiti *in toto* che di ‘rinascere’ tali e quali a nuova vita — coi patrimoni relitti (i testi normativi, per esempio) da ordinamenti e da esperienze al termine (ovviamente improrogabile) della loro vicenda storica. Contraddizioni teoriche come queste son tali, da non poter essere ovviate con temperamenti suggeriti dal semplice buon senso: esse, una volta messe allo scoperto, esigono un ripensamento radicale. Se il Lettore colto avrà la (doverosa) pazienza di leggere

---

(?) Per questo potremmo senz’altro rinviare alla recensione del BETTI che si citava poc’anzi (cfr. partic. SDHI, XVIII [1952], 292-296).



(o di rileggere) questo libro davvero fondamentale, si renderà facilmente conto di quanto grandi siano i meriti del Wieacker — così libero, lui romanista insigne <sup>(8)</sup>, dai 'pregiudizî romanistici' — in quest'opera di revisione critica dei presupposti teorici da cui deve prender le mosse lo storico dell'esperienza giuridica dell'Europa medievale e moderna <sup>(9)</sup>.

Un discorso a parte meriterebbero infine le pagine che il Wieacker dedica all'esperienza giuridica contemporanea; nelle quali — seppur in quell'ottica 'germanocentrica' di cui si ragionava ora — emergono in primo piano i segni drammatici di questi nostri tempi, le crisi spirituali e culturali che hanno travagliato (ed insieme arricchito) la vicenda storica d'Europa: i fasti e la fine dell'idealismo e del positivismo; la tragica esperienza nazionalsocialista; il rinascere del giusnaturalismo — sia di matrice cristiana (cattolica e protestante) che di fondazione razionale — come risposta, 'esistenziale' prim'ancora che riflessa, a quell'istanza di giuridicità 'metapositiva' che nasceva dalle macerie immani dell'ultimo conflitto mondiale; l'ideologia dello Stato 'sociale' con tutte le sue premesse e le sue implicazioni. Il Lettore provveduto leggerà ed apprezzerà da sé solo queste pagine per quel (moltissimo) ch'esse meritano come sintesi storica e come testimonianza d'un'esperienza di vita lucidamente vissuta e sofferta. Nel meditarle, non si vorrà dimenticare quell'intitolazione data dal Wieacker all'ultima parte della sua fatica — *alla ricerca della Giustizia* — che mette a nudo, come meglio non si potrebbe, il senso ultimo e più riposto della 'sapienza civile' e della sua storia.

\* \* \*

Questa che ora presentiamo è una traduzione, che, come tale, ha sollevato per chi l'ha fatta problemi non sempre

---

<sup>(8)</sup> Non è certo, quello del Wieacker, il solo esempio che si possa addurre di romanista 'spregiudicato': si pensi, tra i nostri, all'ORESTANO e alla sua magistrale *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, II ed. Torino, 1961.

<sup>(9)</sup> Che poi, talvolta, lo stesso Wieacker affermi che fino al Giusnaturalismo la scienza giuridica europea è stata solamente una scienza esegetica paga della sua funzione di lettrice di testi (cfr. § 15, V, 2, c, bb, pp. 418-419) nulla toglie alla sostanza storica d'insieme della sua opera.

facilissimi a risolversi. Quelli 'generalisti', prima di tutto: perché — come ha acutamente osservato il Gadamer <sup>(10)</sup> —, se tradurre altro non è che interpretare, non c'è traduzione che sia puro ricalco del suo originale, e la (pur doverosa) fedeltà non esclude ad ogni passo per il traduttore il peso di scelte i cui esiti restan chiaramente segnati nel testo ch'egli vien componendo. Tradurre, infatti, non è solamente (come il termine di per sé suggerirebbe) trasferire un libro da una lingua all'altra mediante un'operazione del tutto estrinseca, ma comporta necessariamente la lettura la comprensione e la riscrittura d'un testo che alla fine apparirà necessariamente 'manipolato' dal suo traduttore. Anzi, se un pregio il lavoro di traduzione può (e deve) avere, è proprio quello di compiere così a fondo questo procedimento di lettura e di riscrittura, da far poi dimenticare al suo lettore che si tratta d'un testo tradotto. È per l'appunto quel che ci siamo sforzati di fare nelle pagine che seguono.

Nel nostro caso, poi, s'è posto anche qualche altro problema più specifico. Il primo — e più grande — è stato quello di determinare se si dovesse fare una traduzione o un'edizione italiana; se — cioè — lasciar intatta l'ottica chiaramente 'germanocentrica' del libro, o invece — in vista anche di possibili utilizzazioni scolastiche — far qualche 'aggiustamento' — come sarebbero appendici o altri apparati — per prospettare, accanto a quella originale del libro, anche un'altra possibile ottica orientata su punti di riferimento diversi. Abbiamo (e giustamente, credo) preso la prima di queste due strade, parendoci indebito ogni pur segnalato intervento nel tessuto dell'opera: il Lettore provveduto saprà certamente fare da sé solo quest'opera di 'compensazione' fra l'ottica del libro e la sua propria prospettiva di lettura (e se questo Lettore sarà, per avventura, uno studente, l'esercizio gli potrà anche giovare).

C'era poi il problema dell'apparato bibliografico: che è ricco, certo, ma — anch'esso — 'germanocentrico' e soprattutto fermo al 1967 quando uscì la seconda edizione su cui abbiám condotto la traduzione. aggiornarlo (magari con appendici ad ogni par-

---

(10) H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. G. VATTIMO, Milano 1972, pp. 443-444.

te o ad ogni paragrafo) o no? Abbiám risposto di no; non solo spaventati dall'enormità del còmpito, ma anche convinti che un'opera come questa la si cerca e la si legge non per trovarvi un ragguaglio bibliografico completo ed aggiornato (se pur ne esistono), ma per quel che essa contiene per originalità d'impianto e di giudizio; si cerca, insomma, il pensiero del Wieacker, e basta. Ed è stata, questa, una scelta rigorosa, a cui non abbiám mai derogato: nemmeno quando l'aggiornamento sarebbe stato facile <sup>(11)</sup>, o l'integrazione a comodo (almeno) del Lettore italiano appariva quasi d'obbligo <sup>(12)</sup>. Quel che, invece, abbiám cercato di dare sempre, è l'indicazione delle traduzioni italiane delle opere citate, in modo da consentire al nostro Lettore di profittare quanto più possibile dell'apparato bibliografico <sup>(13)</sup>.

\* \* \*

Al momento di concludere quest'impresa — assai più lunga ed aspra di quanto si prevedeva all'inizio — vogliamo dir grazie di cuore alla Casa editrice Giuffrè e a Paolo Grossi direttore della

---

<sup>(11)</sup> Tanto per citare l'esempio forse più 'clamoroso', abbiám lasciato (*infra*, p. 115, nt. 19) la citazione del contributo del CASAMASSIMA sui manoscritti delle opere di Bartolo conservati nelle biblioteche tedesche comparso nel 1962 (ZSS, RA, LXXIX, 1962, 169 ss.) senza rammentare, dello stesso CASAMASSIMA, il monumentale *Iter germanicum (Codices operum Bartoli a Saxoferrato recensiti - Iter germanicum* a cura di E. C., Firenze, 1971). Questo abbiám fatto, convinti che nessun criterio è di per sé perfetto, ma che — una volta scelto — dev'esser seguito in modo rigorosamente uniforme.

<sup>(12)</sup> Sempre per restare agli esempi estremi, al lettore potrà apparir singolare che quando si ragiona dell'Umanesimo italiano, si citi il FRIEDRICH (cfr., per es., *infra*, p. 123, nt. 47) — che è pur sempre (e solamente) un libro di storia letteraria — e non si rammenti nemmeno il celeberrimo lavoro del GARIN, *L'Umanesimo italiano*, Bari, 1952. Anche qui s'è preferito astenersi da aggiornamenti, che avrebbero (in questo caso specifico) avuto ancor di più sapore d'un intervento indebitamente censorio, dal momento che il libro del Garin compare per la prima volta proprio in tedesco (*Der italienische Humanismus*, Bern, 1947).

<sup>(13)</sup> Rientra tra questi aggiornamenti puramente estrinseci la citazione (mancante, ovviamente, nell'originale tedesco) di un lavoro del KISCH (cfr. *infra*, pp. 118-119, nt. 34) dal quale abbiám tratto la narrazione in italiano della celebre storia (o storiella?) dei giudici di Frauenfeld.

collana, per la pazienza che hanno avuto nell'aspettar la conclusione del nostro lavoro; e a Gianfranco Garancini per il prezioso aiuto dato nell'ultima revisione delle bozze di stampa.

A chi scrive resta, con la gioia affaticata d'aver giunto la fine, il ricordo prezioso d'un'altrettanto preziosa esperienza di studio.

Modena, Università, settembre 1980

UMBERTO SANTARELLI

## PREFAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE TEDESCA

*Soltanto ora mi riesce esaudire le cortesi insistenze dell'Editore, e presentare la seconda edizione di questo libro, dopo che della prima si erano da tempo dovute fare delle semplici ristampe. Sarà utile spendere qui qualche parola sulla struttura di questa nuova edizione e sulle sue novità rispetto a quella precedente.*

*Della prima edizione si è conservato in linea di massima soltanto il piano generale, mentre il testo è stato rivisto pagina per pagina, e spesso riscritto daccapo. L'apparato critico è stato arricchito per consentire al lettore di ripercorrere il più possibile la strada fatta dall'autore per arrivare alle sue conclusioni, e per dar conto dello stato attuale dei nostri studi e dei problemi ancora aperti e dibattuti. Si è cercato anche di colmare due lacune particolarmente avvertibili nell'edizione precedente, dando spazio a una visione d'insieme della scienza canonistica medievale e rendendo autonomo il discorso intorno all'età dell'Usus modernus. In qualche lettore potrà forse restar l'impressione che anche così all'Usus modernus — l'epoca certamente più lunga e più ricca di apporti alla storia del diritto privato moderno — non sia stato fatto il posto che avrebbe meritato; gli è che la nostra esposizione è orientata a cogliere più il progredire dell'autoconsapevolezza scientifica che la crescita (anche sul piano dogmatico) dell'ordinamento privatistico e la consolidazione della prassi forense, le quali rappresentano il principale apporto dell'Usus. Non ci è parso, invece, di dover parlare dell'Umanesimo giuridico come d'un'epoca autonoma, malgrado la crescente attenzione che ad esso vien dedicata come fatto culturale in senso ampio e per i suoi specifici apporti alla storia della scienza giuridica. In Francia e nei Paesi Bassi, infatti, l'Umanesimo giuridico ha dato una forma veramente nuova alla scienza del diritto privato, e gli effetti di questo rinnovamento si sono avvertiti in tutta l'Europa. In Germania, invece, malgrado certi inizi promettenti, questa fun-*

zione rinnovatrice è stata assunta (ed assoluta) soltanto dalla Scuola storica. Al contrario ci è parso giusto conservare al Giusnaturalismo laico il rilievo che gli deriva dall'essere componente primaria e fondamentale della storia del diritto privato: si giustifica così che esso abbia conservato anche in questa seconda edizione quel suo spazio che a prima vista potrebbe sembrare non del tutto adeguato. Infine, la convinzione che la storia del diritto privato non rappresenta un fatto ormai concluso, che essa è non inerte patrimonio della tradizione bensì trama ancora incompiuta affidata al nostro presente, ha spinto l'autore a seguirne lo sviluppo fin negli anni più recenti.

Né potrà sfuggire al lettore che proprio in questo campo l'autore stesso, come contemporaneo, sia soggetto in misura particolare a condizionamenti di carattere più propriamente personale.

Nell'ultimo decennio le ricerche di storia del diritto privato hanno conosciuto in Europa, ed anche in Germania, una fioritura superiore ad ogni aspettativa; e questo è, forse, uno degli aspetti più positivi della scienza giuridica contemporanea. Naturalmente questa nuova edizione non poteva non esserne influenzata: a queste nuove ricerche essa deve anzitutto la consapevolezza della costante presenza del diritto romano a nord delle Alpi fin dall'epoca dello sviluppo dei centri di cultura ecclesiastici nell'XI secolo e, più ancora, a partire dalla formazione di un ceto di giuristi come conseguenza del « miracolo bolognese ». Una tale consapevolezza è (ma solo parzialmente) testimoniata dall'uso, che abbiám fatto, del termine « proto-recezione » ad indicare, per l'appunto, gl'inizi di quella presenza.

Similmente è dovuto ai risultati dei più recenti studi storico-giuridici il riconoscimento della parte decisiva avuta da questo ceto dei giuristi nell'avviare lo sviluppo costituzionale amministrativo e giudiziario del nascente Stato moderno. Maggiormente basato su nostre riflessioni autonome è, invece, il mutamento di giudizio sulla Scuola storica e sul Positivismo giuridico del XIX secolo nella prospettiva d'un rinnovamento scientifico operatosi sulla base dell'Idealismo filosofico.

Chi scrive si rende perfettamente conto di quali aspettative anche questa nuova edizione abbia dovuto lasciare inappagate per non diventare un altro libro; o, meglio, il libro d'un altro. In primo luogo la nostra esposizione è dominata, almeno per la prima parte dell'età moderna, dall'idea della continuità della tradizione giuridica: la

quale, nell'Europa continentale, tenuto conto dell'origine del ceto dei giuristi, fu quasi esclusivamente una tradizione romanistica. Si è trascurata quindi necessariamente — sebbene l'autore spera d'essere immune da pregiudizî romanistici — l'altra costante fondamentale della storia del diritto privato tedesco. Intendiamo alludere all'impronta duratura lasciata nell'esperienza e nella coscienza giuridica dalla rigogliosa tradizione di vita del diritto tedesco; la quale, fino al tardo Illuminismo e alla Rivoluzione francese, ha rappresentato la nota dominante della realtà giuridica in Germania, inaridendosi solamente quando la Scuola storica scoprì la « Storia del diritto tedesco » e il « Diritto privato tedesco », dando loro pieno rilievo culturale e autonomia scientifica. L'autore di questo libro auspica tuttora una trattazione generale d'indirizzo « germanistico », che possa fungere quasi da contrappeso alla possibile unilateralità della sua opera. Né si deve dimenticare che questa nostra storia del diritto privato vuol essere un tentativo di individuare gli effetti che la consapevolezza della scienza giuridica ha avuto sulla realtà sociale: per questo essa non può essere una storia dei dogmi. Un'opera del genere, che servirebbe finalmente a spezzare da una parte le classiche cristallizzazioni del secolo XIX — fisse ai sistemi del « diritto romano attuale » — e dall'altra quelle del « Diritto privato tedesco », rimane l'altra urgente necessità della nostra disciplina.

Si potrebbe, infine, muovere al nostro lavoro un'obiezione più di fondo ed attuale: che esso lascia spazio alla realtà politica e sociale solamente quando questa è stata percepita ed integrata dalla coscienza giuridica. Ma questa è una conseguenza necessaria del fatto che oggetto di una storia del diritto possono essere appunto solamente le obiettivazioni della vita sociale negli ordinamenti giuridici. D'altronde ci si vorrà concedere di aver sempre tenuti presenti i presupposti sociali, sia della condizione del giurista che della formazione ed applicazione del diritto.

Di fronte al compito enorme di scrivere una storia del diritto privato europeo (o anche solo tedesco) ogni tentativo è destinato a rimaner frammentario, anche a non tener conto dei limiti dell'autore: della pochezza delle sue forze e delle sue conoscenze, dei condizionamenti derivanti dalla sua visione della storia. Nasce di qui la nostra raddoppiata gratitudine per tutti coloro che, nella comune ricerca, ci sono stati d'aiuto con il loro lavoro con il consiglio e lo scambio



*di vedute. Ringraziare tutti nominando ciascuno è qui assolutamente impossibile, per quanto grato sia il ricordo di alcune persone: ci dobbiamo limitare a ringraziare l'assessore Wollschläger, i referendari Reinhardt e Kaufhold, il candidato di giurisprudenza Schlichting per la loro collaborazione nella ricerca della letteratura e nella correzione delle bozze. Un ringraziamento speciale vada all'Editore per avere, non solo accolto con pazienza, ma anche appoggiato e incoraggiato i desideri dell'autore.*

*La dedica della prima edizione a Fritz Pringsheim († 24 aprile 1967) è qui rinnovata alla Sua memoria.*

FRANZ WIEACKER

Göttingen, giugno 1967.

## **INTRODUZIONE**



I.

SCOPO ED OGGETTO DELLA TRATTAZIONE

I. Còmpito della storia del diritto privato moderno. — II. Limiti oggettivi del campo d'indagine. — III. Periodizzazione della storia del diritto privato moderno.

I. Una storia del diritto privato dell'età moderna si propone còmpiti che le tradizionali discipline storico-giuridiche assolvono solo in parte.

Storia del diritto romano e Diritto privato romano hanno, infatti, per oggetto l'antico diritto romano e si concludono — di regola — con il *Corpus Juris* giustiniano; per le epoche successive lo sviluppo ulteriore del diritto romano viene studiato per i suoi effetti nell'Europa occidentale, ma i presupposti e i metodi dell'indagine sono diversi rispetto a quelli propri dei romanisti.

La Storia del diritto tedesco, poi, quando viene portata avanti fino all'Età moderna <sup>(1)</sup>, si occupa piuttosto delle fonti giuridiche, dell'ordinamento giudiziario e della amministrazione della giustizia, che non della storia della giurisprudenza e delle istituzioni. Il Diritto privato tedesco <sup>(2)</sup> si dedica tradizionalmente alla storia dogmatica delle istituzioni proprie del diritto tedesco; o, più precisamente, di quelle istituzioni che non siano riconducibili al diritto comune. La Storia costituzionale dell'Età moderna, infine, ha per oggetto la storia giuridica dello stesso Stato moderno.

---

(1) Per alcuni riferimenti cfr. SCHWERIN-THIEME; ZYCHA, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I ed., 1937; FEHR, *Deutsche Rechtsgeschichte*, VI ed., 1962; H. CONRAD, DRG.

(2) Sui problemi relativi al concetto e ai limiti del Diritto privato tedesco, cfr. le penetranti e accurate riflessioni del THIEME, s.v. *Deutsches Privatrecht*, in: *Handwörterbuch z. dtsch. R.G.*, III (1966), 702-709.

Al contrario questa nostra Storia del diritto privato dell'età moderna vuol soprattutto approfondire i presupposti culturali e scientifici dell'odierno diritto privato: essa prende in considerazione gli ultimi cinque secoli dell'evoluzione del diritto privato tedesco sia in se stessa che nelle sue costanti connessioni con l'insieme della cultura giuridica europea, quale si venne formando fin dalla nascita della scienza del diritto in Italia agl'inizî del nostro Millennio e si diffuse poi nell'Europa occidentale e centrale.

In questa nuova disciplina si sono avuti finora in Germania soltanto pochi contributi generali, mentre i molteplici risultati delle lunghe (e negli ultimi anni particolarmente fertili) indagini sono frammentari e dispersi, per via della giustapposizione di campi e indirizzi di ricerca tra loro diversi — la Romanistica, la Germanistica e la Canonistica, per esempio — con i loro inevitabili limiti settoriali e con l'ulteriore conseguenza che, per questa suddivisione di materie e di metodi, s'è persa di vista l'intima unità dell'oggetto d'indagine <sup>(3)</sup>. Alcune importanti opere — ormai classiche — della dottrina tedesca hanno elaborato ampiamente i presupposti scientifici e strumentali della nostra materia, senza tendere — però — ad un'autentica ricostruzione complessiva della storia del diritto privato moderno. Ricordiamo <sup>(4)</sup> di questa letteratura, p. es.: la *Storia del diritto romano nel Medioevo* del Savigny, la *Storia delle fonti del diritto tedesco* dello Stobbe, la insostituibile *Storia della giurisprudenza tedesca* dello Stintzing e del Landsberg; e, tra i moderni: Erik Wolff, *Grandi del pensiero giuridico nella storia dello spirito tedesco*, la personalissima *Fondazione della scienza del diritto* dello Schönfeld, la limpida *Storia dell'amministrazione giudiziaria dal 1500 in poi* del Döh-ring, il compendio storico di ampio respiro del Dahm nel suo *Diritto tedesco*. Alla storia del diritto privato moderno vera e propria finora soltanto Molitor e particolarmente Wesenberg, anche se in un quadro più ristretto, hanno dedicato dei compendî

---

<sup>(3)</sup> Per questo si può vedere WIEACKER, *Erastian*; ID., *Zum heutigen Stand der Rezeptionsforschung*, in: Festschrift Jos. Klein, Göttingen, 1967, pp. 187 ss.

<sup>(4)</sup> Per avere più esatti ragguagli sulle opere ricordate qui nel testo cfr. l'*Indice delle abbreviazioni*, II, pp. 401 ss.

ben informati e d'impianto autonomo. Una trattazione generale solida e accuratamente documentata del *Diritto romano in Germania* fino alla soglia della Recezione (intorno al 1500), che in ampi settori allevia la nostra opera, è stata offerta dal Coing.

Per conseguenza il nostro discorso — proprio per la sua voluta « generalità » — si propone come originale sia nel suo impianto che nei suoi contenuti. Nè si può dimenticare che gli accenti d'ogni ricostruzione storica del diritto privato moderno possono porsi su questo o quell'aspetto particolare del quadro complessivo: e questo, ovviamente, a scapito d'altre possibili sottolineature.

Limitata a pura « Storia esterna del diritto » quella esposizione verrebbe, infatti, a ridursi a storia delle fonti del diritto, dell'ordinamento giudiziario e della giurisprudenza, e — innanzi tutto — a storia dell'elaborazione scientifica basata sul *Corpus Juris* e della sua applicazione (rinunziando, per ciò, alla stessa storia delle ideologie giuridiche e delle istituzioni); come « Storia delle Istituzioni o dei dogmi », invece, essa perderebbe di vista sia l'evoluzione del concetto di diritto che le forze che hanno determinato quell'evoluzione.

La scelta « di fondo » che — tra queste alternative — abbiám compiuto nel pensare la struttura generale di quest'opera, a favore d'una storia della scienza giuridica e dei suoi effetti sull'evoluzione dello Stato e della società nell'Età moderna (rinunziando, così, implicitamente alla storia delle Istituzioni) richiede qui una più dettagliata giustificazione. Questa rinuncia deriva principalmente dal nostro modo di concepire i rapporti tra storia del diritto e storia « generale » <sup>(5)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Su quanto segue cfr. il nostro scritto poc'anzi cit. (nt. 3) in *Eranion Mavidakis*, pp. 356 ss.; alcune notazioni sulla ermeneutica storico-giuridica le abbiamo fatte altrove: *Notizen zur rechtshistorischen Hermeneutik*, in: *Nachrichten der Göttinger Akd. Wiss., Phil.-Hist. Kl.*, 1963, 1 pp. 5 ss.; con queste ulteriori considerazioni dimostrative: a) lo scopo e il metodo della storia giuridica non differiscono in nulla da quelli della storia generale; anch'essa, infatti, tende ad accertare fatti e situazioni del passato. In particolare non è suo compito specifico quello di offrire gli strumenti immediati per una corretta applicazione del diritto vigente o l'altro di giovare alla « cultura generale » col racconto grezzo di fatti passati offerto come un semplice accessorio decorativo o istruttivo (come succede in certi libri da specialisti, dedicati alla fabbricazione della carta o alle mac-

a) Compito dello storico del diritto non è più, come nel Medioevo e fino all'età barocca, dare un fondamento storico a titoli o pretese giuridiche attuali <sup>(6)</sup>; oppure, secondo il modello che era ancora proprio della scienza giuridica del XIX secolo, render possibile un'interpretazione storicamente corretta dell'ordinamento giuridico vigente <sup>(7)</sup>. Incombenze del genere possono ancor oggi in ogni momento

---

chine industriali). Essa, piuttosto, vuole, mettendo in luce la dimensione storica del diritto, giungere a una più profonda conoscenza degli ordinamenti giuridici del passato (e, possibilmente, anche di quelli ancora vigenti). b) Tuttavia la storia giuridica, per via della specialità dei suoi interessi, si distingue dagli altri campi della ricerca storica (cfr. il nostro *Notizen*, cit., pp. 5 ss.). Essa ha per suo oggetto esclusivo circostanze e testi, i quali hanno avuto per loro scopo tipico di offrire un ordinamento della convivenza umana attraverso lo specifico strumento del diritto e cioè attraverso regole di comportamento generalmente efficaci (e non, invece, attraverso l'uso della forza, o i responsi degli oracoli, o le interpretazioni religiose o etiche, o le suggestioni sugli istinti o sui sentimenti). La comprensione di quelle circostanze e di quei testi è possibile solamente se si tiene presente questa loro destinazione, che può esser verificata solamente nel contesto d'una ricerca specificamente giuridica. Ciò significa, però, che senza la sua rigorosa formazione di giurista lo storico del diritto non sarebbe in grado di isolare, dai « materiali » oggetto delle sue indagini, l'esperienza giuridica del passato (cfr. *Notizen*, p. 7).

<sup>(6)</sup> Per questo cfr. *Eranion Maridakis*, cit., p. 341.

<sup>(7)</sup> La teoria generale dell'interpretazione (o, se si preferisce, l'ermeneutica) — a proposito di questa esegesi dei testi storici avente per scopo la ricerca del loro senso dogmatico — parla da sempre di applicazione: fondamentale, a questo riguardo, è lo scritto del GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. G. VATTIMO, Milano, 1972, pp. 358 ss., 382 ss. Originariamente consueto nella esegesi biblica dei teologi protestanti, questo concetto viene esteso dal GADAMER (*op. cit.*, pp. 383 ss.), in modo conforme al suo significato, alla indagine interpretativa e dogmatica che il giurista compie sui testi (specialmente su quelli normativi) in vista della loro pratica utilizzazione. Al contrario, la cognizione del testo tipica dello storico del diritto non si identifica, come tale, con una sua applicazione (e cioè col dispiegamento di un significato diventato dogmaticamente e autoritativamente tradizionale e con la sua utilizzazione per disciplinare una fattispecie concreta); ma, piuttosto, essa si pone come comprensione contemplativa (nel senso proprio di questo termine) di un accadimento giuridico irrevocabilmente e irreversibilmente appartenente al passato (BETTI, *Jurisprudenz und Rechtsgeschichte vor dem Problem der Auslegung*, ARSP, 1952, pp. 352 ss.; ID., *Festschrift Rabel*, II, 1954, pp. 71 ss.; ID., *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Bari*, XVI, 1961, pp. 3 ss.; HEUSS, *Studi Betti*, I, Milano, 1962, pp. 153 s.; WIEACKER, *Eranion Maridakis*, cit., p. 361; ID., *Notizen*, cit., p. 19 ss.).

Per contro GADAMER (*op. cit.*, pp. 382 ss.) pone la comprensione dogmatica

porsi di fronte al giurista <sup>(8)</sup>; tuttavia esse non saranno mai scopi primari dell'indagine storico-giuridica. Il compito conoscitivo dello storico del diritto, come di ogni altro storico, trova la sua giustificazione non nel complesso estrinseco di dati e di fatti del passato, e nella loro diretta utilizzabilità per il presente, bensì nella storicità della nostra stessa esistenza <sup>(9)</sup>. Dal momento che, però, la storia giuridica è co-

---

dei testi propria del giurista come esemplare anche per chi invece sia impegnato nella ermeneutica storica in genere o in quella storico-giuridica in specie (a p. 482 ci sarebbe da replicare che la critica storico-giuridica del positivismo giuridico non include di per sé una critica al c.d. *oggettivismo storico*).

<sup>(8)</sup> È caratteristico che la più risalente teoria interpretativa della giurisprudenza dogmatica — quella che s'incentrava sul soggetto — chiamasse proprio questa impostazione anche interpretazione storica (cfr., per tutti, LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it., Milano, 1966, pp. 27 ss.; ID., *Methodenlehre*, pp. 237 ss., in partic. pp. 248 s.; ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it., a cura di A. BARATTA, Milano, 1970, pp. 91 ss.). Una siffatta interpretazione poteva, nel vigore del diritto comune (e cioè, in Germania, fino al 1900; negli altri Paesi fino all'entrata in vigore dei rispettivi codici), dover procedere a ritroso nel tempo fino alla Antichità. Questo può accadere ancor oggi, per quelle materie nelle quali — eccezionalmente — sono ancora in vigore norme del *Corpus Iuris Civilis* (come, per esempio, in Germania nelle norme di taluni *Länder* per la disciplina dei rapporti di vicinato). Così, ancora verso il 1963, il Tribunale Regionale (*Landgericht*) di Gottinga aveva occasione di pronunciarsi sulla permanenza in vigore e sull'applicabilità della cosiddetta *Lex Soloris* (D. 10. 1. 13, GAIUS, *Libro quarto ad legem duodecim tabularum*), d'una norma — cioè — delle Dodici Tavole risalente, quanto al suo contenuto, alla legislazione solonica. Un simile tipo di procedimento interpretativo vale, di regola, certamente anche per testi recenti, come il Codice civile tedesco (BGB) del 1896 o la Costituzione della Repubblica Federale di Germania del 1949. Tuttavia il procedimento conoscitivo del giurista, che si serve della sua perspicacia storica per una corretta applicazione d'una norma vigente, non è il medesimo che segue lo storico del diritto. Trova, piuttosto, qui il posto che gli compete quel concetto di applicazione che dal GADAMER (cfr. *supra*, nota 7) era stato collocato nelle connessioni ermeneutiche generali. Le premesse storiche dei moderni manuali (più o meno di quelli basati sul manuale di diritto civile dell'ENNECERUS) trovano la loro giustificazione nell'esigenza di preparare i giuristi a un tale procedimento di applicazione del diritto: perchè molte, forse la maggior parte, delle norme contenute nel Codice civile tedesco (cfr., per tutti, i §§ 812, 817, 929, 931; ed anche 133, 157, 242) non sono comprensibili nel loro pieno significato dogmatico se non se ne chiariscono i fondamenti storici, sia romanistici che di diritto comune.

<sup>(9)</sup> In questo rapporto si trova tanto lo storico del diritto di fronte all'oggetto della propria indagine quanto il singolo nel suo esame di coscienza in ordine al suo passato personale; questi si domanda, similmente a come il primo s'interroga nei confronti d'una particolare esperienza giuridica: come son cominciate



stretta necessariamente a richiamarsi *tout court* ad una particolare esperienza giuridica <sup>(10)</sup>, essa elegge, così facendo, a proprio oggetto quell'ambito della storia, in cui propriamente l'esperienza comune può confluire con quella giuridica. Essa è, così, solamente *storia* letta però nella filigrana dell'esperienza giuridica <sup>(11)</sup>;

b) La prima ragione d'interesse d'una storia del diritto privato può non risiedere nei singoli istituti e nella loro storia dogmatica <sup>(12)</sup>: è, questa, un'affermazione che trova il proprio fondamento non soltanto in estrinseche difficoltà della ricostruzione di quella storia (come sarebbe la non ancora raggiunta visione d'insieme della nostra ricerca <sup>(13)</sup>;

le nostre cose, e come si sono sviluppate?, nel presupposto che tutto ciò lo riguardi personalmente. Su questa attualizzazione cfr. A. HEUSS, *op. cit.* alla nota 7, p. 177: indagine che il soggetto compie su se stesso, sui dati fondanti della propria umana esistenza, quali gli è consentito di cogliere con immediatezza e nella loro essenziale autonoma ragionevolezza. Cfr. anche *Notizen*, cit., alla nota 5, pp. 18 e 22.

<sup>(10)</sup> Cfr. *supra*, nota 5, in fine.

<sup>(11)</sup> A questo proposito (oltre, in generale, a NIC. HARTMANN, *Das Problem des geistigen Seins*, 1933) cfr. i riferimenti contenuti in FEHR, *ZSchweizR*, 1935, p. 155; H. MITTEIS, *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*, 1947, pp. 12 s.; ID., *Festschrift Erich Kaufmann*, 1950, pp. 265 ss.; WESENBERG, *ForschuFortschr*, 25 (1949), p. 124; e, specialmente, DULCKEIT, *Philosophie der Rechtsgeschichte*, 1950, *passim*, dove però la storia del diritto appare come sviluppo dell'idea di diritto, e perciò ha un suo proprio oggetto categorialmente autonomo.

<sup>(12)</sup> Alle obiezioni mosse dal KUNDEL alla prima edizione di questo libro (*ZSS, RA, LXXI*, 1954, pp. 513, 529 nota 41), invece, si può forse replicare osservando che la storia del diritto e quella delle istituzioni hanno oggetti differenti (o, più precisamente, che individuano in modi diversi il loro oggetto); e, cioè, la storia delle istituzioni il complesso (per l'appunto) delle istituzioni e dei principi giuridici, la storia giuridica — invece — una coerente struttura storica di ordinamento di cui i singoli principi giuridici costituiscono elementi transitori e sostituibili. Alla certezza della totalità d'una siffatta struttura dell'ordinamento corrisponde il dubbio sull'identità e la continuità dei singoli principi giuridici al momento in cui essi si siano inseriti nella trama d'un ordinamento giuridico storicamente diverso da quello che li abbia dapprima generati. Così, il diritto romano classico, lo *jus commune* medievale e la Pandettistica del XIX secolo, malgrado la larga identità di tanti loro aspetti particolari, sono evidentemente ordinamenti giuridici tra loro diversi; il che, in altri termini, significa che quella che usualmente definiamo storia del diritto romano è storia d'una tradizione più che d'un ordinamento (cfr. WIEACKER, *Evanion Maridakis*, cit., p. 349 nota 40, e qui *infra*, p. 187 s.; a proposito della non-storicità della dogmatica faremo qualche notazione or ora alla successiva nota 14).

<sup>(13)</sup> Su questo cfr. le felici pagine del KUNDEL cit. alla nota prec., partic.

oppure la scoraggiante ricchezza e molteplicità delle applicazioni che del diritto comune si fecero in Germania e più ancora nell'intera Europa). A ciò si aggiunga una più generale considerazione metodologica: che la storia giuridica — come ogni storiografia — è scienza del particolare (*idiografica*, si direbbe), che cioè essa ha a che fare con circostanze e situazioni singolari del passato. Una siffatta singolarità, però, è riferibile, non alle istituzioni ai concetti o ai sistemi come tali, ma piuttosto agli atti estrinseci di posizione o di applicazione del diritto e alle ulteriori azioni che sulla base di quegli atti la coscienza ed il pensiero umano hanno via via compiuto. Dall'ininterrotto intrecciarsi e interagire di quegli atti e di queste azioni prende avvio e sostanza il progredire storico del diritto <sup>(14)</sup>.

---

pp. 511 ss., dov'è una puntuale valutazione delle difficoltà d'una storia dei dogmi condotta nei modi che oggi si richiedono. Eccellenti sintesi ed esemplificazioni, pur se in spazio ristretto, sono reperibili in WESENBERG, pp. 50 ss., 112 ss., 171 ss.

<sup>(14)</sup> Al contrario sistema dottrine e concetti (strettamente intesi) — e cioè la dogmatica propria d'ogni concreto ordinamento vigente — non possono essere oggetto d'un'esposizione *idiografica* (per lo meno nel senso in cui l'intendeva il RICKERT): come tali essi non hanno storia (o ne hanno poca) come non l'hanno (o ne hanno parimenti poca) le leggi naturali o le formule logico-concettuali (solo il loro emergere alla coscienza sia del dogmatico che dei soggetti dell'ordinamento può essere storico e soggetto alle mutazioni storiche). In realtà i loro pretesi «sviluppi» oggettivi sono solamente mutamenti nella coscienza nelle convinzioni e nelle regole di comportamento di ambienti giuridici storicamente determinati; soltanto la continuità di tradizione della dogmatica odierna con quella del passato dà l'impressione che la dogmatica stessa possa avere una sua propria storia. D'altronde la generalità, che è caratteristica propria dei principî giuridici e della loro recezione ed osservanza, rende più congeniale allo storico del diritto un discorso per tipi generali che non allo storico «generale» uno più aderente agli spontanei comportamenti ed accadimenti degli uomini (cfr. WIEACKER, *Eranion Maridakis*, cit., p. 357; ID., *Notizen*, cit., pp. 15, 21 s.).

Certamente ad ogni situazione storica corrisponde un preciso momento di costruzione dogmatica nel sistema (dogmatico anch'esso) di elaborazioni a cui la riflessione scientifica autonomamente perviene: momento di costruzione che ben può trovar la propria collocazione nel quadro d'una storia dei dogmi. Per questo l'esposizione (diciamo così) *nomografica* d'un sistema di concetti dogmatici e quella più attenta al particolare (*idiografica*, si diceva ora) d'un determinato momento dell'evoluzione storica del diritto coincidono tra loro, al punto che quella *idiografica* costruisce sul proprio oggetto una sorta di dogmatica. Tuttavia una siffatta forma espositiva si palesa inutilizzabile per la comprensione di quei processi storico-giuridici che per avventura abbiano avuto uno spiccato carattere innovativo (in certo senso: *progres-*

Per le ragioni fin qui esposte degli istituti di diritto privato in questo libro si tratterà solamente per quanto può servire ad illustrar lo sviluppo storico delle realtà socio-politiche e degli schemi concettuali del diritto in genere e della scienza giuridica in specie.

II. 1. Limitazioni d'altro genere sono state — invece — imposte al nostro piano di lavoro, più che da considerazioni di metodo, da più estrinseci motivi d'opportunità. La storia del diritto privato, a cagione dell'inscindibile unità dell'attività giurisdizionale della scienza giuridica e della professione giuridica, è da sempre strettamente collegata con le altre discipline giuridiche anch'esse attinenti al processo, e specialmente con il diritto penale e con quello processuale. Di studiare la storia del diritto penale, però, si son già dati cura, per loro conto e con gran frutto, i penalisti <sup>(15)</sup>.

Della storia del processo, invece, nonostante la sua posizione chiave per lo studio della recezione del diritto romano, mentre per la prima Età moderna si può offrire solamente uno schizzo <sup>(16)</sup>, per il periodo successivo alla radicale riforma dei principî processuali introdotta dal *Code de procédure civile* napoleonico (1806), essa può essere appena sfiorata. Anche il diritto canonico, che

---

sivo) : sicchè è caratteristico della storia dei dogmi d'articolare costantemente la propria materia secondo tagli sincronici (cfr. *infra*, II, p. 85 nota 90.

Un tradizionale ostacolo al raggiungimento d'un'ottica bastevolmente comprensiva nella ricostruzione del diritto privato, infine, è che lo stesso modo di pensare caratteristico del giurista (e, perciò, anche quello dello storico del diritto) è nella sua sostanza un modo di pensare logico-dogmatico; il quale, proprio per questo, tende ad imporre alle fonti oggetto della sua indagine una lettura in qualche modo limitativa, ed abbisogna perciò (per lo meno in via di principio) d'un linguaggio espositivo meno icastico di quello della storiografia « generale ». È però compito della storiografia giuridica d'affrancarsi da una simile tendenza, di trovare un linguaggio più aderente alla concretezza delle singole situazioni oggetto della propria indagine, inglobando in quest'oggetto livelli sempre nuovi dell'esperienza storica.

<sup>(15)</sup> Per tutti, ora, cfr. Eb. SCHMIDT, *Einf.*, ove sono reperibili le ulteriori indicazioni.

<sup>(16)</sup> Sulla storia del processo civile cfr. *infra*, p. 268 nota 34 e II, pp. 171 ss. note 14-20.

pure sorse in stretto contatto e in costante rapporto di scambio con la scienza del diritto civile europeo, viene qui considerato soltanto ai suoi inizi<sup>(17)</sup>.

2. Limiti ancor più notevoli alla nostra trattazione conseguono dalla circostanza che essa prende in considerazione (spesso esclusivamente) la situazione tedesca. E questo mentre la storia d'Europa (anche la storia del diritto privato europeo) deve esser vista come una unità in sè, e i suoi limitati sviluppi in Germania come un aspetto particolare di questa unità (pur se quest'aspetto possa essere, per l'osservatore tedesco, il più importante), le cui fasi essenziali sono correttamente comprensibili solamente nel contesto europeo<sup>(18)</sup>.

(17) Cfr. *infra*, pp. 93 ss.

(18) Per tutti cfr. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, trad. it. A. BISCARDI, Firenze, 1962, partic. pp. 3 ss., 15 ss., ove sono reperibili numerose ulteriori indicazioni; CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951; THIEME, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, Basel, 1954; ID., *ZSS, GA, LXX* (1953) pp. 220 ss. Questa unità si affermò dalla fondazione dello *Studium civile* a Bologna e in Francia fino alla formazione degli Stati nazionali moderni. Essa, in conseguenza della uniformità del metodo e della internazionalità della cultura giuridica, non fu insidiata dalla molteplicità dei diritti particolari vigenti nei singoli luoghi o territori (anche all'interno degli Stati nazionali, quando questi ultimi si furono formati). Poi, quando, dapprima l'Assolutismo illuminato, e poi — più pienamente — l'idea di Nazione sovrana e democratica portarono a compimento la reciproca totale segregazione degli Stati nazionali; quando la Scuola storica identificò il diritto come concettualmente connesso in guisa radicale col popolo e contrappose tra loro — come ordinamenti giuridici tra loro geneticamente differenti — diritto 'tedesco' e diritto 'romano'; e, infine, quando il Positivismo statualista e legalistico del XIX secolo elevò a principio l'isolamento e la reciproca impenetrabilità dei singoli ordinamenti giuridici nazionali, quella più ampia connessione di cui ora dicevamo retrocedette per più d'un secolo in una posizione affatto secondaria. Questo fu anche a scapito della Storia del diritto privato la quale finì col distinguere il proprio comune campo di indagine in Romanistica Germanistica e Canonistica, trascurò lungamente di tener nel dovuto conto i fondamenti « europei » della storia sociale della metodologia e della letteratura giuridica, e fece oggetto la Recezione di distorcenti valutazioni in un'ottica incentrata sui principi propri dello Stato nazionale (cfr. WIEACKER, *Eranion Maridakis*, cit., pp. 345 ss.; e cfr. anche *infra*, p. 000; ancora ID., in: *Festschrift Jos. Klein*, cit., pp. 187 ss.). Queste tendenze dominarono soprattutto la storiografia giuridica tedesca dell'Ottocento,

La comunanza di compiti sociali e giuridici, di istituzioni e di fondamenti spirituali; la unitarietà del *jus commune* e del metodo della scienza giuridica dell'Europa continentale fino alla fine del XVIII secolo; la costante azione reciproca degli ordinamenti giuridici nazionali: sono, tutte queste, prove tangibili di quella unità continentale. La recezione del diritto romano in Germania, quindi, può essere convenientemente intesa e giudicata solo come momento particolare della diffusione in tutta Europa, nel Basso Medioevo, della scienza giuridica italiana e francese, nè è possi-

---

ma esercitarono la loro influenza anche sulle storiografie d'altri Paesi, soprattutto delle grandi Nazioni del Continente europeo quali la Francia l'Italia e la Spagna. La storia giuridica — così — era, e non solamente in Germania, scolara docile della storiografia nazionalista (sulle connessioni con la filosofia hegeliana cfr., per qualche ragguaglio, HEIMSOETH, *Geschichtsphilosophie*, in: *Systematische Philosophie* a cura di N. HARTMANN, 1942, pp. 438 ss.) e di altre simili « scienze della cultura » in cui la limitazione linguistica offriva la motivazione « corretta » per una sostanziale chiusura nazionalistica, com'era per le filologie nazionali e per le scienze letterarie.

La catastrofe della cultura nazionalista tedesca conseguente alla Seconda Guerra Mondiale rese possibile una radicale revisione (cfr. WIEACKER, *Erastian Maridakis*, cit., pp. 348 ss.) che trovò la propria espressione ideologica nel libro del KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano* (il cui titolo fu significativamente riprodotto nel volume collettaneo internazionale dedicato alla memoria dello stesso Koschaker: *L'Europa e il diritto romano*, 2 voll., Milano, 1953; un sintomo analogo si coglie in E. R. CURTIUS, *Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter*, Bern, 1948; cfr. anche AUERBACH, *Mimesis*, I ed., Bern, 1949). La Storia del diritto privato europeo deve a questo clima una nuova fioritura, il cui segno estrinseco è la individuazione di nuovi ambiti di ricerca e la messa in cantiere d'imprese scientifiche comuni, soprattutto dell'*Jus Romanum Medii Aevi* (IRMAE, o, come più correntemente si dice, « Nuovo Savigny »); sul quale cfr. *infra*, p. 76, nota 68 e, in special modo, GENZMER, RIDA, 1953, pp. 431 ss.; Id., JZ, 1957, pp. 737 ss.; e, soprattutto, Id., IRMAE, I, 1, a-d, Milano, 1962, pp. 121 ss., 133 ss.; e, inoltre, CALASSO, RIDA, 1953, pp. 441 ss. (= F.C., *Storicità del diritto*, Milano, 1966, pp. 205 ss.); NICOLINI, RIDA, 1953, pp. 465 ss.; KUTNER, *Seminar*, 1953, pp. 129 ss. I primi risultati di questi sforzi sono constatabili nelle nuove visioni nel campo della storia sociale, nella storia dell'insegnamento del diritto in quella della giurisprudenza europea (cfr. *infra*, pp. 57 s., 104 s., 166 ss.) e del comune processo « europeo » della Recezione (sulla « Proto-recezione » cfr. *infra*, pp. 105 s., 161 ss.).

I muri di confine tra le scienze nazionalistiche, tra Romanistica Germanistica e Canonistica, e tra Storia sociale e della cultura e Storia del diritto sono oggi nuovamente rimossi come lo erano un tempo, agli inizi della storiografia moderna, nel secolo XIX.

bile una corretta valutazione del Diritto di ragione in Germania trascurando la teologia morale propria della tradizione dottrinale della Chiesa e i fondatori europei di quel Diritto. Perfino un fenomeno così tipicamente tedesco come la Scuola storica del diritto non è pensabile senza la tradizione dell'Umanesimo e dell'Empirismo europei. Tuttavia, anche se la varietà degli sviluppi dei principali Paesi d'Europa ed il taglio particolare di questo libro impongono una sua limitazione all'ambito tedesco, nei punti nevralgici verranno pur sempre tenute presenti di volta in volta (e costantemente raffrontate) le connessioni europee.

III. 1. L'impianto di questa nostra trattazione trae il proprio fondamento dalla convinzione che le cesure cronologiche della storia del diritto privato siano di volta in volta interpretabili come « prodotto » degli atteggiamenti metodologici, via via rinnovantisi, del pensiero europeo <sup>(19)</sup>. Quest'impianto si adegua

---

(19) Contro una possibile interpretazione riduttiva di questa storia in chiave di puro confronto (o scontro) fra diritto romano e diritto germanico (interpretazione, peraltro, assai consueta specie da parte della storiografia di lingua tedesca) sta, non solamente l'esigenza d'una visione correttamente unitaria della storia giuridica europea, ma anche la riferibilità di quella distinzione (diritto romano - diritti germanici) più ai dati estrinseci dell'esperienza che alla scienza giuridica propriamente intesa, la quale solitamente ha volto la propria indagine in ugual misura alla tradizione risalente al diritto dell'antichità romana e a quella riconducibile alle consuetudini di vita di origine germanica. Nasce di qui l'esigenza d'orientar l'indagine secondo i mutevoli modelli interpretativi che la riflessione scientifica ha di volta in volta elaborato nella lettura dei dati offerti dalle realtà delle singole esperienze giuridiche. Già nel 1914 il KANTOROWICZ (*Die Epochen der Rechtswissenschaft*, in *Die Tat*, 1914, pp. 345 ss.; ora più agevolmente consultabile in RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1947, pp. 61 ss.; e, dello stesso KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie; Ausgewählte Schriften*, Karlsruhe, 1962, pp. 83 ss.) tentò di ricostruire la storia del pensiero giuridico europeo quasi scandendone il ritmo su questi parametri di riferimento. Egli credette di individuare i momenti alternativi di quella scansione ritmica nel Formalismo (avente caratteristiche conservatrici, passivo-recettive, teorizzanti) e nel Finalismo (con caratteristiche opposte: progressiste, attivo-produttive, pratiche); e distinse, poi, all'interno di queste due posizioni fondamentali, ulteriori varietà di atteggiamenti: nel Formalismo atteggiamenti scolastici umanistici e romantico-storici, e nel Finalismo — tra gli altri — atteggiamenti scolastici e metodologici: malgrado suggestive semplificazioni e la palese propensione che il KANTOROWICZ, da buon giusliberista (cfr. *infra*, II, p. 336), mostra per il Fina-

perciò a quei momenti del pensiero scientifico, che più degli altri hanno offerto sostanza e carattere alle diverse « risposte » che la scienza ha dato alle sempre nuove esperienze emergenti dalla realtà giuridica.

Il rapporto tra metodo giuridico e tipi strutturali generali del pensiero scientifico europeo è stato già da tempo messo in luce. Si sono in questo modo messi in relazione (sulla base, magari, di elementi esteriori, ma in sostanza non senza ragione) fenomeni come la Scolastica e la scienza giuridica dei Glossatori, il cui comune principio metodologico fu dato dal riconoscimento d'un'autorità metastorica dei testi e dall'applicazione dei tipi di argomentazione propri della logica medievale <sup>(20)</sup>; oppure l'Umanesimo filologico e quello giuridico, le cui comuni radici risiedono nell'ansia di verità vincolata all'esempio e alla tradizione autentica dei testi classici <sup>(21)</sup>; o, ancora, l'Età delle scienze matema-

---

lismo, si trattò d'un primo geniale tentativo di dare rilevanza alla caratterizzazione stilistica nella ricostruzione d'una storia del pensiero. A voler orientare questa nostra esposizione secondo siffatte differenziazioni di atteggiamento metodico del pensiero giuridico, sarebbe stato più opportuno distinguere da una parte il Formalismo logico e critico (facendovi rientrare la Scuola dei Glossatori il Diritto naturale razionale e la Pandettistica) e dall'altra il Naturalismo nominalistico e positivistico (comprendendovi lo Stoicismo la Seconda Scolastica e il Naturalismo moderno). Per un altro verso il WELZEL (*Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it. G. DE STEFANO, Milano, 1965) riconduce l'evoluzione storica dell'antica idea occidentale di Diritto ad una costante contrapposizione tra intellettualismo e volontarismo, contrapposizione che egli documenta operando talune originali connessioni tra fonti apparentemente diverse (per alcuni riferimenti cfr. WIEACKER, JZ, 64, pp. 633-640). Per la storia del diritto internazionale può utilmente consultarsi quanto scrive il GREWE, *ZgStw*, 103 (1943), pp. 38 ss. e, per una trattazione più esauriente della materia, REIBSTEIN, *Völkerrecht. Eine Geschichte seiner Ideen in Lehre und Praxis*, I, 1958. Nella limpida opera della estrema maturità del TRIEPEL (*Vom Stil des Rechts*, Heidelberg, 1947) la questione stilistica è posta in una chiave ancora diversa — sempre in ordine al periodizzamento della storia giuridica europea — ed in un'ottica più estetica, riferendosi all'atteggiamento spirituale che sorregge e determina la forma espositiva. Cfr. poi BELOW, *Ueber historische Periodisierungen*, 1925; MITTEIS, JZ, 51, p. 241; WIEACKER, *Vom römischen Recht*, II ed., 1961, pp. 288 ss.; ID., *Die Fortwirkung der antiken Rechtskultur in der europäischen Welt*, in: *Vom Recht*, Hannover, 1963, pp. 79-96.

<sup>(20)</sup> Cfr. *infra*, pp. 64 s., 70 ss.

<sup>(21)</sup> Cfr. *infra*, pp. 123 ss., 210 s., 237 ss.

tiche e il Giusnaturalismo razionale che in modi analoghi vanno alla ricerca delle leggi universali regolanti parimenti il « mondo » fisico e quello sociale <sup>(22)</sup>; oppure, per un verso lo sviluppo del senso storico e lo Storicismo, e per un altro la Scuola Storica del diritto, gli uni e l'altra ugualmente fondati sulla scoperta della storicità della morale e della libertà umana <sup>(23)</sup>; e, infine, il Positivismo delle scienze naturali e il naturalismo giuridico, entrambi imperniati sul determinismo secondo un principio meccanicistico di causalità <sup>(24)</sup>. Da tutti questi rapporti emerge chiaramente che in conseguenza del prevalere del momento di consapevolezza teorica e di metodo anche su quello del comportamento esteriore (che è tipico della tradizione culturale europea) la storia del diritto è stata — nella sua sostanza — una storia dell'affermarsi di alcune idee nella trama viva del tessuto statuale e sociale. Eppure, nella concretezza storica dell'esperienza giuridica, queste idee non sempre si sono espresse in modo limpido nè hanno prevalso senza incertezze o resistenze. Intanto esse hanno una fecondità tutt'altro che costante sul piano della effettività storica. È, bensì, vero che il *mos italicus* medievale fu immediatamente contemporaneo al primo affermarsi dello Stato nazionale nell'Europa occidentale (« Stato » che fu cittadino in Italia e territoriale in Germania); che il Giusnaturalismo laico e razionale fu coevo all'Assolutismo europeo e al primo affermarsi rivoluzionario dell'idea moderna di Nazione; e — infine — che la Scuola storica si affermò in contemporaneità con lo Stato di diritto borghese dell'Ottocento. Ma, per un altro verso, non si può dimenticare che l'Umanesimo giuridico e il Naturalismo moderno non hanno (o, per lo meno, non hanno ancora) prodotto un tipo loro proprio di Stato o di ordinamento, pur avendo dato luogo a profondi mutamenti della coscienza giuridica.

Dove questa fecondità storica delle idee è stata maggiore, spesso il legame reale si è stabilito fra correnti spirituali e culturali più antiche e forme istituzionali più recenti. L'entroterra della scienza giuridica bassomedievale era costituito dalle forze

---

<sup>(22)</sup> Cfr. *infra*, pp. 385 ss.

<sup>(23)</sup> Cfr. *infra*, II, pp. 11 ss.

<sup>(24)</sup> Cfr. *infra*, II, pp. 318 ss.



universali che avevano dominato il Medioevo prima della formazione degli Stati nazionali; quello del « Diritto di ragione » classico era invece offerto dalla Scolastica tardomedievale e dalle dottrine sociali del Calvinismo e della Controriforma; la patria della Scuola storica fu il vecchio *Reich* tedesco e non lo Stato costituzionale moderno. Questi sfasamenti cronologici si possono spiegare con la resistenza di attrito che la forza del pensiero incontra sempre all'impatto con la ruvida materia delle circostanze esteriori e della coscienza collettiva; una resistenza che tanto spesso ritarda, appiattisce o addirittura fa spegnere prematuramente le ripercussioni sociali dei nuovi fermenti dello spirito.

Anche i periodi della storia del diritto privato tedesco sono individuabili alla stregua delle quattro grandi svolte del pensiero giuridico europeo; che in un paese dalla notevole recettività e labilità spirituale come la Germania si delineano forse ancor più nettamente che nei vecchi Stati nazionali dell'Europa occidentale. Essi sono: il nascere di una scienza giuridica europea nei secoli dal XII al XIV; la sua diffusione (« recezione ») in tutta Europa nei secoli dal XIII al XVI; la nascita e il predominio spirituale del moderno Diritto naturale tra il XVII e XVIII secolo; la Scuola storica e il Positivismo scientifico e legislativo del XIX secolo; infine la decadenza del Positivismo e la crisi del diritto nel nostro secolo.

2. Una prima traccia puramente orientativa gioverà ad offrire fin d'ora una sommaria visione d'insieme.

a) Una storia del diritto privato moderno può farsi cominciare, in Europa, con riscoperta del *Corpus Juris* giustiniano. La scienza giuridica europea infatti nacque quando, intorno all'inizio del secondo Millennio dell'Era volgare, le forme interpretative e didattiche ch'erano proprie della cultura triviale e che risalivano alla tarda Antichità vennero applicate allo studio del *Corpus* giustiniano. Il giurista che si era formato a questa scuola cominciò ben presto, dapprima conservando ancora lo stato di chierico, ad esercitare funzioni tecniche di speciale rilievo nella diplomazia, nell'amministrazione pubblica e infine nell'attività giurisdizionale dei territori e degli Stati nazionali europei. Questo controllo del ceto dei giuristi colti sulla vita pubblica ha impresso

in modo indelebile quel carattere propriamente giuridico, fondato cioè dalla discussione razionale della problematica giuridica concreta, che fino ai nostri giorni ha distinto e tuttora distingue la società occidentale da tutte le altre culture a noi note (carattere, senza il quale sarebbero inimmaginabili società, Stato, economia e perfino la nostra odierna società tecnologica).

b) La «recezione» del diritto romano nell'Europa centro-occidentale altro non è che il dispiegarsi nello spazio di questo fatto culturale e sociale. In Germania la Recezione, dopo le iniziali incertezze, fu molto favorita dalla precoce dissoluzione del potere centrale monarchico e dalla crescente frammentazione — territoriale e corporativa — del diritto e della giurisdizione. Contemporaneamente, però, il fatto che in queste regioni la recezione del diritto romano si compisse nell'ambito d'una cultura giuridica di notevole vitalità che nell'antichità aveva subito influssi esterni più limitati determinò una viscosità d'assimilazione maggiore che nell'Europa sud-occidentale. L'esito finale di questo processo fu l'affermarsi — nei rapporti di diritto pubblico della società tedesca — d'una cultura giuridica di stampo più schiettamente europeo.

c) Col dissolversi delle vecchie potenze universali e con la Riforma protestante comincia a venir meno, negli Stati nazionali europei e nei territori tedeschi, la coscienza dell'unità del *jus commune* europeo, ideologicamente fondata sull'idea dell'Impero. Già l'idealismo e il razionalismo degli Umanisti aveva scosso, nonostante il loro rinnovato entusiasmo per l'antico diritto romano, l'antica autorità della compilazione giustiniana. Nell'*Usus modernus* affiorava come autonoma una prassi giuridica ormai non più universale, tesa al progresso nonostante il suo stile tradizionale, e rivolta alla concretezza del presente. In particolare, poi, veniva formandosi — dapprima lungi dalla scienza giuridica ufficiale e da' poteri costituiti — il diritto naturale in quella accezione moderna che era destinata a mutare radicalmente — nei due secoli seguenti — la concezione stessa che del diritto si aveva in Europa. L'antico Diritto naturale — nella elaborazione ch'era stata propria del pensiero aristotelico — era stato recepito dalla Chiesa che lo aveva introdotto nella trama del proprio sistema

filosofico attraverso la mediazione della Scolastica del XIII secolo; la speculazione filosofica della Tarda Scolastica, poi, aveva messo a nudo l'intero campo dialettico dei suoi problemi fondamentali. Dopo la rottura dell'unità religiosa dell'Europa, agli inizi dell'Età Moderna, invece, il diritto naturale — sotto l'influsso immediato d'una visione del mondo integralmente rinnovata — si emancipò dalla teologia morale; da questo momento i suoi postulati non si fondarono più sulla volontà del Creatore o sull'armonia « oggettiva » del creato, ma, piuttosto, sull'uso della ragione e sull'esperienza della realtà.

Il Giusnaturalismo razionalistico dette alle teorie costituzionali alla politica e ai principi generali del diritto quel fondamentale carattere ideologico (o addirittura utopistico) che, dopo quello più squisitamente giuridico, era — si può ben dire — diventato il secondo tratto fisionomico caratteristico delle società europee dell'Età moderna. Esso offrì una base razionale all'ordinamento della comunità degli Stati dell'Età moderna, ai principi costituzionali così dei Principati assoluti come delle Repubbliche fondate sulla stratificazione delle classi; nella storia del diritto privato esso dette anzitutto l'avvio alla razionalizzazione e alla sistematizzazione del diritto comune. Nel XVIII secolo, operando il proprio innesto con l'Illuminismo, il Giusnaturalismo razionalistico si assicurò un influsso diretto sulla politica del diritto e sulla legislazione: nell'Europa centrale già durante l'Assolutismo illuminato ed in Francia con la Rivoluzione. Generalmente risalgono alla fine del XVIII secolo i grandi progetti di codificazione dei legislatori moderni: la codificazione prussiana, il Codice civile francese del 1804 e quello austriaco del 1811; e — contemporanei a questi — (a cominciar dalla Francia) codici penali e di procedura non diversamente ispirati.

d) Frattanto nell'Europa centrale molte nuove forze si venivano affermando: contro quella specie di fideistica (e, perciò, antistorica) fiducia nella legge che era stata propria del tardo Illuminismo e della Rivoluzione francese, il rinato senso della storia e la concezione « globale » della vita ch'era tipica del Romanticismo; contro la tendenza antiscientifica e contro il disprezzo per la tradizione romana, il Neoumanesimo a cavallo tra il XVIII

e il XIX secolo. Quando Kant, nella prima parte della sua *Metafisica dei costumi*, ebbe dimostrato — con strumenti filosofici — l'inconsistenza dell'ingenuo apriorismo giusnaturalistico, tutte quelle tendenze confluirono nella Scuola storica verso una più approfondita considerazione delle fonti giuridiche romane e germaniche e verso un radicale rinnovamento della scienza giuridica positiva.

In luogo dell'appiattita filosofia morale illuministica una scienza giuridica resasi del tutto autonoma pretendeva ormai di porsi come unico fondamento del diritto. Questo poteva accadere, perchè s'era poco a poco affermata la convinzione della coincidenza del diritto col sistema dei principî giuridici, e, addirittura, con il complesso dei precetti legislativi. Così, per la prima volta, la scienza giuridica, se per un verso si affrancava da quell'etica che — in un ambito giusnaturalistico, non importa se medievale o razionalistico — aveva rappresentato il fondamento del diritto; per altro verso riaffermava il convincimento — integralmente derivato dal razionalismo giusnaturalistico — secondo cui era possibile attingere il diritto « autentico » soltanto per il tramite dei concetti giuridici « universali ».

La Pandettistica — rendendo eticamente « neutro » il diritto e ricorrendo al sussidio del formalismo razionale —, pur con tutte le sue origini idealistiche e storicistiche, divenne sempre più strumento della società capitalista organizzata nello Stato di diritto ad egemonia borghese. Alla fine del suo itinerario essa dette luogo alla seconda « ondata » (di stampo più positivistico rispetto a quella d'un secolo prima) delle codificazioni europee nella quale primeggiano il Codice civile tedesco del 1900 e quello svizzero degli anni fra il 1907 e il 1911. In questa vicenda di codificazioni la Pandettistica compì la propria consunzione: il suo posto fu preso da quella sorta di positivismo legalistico, la cui ossificazione doveva preparare il fallimento — sul piano morale e spirituale — del Positivismo giuridico in mezzo alle tempeste di questo nostro secolo.

e) Come già il Positivismo scientifico, con la rinuncia alla fondazione etica del diritto e col suo strumentario formalistico, non aveva pienamente corrisposto alle esigenze morali e tecniche

del mondo della rivoluzione industriale; così il Positivismo legalistico capitolò del tutto di fronte alle crisi politiche che dapprima scossero ed infine distrussero lo Stato di diritto borghese. Fin tanto che i Governi e i Parlamenti degli Stati di diritto eran soliti affidare il compito di redigere le leggi a specialisti dotati d'un'adeguata preparazione scientifica, le cui concezioni giuridiche erano ancora riconducibili ad una sorta di loro « morale professionale » pratica, meno facile era cogliere il limite insito nel mancato collegamento del diritto positivo con una giustizia meta-legale ad esso sovraordinata. Quando, però, la legislazione — prodotto, o di una burocrazia oberata di minute incombenze quotidiane, o, addirittura, d'un regime dittatoriale — ebbe troncato l'ultimo vincolo con ogni coscienza meta-giuridica, allora il diritto positivo finì col perdere la sua credibilità anche di fronte alla pubblica opinione. In conseguenza di ciò le nuove ideologie giuridiche si misero alla ricerca di possibili surrogati della giustizia: e credettero d'averli trovati principalmente nell'interesse utilitaristico dell'individuo della società o della comunità, oppure in altri scopi posti al di fuori del diritto. Questo accadde perchè, morte le antiche metafisiche del diritto e venuti meno i vecchi principî d'autorità, il diritto veniva ora causalmente spiegato come prodotto della vita sociale e finalisticamente inteso come strumento atto al raggiungimento di scopi posti al di là del diritto medesimo e financo della giustizia. La forza esplosiva d'un siffatto naturalismo giuridico potè pienamente dispiegarsi tosto che, utilizzato questo come arma nelle lotte di potere sociali e politiche del nostro secolo, si proclamò essere scopo ultimo del diritto ora il tornaconto e la tranquillità delle classi dominanti ora il predominio d'alcuni popoli o di certe razze.

Tuttavia, dal momento che un naturalismo coerente — per cecità verso i valori, o, se si vuole, per dovere d'onestà intellettuale — non poteva riconoscere quadri di valori valevoli in assoluto, la crisi dei fondamenti del diritto finì col palesarsi anche là dove nessuna catastrofe politica aveva condotto a una scoperto nichilismo giuridico. I tentativi di risolvere questa crisi — ora attraverso filosofie dei valori di stampo conservatore, ora con un umanesimo etico di tipo razionalistico, ora con una rinnovata riflessione teologica, ora (infine) con una filosofia radical-

mente esistenzialistica — non sono ancora conclusi. Ma sarebbero tutte soluzioni presuntuose o sconsiderate, appena meno pericolose della malattia che pretenderebbero di curare. Come in ogni periodo della storia giuridica, anche oggi nella affiorante problematica intorno al fondamento del diritto si rispecchia la legge più riposta di questa nostra epoca.



**PARTE PRIMA**

**LE PREMESSE MEDIEVALI  
DELLA STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO**





## L'ORIGINE DELLA CULTURA GIURIDICA EUROPEA

I. L'eredità della Tarda Antichità: l'Impero, la Chiesa e la Scuola. — II. Le nuove istituzioni giuridiche dei popoli europei. — III. La sopravvivenza delle tradizioni romane nell'Alto Medioevo. — IV. Gl'inizi d'una dottrina giuridica teorica.

I. Gl'inizi degli ordinamenti giuridici europei posson essere individuati nelle elementari forme di convivenza proprie delle società romano-germaniche dell'Alto Medioevo e nelle tre grandi forze d'aggregazione sociale costituenti l'estremo retaggio lasciato a queste società dall'Evo antico (e cioè: i ruderi dell'organizzazione dell'Impero romano d'Occidente, la Chiesa latina e la struttura scolastica tardo-antica); forze con le quali i nuovi popoli, insediatisi sul territorio dell'antico Impero nel cuore dell'Europa, dapprima si dovettero misurare e alla fine si identificarono. Ognuna di queste forze ha offerto dei contributi, non episodici ma decisivi, alla cultura giuridica europea (e, per ciò stesso, anche alla storia del diritto privato) <sup>(1)</sup>. Da questo lento processo d'appro-

---

(1) Su questo tema, in generale, cfr. DAWSON, *La nascita dell'Europa*, trad. it. C. PAVESE, Milano, 1969; PIRENNE, *Maometto e Carlomagno*, trad. it. M. VINCIGUERRA, pref. O. CAPITANI, Bari, 1969; LOT, *La fin du monde antique et le début du Moyen Age*, Paris, 1927; CALMETTE, *L'effrondement d'un empire et la naissance d'une Europe*; AUBIN, *Vom Altertum zum Mittelalter*, München, 1949; ove son da vedere, in particolare, le pagine dedicate al venir meno degli antichi modelli di vita nell'Alto Medioevo al contributo dei Germani alla ricostruzione dell'Occidente dopo l'età delle migrazioni; e, più in particolare, alla misura e alla portata della confluenza culturale romano-germanica nella Renania. Tra i contributi più recenti meritano d'esser ricordati: GRAF SCHENK VON STAUFFENBERG, *Das Imperium und die Völkerwanderung*, 1948; WIEACKER, *Recht und Gesellschaft in der Spätantike*, Stuttgart, 1964; ID., IRMAE, 1, 2, 1, Milano, 1964, pp. 5 ss. e 9 ss.; ulteriori ragguagli in KOSCHAKER, pp. 1 e 15 ss. Sulla questione più specifica

priazione, e come risultato d'una lunga maturazione certo non priva di soprassalti di segno contrario, nacque, all'alba del secondo Millennio dell'Era volgare, una nuova scienza giuridica.

I. La prima eredità che l'Impero romano lasciò alla nascente civiltà occidentale fu costituita dalla burocrazia e dall'organizzazione amministrativa e finanziaria di quello Stato monarchico assoluto e centralizzato uscito, intorno al IV secolo, dalla crisi che lo aveva travagliato nel secolo precedente e i cui resti sopravvissero alla sua stessa caduta (a. 476). Per i « popoli giovani » (quei popoli germanici, cioè, che per la prima volta s'affacciavano alla storia dell'Occidente) diritto non significava, all'inizio, altro che il proprio elementare e tradizionale modello di vita; che esso potesse essere anche il risultato d'un atto creativo dell'istituzione Stato o della tradizione culturale, questo lo impararono per la prima volta dall'incontro con la civiltà romana. Un incontro che pose questi popoli di fronte all'idea di diritto storicamente realizzata in una duplice (e compiutissima) forma: nella legge imperiale, anzitutto, la quale, per via del suo essere precetto coattivo, tendeva a far valere la propria assoluta vigenza nei confronti di tutti i suoi destinatari (e solo così rendeva possibile l'esercizio del potere sovrano su un territorio tanto vasto) <sup>(2)</sup>; e, in secondo luogo, nel diritto come « prodotto » culturale d'una scienza giuridica giunta ad un altissimo grado di specializzazione. Di questi due insegnamenti che l'esperienza giuridica romana aveva tramandato il più profondo (ma anche il più difficile) — quello, cioè, del diritto come guisa dello spirito —

---

della continuità è sufficiente rinviare all'*excursus* che si trova *infra* alle pp. 51 ss. e, inoltre, ai lavori di DOPSCH, *Wirtsch. u. soz. Grundl. d. eur. Kulturentw.*, 1918-1920 e di HARTMANN, *Ein Kapitel vom spätantiken u. frühmitt. Staates*, 1913 e alle pagine di BALT (IRMAE, V, 7, §§ 1 e 2) specificamente dedicate alla continuità in Austria.

<sup>(2)</sup> È fondamentale, in questa materia, il lavoro di EBEL, *Geschichte der Gesetzgebung*, pp. 3 ss., sulla distinzione fra tradizione giuridica, diritto come sistema di precetti, e diritto dell'unità etnica quali componenti fondamentali delle concezioni giuridiche dei popoli germanici nel Medioevo. Malgrado questa loro radicale distinguibilità questi « elementi » ben possono tra loro comporsi, come di fatto accadde nei Sinodi, nei Capitolari, e nella redazione scritta dei diritti nazionali.

riemerse, e fu del tutto assimilato, solo nel pieno del rinascimento giuridico medievale; mentre agli albori dell'Età di mezzo il diritto affermò la propria funzione come pura tecnica dell'esercizio estrinseco del potere.

La costituzione l'amministrazione le finanze e l'economia della Monarchia bizantina si fondavano sulla legislazione imperiale, così come vi si fondava (seppur in modo più mediato) il diritto volgare <sup>(3)</sup>; ed a tutto questo complesso normativo eran frammentati alcuni pochi residui del diritto giurisprudenziale dell'età classica, quali potevan sopravvivere sotto la specie dei surrogati che di quel diritto giurisprudenziale erano offerti dall'insegnamento affatto elementare ch'era impartito nelle scuole di diritto della età postclassica <sup>(4)</sup>.

L'altra forma, sotto la quale il diritto romano poteva esser presente, era rappresentata soprattutto dal diritto giurisprudenziale classico; il quale — unitamente ai più antichi « prodotti » della Cancelleria imperiale, opera anch'essi, almeno fino al tempo di Diocleziano, di giuristi di professione — si conservò solamente attraverso il *Corpus Juris* (attraverso, cioè, l'opera codificatoria — tipicamente classicistica — compiuta nell'Impero d'Oriente).

A tale proposito è necessario sottolineare quello che ci sembra essere uno dei dati più importanti della storia giuridica europea: e cioè che l'Occidente, per mezzo millennio, ha conosciuto il diritto romano solamente per il tramite della più tarda legislazione imperiale e attraverso il diritto volgare; e che solo in un secondo tempo ha riscoperto lo spirito vero della giurisprudenza classica, qual era conservato dal *Corpus Juris*. Questo fatto rivela tutta

---

<sup>(3)</sup> Su questo tema son da vedere i fondamentali scritti del LEVY, ZSS, RA, XLIX (1929), pp. 230 ss.; ID., *Zum Wesen des westr. Vulgarrechts*, in « Atti Congr. Intern. Roma », II, Pavia, 1935, pp. 27 ss.; ID., *Vulgarization of Roman Law in the Early Middle Ages* (= Schriften I); ID., *West Roman Vulgar Law*; ID., *The Law of Property*, Philadelphia, 1951; ID., *Weström. Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956. Ed inoltre: KASER, RömPrR, II (1959), pp. 3 ss.; ID. voce *Vulgarismus*, in PAULY-WISSOWA, RE 9A, 2 Abf, coll. 1283 ss. Fra la bibliografia più recente cfr. WIEACKER, *Vulgarismus u. Klassizismus im Recht d. Spätantike*, Heidelberg, 1955; GAUDEMENT, IVRA, VII, 1956, pp. 202 ss.; sulla problematica connessa è utile rinviare all'Inchiesta promossa dal GUARINO, *Labeo*, VI, 1960, pp. 97 ss., 202 ss.

<sup>(4)</sup> WIEACKER, IRMAE, I, 2, a, §§ 44-48.

la sua importanza, sol che si consideri che proprio il passaggio dall'uno all'altro stadio di conoscenza del diritto romano ha reso possibile la decisiva comparsa d'una autentica scienza giuridica nel mondo moderno <sup>(5)</sup>.

2. Fors'anche più incisivi furono i contributi che vennero offerti dalla Chiesa occidentale: la quale, per lo meno dall'età di Costantino in poi, era venuta assumendosi molti di quei compiti pubblici sociali e morali che un Impero di giorno in giorno più vecchio e più fragile era sempre meno in grado d'assolvere. E, dopo che l'Impero si fu dissolto, essa rimase: a far da rifugio per la popolazione romana e ad essere accolta — presto e di buon grado — anche dai Germani. Agli occhi di quei popoli che s'affacciavano alle soglie della storia d'Europa la Chiesa rappresentò una solida realtà, nella quale essi vedevan sopravvivere — così « diffusamente » presenti e ancor vitali, pur se l'Impero era scomparso da tempo — Roma e il diritto romano. Giacchè i suoi ufficiali eran in grado d'offrire, assai più validamente di quanto non potessero farlo gli avanzi di amministrazione laica che qua e là sopravvivevano, un esempio concreto di cosa significasse l'autorità la cultura l'amministrazione della giustizia e financo la tecnica della redazione e della tenuta dei documenti.

Ma nel contempo il Cristianesimo — fin dal suo sorgere — tese ad imporre anche un suo proprio concetto di diritto. E si badi che, nella misura in cui la fonte d'ogni diritto non scritto (che abbia preteso di porsi al di sopra dell'incomposta vitalità del costume sociale), l'etica sociale, e — alla fine — tutta l'etica europea è rimasta, fino alla piena età moderna, l'etica cristiana <sup>(6)</sup>; nella misura, dicevo, in cui tutto questo è avvenuto, il

---

<sup>(5)</sup> WIEACKER, IRMAE, *vol. cit.*, §§ 14, 37, 54.

<sup>(6)</sup> Da un punto di vista di storia delle religioni cfr. TROELTSCH, *Die Soziallehren der christl. Kirchen u. Gruppen*, III ed., 1923 (tr. it., Firenze, 1941; 1969, 2ª rist.); da un punto di vista sociologico cfr. WEBER, *Wirtschaft u. Gesellschaft* (in *Grundriss d. Socialökonomik*, Tübingen, 1947), III, 1, pp. 303-363, e III, 2, pp. 470 ss.; in generale, sull'influsso del Cristianesimo sulla storia del pensiero scientifico, cfr. di JASPERS, p. es., *Nietzsche u. d. Christentum*, Hameln, s.d. (ma 1946), p. 58, secondo cui il Cristianesimo ha addirittura reso possibile la scienza profana moderna: « D'altronde, se il mondo è creazione di Dio, allora tutto

pensiero cristiano ha influenzato in modo assolutamente determinante l'esperienza giuridica europea, anche se e quando legislatori e giuristi non ne abbiano avuto coscienza. Col Cristianesimo ogni ordinamento giuridico positivo si trovò ad essere in una sorta di rapporto di strumentalità rispetto ad un quadro di valori sovraordinato, alla stregua del quale esso era chiamato continuamente a ordinarsi. Da quando Agostino intuì per la prima volta la *civitas terrena* dell'Impero romano come immagine della *civitas Dei* (?), la metafisica del diritto — magari per esser negata — diventò, ed è rimasta fino al secolo scorso, il tema di fondo di tutto il pensiero giuridico.

Questa metafisica, ch'era stata assolutamente estranea sia al Cristianesimo delle origini che al diritto romano, è in realtà una scoperta di Platone che i Padri della Chiesa ripresero e la teologia medievale ha rinverdito. È, perciò, storicamente corretto ritenerla un portato della cultura greca, pur se è stata trasfusa nel pensiero giuridico europeo fino alle soglie dell'Età moderna quasi esclusivamente pel tramite della teologia.

3. L'ecumene tardo-antica era, in quanto struttura imperiale, una creazione della potenza romana. Ma il suo fondamento culturale era pur sempre il valore — tutto greco — della *paideia*, sopravvivate dovunque nelle scuole di tipo ellenistico-romano (8) ed anche nell'insegnamento elementare, il *Trivium* di Gramma-

---

ciò che esiste, proprio in quanto opera di Dio, è anche degno d'esser conosciuto; e non solo il razionale, l'ordinato secondo misura e numero » (come nella scienza greca), « ma ogni realtà comunque afferrabile ». In senso analogo, più di recente, cfr. WEITZÄCKER, *Die Tragweite d. Wissenschaft*, I, 1964, part. pp. 96-134 e 173 ss. Sull'origine del concetto di scienza nel volontarismo di Duns Scoto e sulla sua piena evoluzione nel pensiero di Occam, da cui per la prima volta fu aperta la strada alla ricerca naturalistica delle cause, allo storicismo e al positivismo giuridico cfr. WELZEL, pp. 99 ss., 121 ss. La dignità della natura immanente dell'individualità storica e della positività fluisce dalla imperscrutabilità della volontà del Creatore e dall'originale rapporto Io-Tu tra Creatore e creatura. Tutto questo filone di pensiero risale ad Agostino (cfr. WELZEL, *op. cit.*, pp. 76 ss., 99); per maggiori dettagli cfr. *infra*, p. 384 nota 14 e 396 ss.

(?) Cfr. *infra*, p. 396.

(8) Fondamentale in questa materia l'opera del MARROU, *Storia dell'educazione nell'Antichità*, trad. it. U. MASSI, 3ª ed., Roma, 1971.

tica Logica (Dialettica) e Retorica che insieme con le discipline più elevate — Aritmetica Geometria Musica e Astronomia — costituiva il settemplice insieme delle *artes liberales*. La Grammatica assicura l'ermeneutica dei testi normativi, la Retorica l'ordinata esposizione degli argomenti, la Dialettica — ch'è l'arte della disputa — la logicità dell'argomentare in teologia filosofia e giurisprudenza. Un ulteriore dato fondamentale per comprendere adeguatamente la storia giuridica altomedievale in Europa è che negli ultimi secoli dell'Impero romano d'Occidente la formazione culturale dei giuristi era lasciata all'insegnamento delle arti del *Trivium* o alle scuole di retorica e di dialettica di livello superiore: scuole più propriamente giuridiche, per quel che ne sappiamo, esistevano solamente nell'Oriente bizantino (9).

L'istruzione tardo-antica, malgrado il regresso generale della cultura e le crisi esterne connesse alle invasioni, sopravvisse nella sua struttura centrata sul *Trivium*: dapprima in istituzioni scolastiche secolari, più tardi solamente nelle scuole monastiche. Queste ultime, nell'Europa occidentale dei secoli VI e VII, dopo l'importantissima fondazione dell'abbazia benedettina di Montecassino, e, a partire dall'VIII secolo, anche nell'Europa centrale, conservarono la tradizione scolastica tardo-antica e la estesero ulteriormente (10).

Tutto ciò ebbe più d'un significato. Anzitutto che le più elementari capacità « culturali » — del leggere dello scrivere e dell'ordinato esprimersi per iscritto, che sono le condizioni prime

---

(9) WIEACKER, *Symb. Frib. in Hon. O. Lenel*, Lipsia, s.a. (ma 1935), pp. 313 ss.; ID., IRMAE, I, 2, a, §§ 37-40 (dove son reperibili ulteriori ragguagli); SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. G. NOCERA, Firenze, 1968, pp. 490 s.; in più, con particolare riguardo all'Italia, cfr. VOLTERRA, *Cambridge Law Journ.*, X, 1949, pp. 196 ss.; ID., *Appunti sulle scuole postclassiche occidentali*, in: ASD, I, 1957, part. pp. 56 ss.; per le Gallie ipotizza la sopravvivenza di scuole giuridiche particolari nel Nord fino all'inizio del V secolo e nel Sud ancora più a lungo il RICHÈ, IRMAE, I, 5, b, bb, §§ 6 ss.; cfr. anche, per ulteriori ragguagli bibliografici, *infra*, in questo stesso paragrafo, le note 41, 42, 47, 51, 52.

(10) Su questo, in generale, cfr. RICHÈ, *Education et culture dans l'Occident barbare*, Paris, 1962 (tr. it., Roma, 1966), pp. 315 s., 329 ss., e *passim*; ID., *op. cit.* alla nota prec., § 6 (per la Francia); COING, IRMAE, V, 6, §§ 6 ss.; cfr. anche, per ulteriori ragguagli bibliografici, *infra*, in questo stesso paragrafo, le note 41, 42, 47, 51, 52.

della sopravvivenza d'una legislazione d'un'amministrazione di un'organizzazione giudiziaria e d'una prassi negoziale — che queste elementari capacità, dicevo, diventarono monopolio nella tarda Antichità dell'insegnamento letterario e nell'Alto Medioevo delle scuole abbaziali e vescovili. In secondo luogo significò che ogni espressione attinente ad un qualunque atto avente rilevanza giuridica — fosse questo una legge un protocollo o un documento negoziale — era formulata (e, per ciò stesso, ridotta) nel linguaggio della chiesa e della scuola; e che, proprio per questo tramite linguistico, talune forme negoziali del diritto volgare tardo-romano s'inserirono nel tessuto della cultura giuridica alto-medievale. Da ultimo comportò che ogni dichiarazione di contenuto astratto come ogni percezione che lo spirito avesse di qualunque circostanza, intima o esteriore, doveva necessariamente esser filtrata attraverso gli schemi grammaticali retorici e logici che la scuola approntava; sicchè essa restava come racchiusa ed impigliata nelle limitate possibilità espressive che quello strumentario poteva offrire. E così, fino a quando non emersero — al volger del Millennio — i primi nuclei delle lingue volgari, questi schemi formali — salve talune eccezioni offerte dal nord scandinavo e dalle leggi anglosassoni — impressero in modo assolutamente costante il loro segno su qualunque idea attinente al diritto che fosse oggetto d'una redazione scritta.

Insomma, l'insegnamento del *Trivium* e quell'altro — che da esso traeva fondamento e che s'impartiva nelle scuole ecclesiastiche — avente ad oggetto le più nobili *artes* del *Quadrivium*; insegnamenti che furono entrambi fino all'XI secolo l'unica forma di preparazione possibile all'esercizio di quelle pubbliche funzioni che presupponevano la capacità di scrivere, costituirono perciò, pur nella poca vistosità, il terzo dato essenziale della eredità proveniente dalla tarda Età antica.

II. 1. Quest'eredità fu raccolta dalle nuove società formatesi con la caduta dell'Impero d'Occidente e con le invasioni germaniche, e alle quali s'aggiunsero — in sèguito alla conquista dei Franchi — anche i popoli provenienti dall'Europa Centrale; concorsero a comporre queste società le stirpi degl'invasori e le popolazioni — romane o per lo meno romanizzate — italiche ibe-



riche celtiche illiriche e germaniche. La futura unità spirituale d'Europa si sarebbe fondata anche sul fatto che la nuova originale coscienza giuridica dei popoli nomadi s'impose, non solamente al di fuori di quello che era stato il territorio dell'Impero (Europa Centrale e Scandinavia) o nelle provincie già restate lungamente in possesso dei Germani (Britannia, Europa nord-occidentale al di là del fiume Somme, Renania, Alta Germania), ma anche là dove una compatta *Romania* aveva assorbito pochissimo sangue tedesco. Tanto più che questa coscienza operò, non solamente come sostrato di vitalità popolare, ma anche come forza di volontà sociale e politica specie in Spagna e nel Regno carolingio.

2. In questo mondo così nuovo il vincolo universale che aveva legato tra loro i sudditi dell'Impero bizantino (un vincolo di tipo burocratico-centralizzato tanto spesso tramutato in veicolo di sfruttamento) s'era dissolto, cedendo il posto a tutta una serie di comunità regionali ch'eran tenute insieme, non più dall'organizzazione imperiale, ma dalla Chiesa da una nuova coscienza giuridica e dal sentimento della comune provenienza etnica.

Da tutto ciò derivarono, sì, delle perdite; ma furono anche resi possibili dei rinnovamenti della cultura giuridica corrente.

Fu certo una perdita l'involuzione subita dalla cultura giuridica; la quale, da forza spirituale perfettamente matura e razionale, da volontà di potenza limpidamente pianificata, si ridusse ad essere una coscienza giuridica fatta essenzialmente d'intuizione e di « senso della vita » <sup>(11)</sup>. E fu una perdita il frantumarsi

---

<sup>(11)</sup> In particolare sulle caratteristiche della concezione « vitale » che i Germani ebbero del diritto, cfr., per esempio, WACKERNAGEL, *Die geist. Grundlagen d. mittelalterl. Rechts*, Tübingen, 1929; v. SCHWERIN, *Der Geist d. altegerm. Rechts*, in: NOLLAU, *Germ. Wiederverstehung*, 1926; ID., *Freiheit u. Gebundenheit im germ. Staat*, 1933; SCHÖNFELD, *Das Rechtsbewusstsein der Langobarden etc.*, in: *Festschr. Alfr. Schultze*, 1934, pp. 310 ss.; MERCK, *Wachstum u. Schöpfung im germ. Recht*, in: *Festg. Jung*, 1937; BEYERLE, *ZSS, GA, LVIII*, 1938, pp. 788 ss.; FEHR, *Der Geist der alemann. Volksrechte*, Bern, 1943. Più in generale cfr. HEUSLER, *Germanentum*, Heidelberg, 1934; e, specialmente, V. GRÖNBECH, *Kultur u. Religion der Germanen* <sup>4</sup>, trad. ted., Hamburg, 1942, (in particolare sulla concezione del diritto è istruttivo leggere vol. I, pp. 24 ss., 280 ss. e vol. II, pp. 7 ss. 36 ss.). Sulle principali forme delle concezioni giuridiche proprie di tutti i popoli

dell'ordinamento universale nella moltitudine della comunità fondate sul principio di personalità della legge, con quel venir meno dell'ordine (e della sicurezza garantiti dall'ordinamento) che suol tener dietro al frantumarsi delle grandi strutture di potere.

Queste perdite sul piano della civiltà furon però compensate dall'emergere di nuovi valori, i quali fino ai nostri giorni hanno costituito (e ancor oggi costituiscono) dati fondanti della coscienza giuridica europea. L'ordinamento coercitivo e assolutistico che, distrutta alla radice la classica libertà delle città e dei cittadini, aveva brutalmente oppresso i propri sudditi, cedette il passo a pacifiche comunità di uomini uniti fra loro dal vincolo della cooperazione, le quali — assai più degli inefficienti poteri centrali — riuscirono a far confluire insieme la Chiesa e la tradizione culturale antica nell'esercizio della funzione di autorità spirituale. Diritto significò, non più atto d'impero d'un potere sovrano, ma piuttosto tradizione non scritta d'un modello di vita a cui si sottomettevano anche i rappresentanti del potere; e l'ufficio non s'identificò più con un ambito oggettivo di competenza in ordine a determinate funzioni, ma diventò rapporto personale di fedeltà tra un signore e il suo vassallo. Il suddito diventò un soggetto in tutto pari agli altri soggetti partecipi del suo medesimo ordinamento. I diritti inviolabili dell'uomo libero presero il posto del diritto oggettivo di cui l'assolutismo tardo-romano aveva disposto senza incontrare alcun limite; così come un insieme composito di diverse libertà <sup>(12)</sup> sottentrò a quell'unica libertà del *πολιτικῆς civis* ormai estinta nel Basso Impero. Infine la robusta carica sentimentale della protocultura tipica d'una società militare <sup>(13)</sup> (che esaltava i rapporti gentilizi e la fedeltà vassallatica, e che tanto spesso si palesava mortalmente pericolosa per la conservazione della pace esterna) arricchì il quadro di virtù morali ela-

---

di ceppo germanico cfr. l'eccellente lavoro di EBEL, pp. 1 ss. e *passim*. Sui problemi metodologici relativi al rapporto tra storia del diritto tedesco e storia del diritto germanico si può ora rinviare a quanto scrive il THIEME, Art. *Deutsche RG*, in: *Handwörterbuch z. dtsh. R.G.*, III, 1966, coll. 709 ss.

<sup>(12)</sup> È pur sempre fondamentale KERN, HZ, 102, pp. 1 ss.

<sup>(13)</sup> In particolare, su questo argomento, cfr. GRØNBECHE, *op. cit.*, vol. I, pp. 56 ss., 218 ss.; DAWSON, *op. cit.* in questo stesso § alla nota 1; per l'Italia cfr. CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, I, Milano, 1954, pp. 118 ss.

borato dalla Tarda Antichità cristiana di nuovi valori che tendevano proprio alla valorizzazione della libertà e dei diritti della persona. Una rinnovata spiritualizzazione e l'interiorizzazione di stampo cristiano operata dal movimento cluniacense avrebbe poi trasfigurato quest'insieme di comportamenti tipici nell'ideale cavalleresco; il quale, a sua volta, avrebbe plasmato di sè l'etica privata dell'uomo europeo fino alle soglie del nostro tempo ed avrebbe avuto la sua prima monumentale espressione letteraria — dopo il 1100 — nella *Chanson de Roland*.

3. Negli ordinamenti giuridici dell'Alto Medioevo il sovrapporsi di questo nuovo senso della vita sui resti della civiltà tardoantica provocò una particolare tensione. L'ordinamento giuridico scritto era fondato su quel che restava della legislazione imperiale romana e delle leggi romano-germaniche <sup>(14)</sup>, sulla redazione dei diritti nazionali delle diverse stirpi causata dall'imporsi della signoria franca <sup>(15)</sup>, su capitolari <sup>(16)</sup>, e, infine, su fonti giuridiche della Chiesa; tutte queste fonti furono redatte ed applicate da letterati e da chierici. Dietro a questo ordinamento — nella proprietà fondiaria e nel diritto delle successioni; nei rapporti feudali ed in quelli di servizio; nel vincolo di sangue e in quello comunitario o federativo; nella parola e negli altri segni; nelle regole che disciplinavano le liti i tribunali e le sentenze — stava una nuova cultura giuridica non scritta la cui matrice non era letteraria. Ma ogni volta che questa cultura abbisognava d'un'espressione scritta, per dar veste a una legge a un protocollo o a un documento, non poteva far a meno di ricorrere alla lingua letteraria della Tarda Antichità; giovandosi della quale, però, essa riusciva solo a stento e in modo impacciato ad infrangere quella corazza che la cultura dei letterati e dei chierici dell'ultima Antichità e la terminologia del diritto volgare eran venuti formando <sup>(17)</sup>.

<sup>(14)</sup> Sulla sopravvivenza della *Lex Romana Wisigothorum* (e delle altre *Leges* da essa derivate) in Europa cfr., da ultimo, GAUDEMET, IRMAE, I, 2, b, aa, β, Milano, 1965, §§ 52 ss.; sulla sopravvivenza della relativa *Interpretatio* nei documenti fino all'XI secolo, cfr. STOUFF, *Mélanges Fitting*, vol. II, p. 165 e SCHELLENBERG, *Die Interpretatio zu den Paulussentenzen*, Göttingen, 1965, pp. 87 ss.

<sup>(15)</sup> A questo proposito è fondamentale EBEL, pp. 30 ss., 35, 42.

<sup>(16)</sup> GANSHOF, *Was waren die Kapitularien?*, 1961; EBEL, pp. 36 ss.

<sup>(17)</sup> MERK, *Werdegang und Wandlungen d. dtsh. Rechtssprache*, 1933; cfr.

Per ricostruire l'ordinamento giuridico non-scritto si è per lo più costretti — proprio per via del suo essere stato un ordinamento non scritto — a ricorrere a fonti indirette: a storiografi ecclesiastici e a cronisti, a documenti di vario genere, a genealogie e a descrizioni delle proprietà di grandi personaggi che può esser dato desumere dai documenti (dalle descrizioni dei beni rustici dei terreni posti a cultura e delle bonifiche, e dai libri dei morti).

Dopo il volger del Millennio proruppe per la prima volta — dai *Fueros* spagnoli, dagli ordinamenti comunali italiani e dalle annotazioni scritte d'argomento giuridico provenienti da territorî tedeschi e scandinavi —, e rivelò una singolare ricchezza espressiva del linguaggio volgare, tutta la ricchezza d'una vita giuridica ch'era rimasta fino ad allora priva d'una documentazione scritta. Non diversamente da quanto accadde per la poesia: e — come per la poesia — in conseguenza dell'autonomo affermarsi di quella cultura letteraria dei laici che s'era venuta formando all'ombra della tradizione culturale dei chierici.

Il fatto che, per questo, l'intima struttura degli ordinamenti giuridici dell'Europa sia restata per parecchi secoli priva d'una documentazione diretta, pone lo storico dell'esperienza giuridica alto-medievale di fronte a còmpiti particolarmente ardui; giacchè egli deve anzitutto ricostruire gli ordinamenti giuridici germanici — e, più in generale, tutti gli ordinamenti profani — sulla base di induzioni formulate movendo da premesse generali, o giovandosi di fonti d'epoca più tarda.

III. 1. In queste condizioni di partenza si veniva profilando l'incontro dei nuovi popoli europei con i valori ideali proprî dell'ordinamento imperiale della tarda Romanità, con la metafisica del diritto elaborata dalla Chiesa e con le forme d'insegnamento

---

WIEACKER, *Fortwirkung*, cit., p. 85; più in generale RÖHRIG, *Mittelalter u. Schriftlichkeit, Welt als Geschichte*, XIII (1953), pp. 29 ss.; COING, *op. cit.*, § 3.

Questo rapporto mediato del contenuto giuridico con l'espressione scritta — specialmente nella lingua dotta di coloro che sapevano scrivere — trova conferma nel particolare àmbito — posto in luce dallo EBEL, pp. 12 ss. — dello strato più antico delle testimonianze giuridiche provenienti da ambiente germanico; mentre, generalmente, non vale per la documentazione giuridica in lingua volgare anglosassone o scandinava d'epoca più antica.

scolastico degli ultimi secoli dell'Età antica. Com'è accaduto per molt'altre culture evolute, anche quella occidentale ha preso le mosse del suo sviluppo da un precedente terreno culturale nel quale gruppi di popoli bellicosi e nomadi ebbero il sopravvento sur un'antica civiltà urbana (la cui organizzazione era fatiscente o addirittura distrutta) dal cui influsso, però, vennero come riplastmati. Simili confluenze storiche si realizzano per il solito secondo un modello costante. Assimilazione di civiltà significa nel suo insieme un'educazione che tende a suscitare nuove forze creatrici; sicchè ad un rapporto estrinsecamente magisteriale tien dietro — alla fine — il risorgere della cultura precedente dal nuovo quadro di valori a cui eran dapprima mancati i tratti psicologici e culturali necessari ad esprimere la sua autonoma esistenza coi mezzi espressivi propri della cultura « sommersa ». Tra l'acquisizione del patrimonio dell'antica civiltà e le sue successive « rinascenze » si colloca solitamente un lungo faticoso processo di maturazione caratterizzato da una profonda insicurezza in ordine ai mezzi espressivi storicamente tipici.

Tutto ciò vale anche per la cultura dell'Alto Medioevo. Alla recezione del tutto estrinseca di strumenti di civiltà assolutamente elementari — il discernimento delle piante eduli, l'uso della scrittura e la cognizione della settimana astrale — nell'età precedente la conversione al Cristianesimo; all'acquisizione dell'uso della pietra come materiale da costruzione, della clausola rimata, del *mimus* e dello *ioculator* quali eran tramandati dall'antichità ed infine del latino volgare nei primi secoli cristiani; a tutto ciò tenne dietro, ma solamente col secolo XI, una rinascita delle forme più alte della cultura antica: nello stile romanico dell'architettura sacra, nella scultura (pur se ancora ridotta a mera funzione decorativa dei monumenti architettonici), nella poesia latina e volgare, nella filosofia. All'apertura di questa prima breccia hanno tenuto dietro « rinascenze » sempre nuove, che hanno attinto sempre più profondamente i contenuti spirituali dell'antico sostrato culturale (allo stesso modo che una persona, crescendo, comprende via via in modo più accostante i suoi genitori e i suoi antenati). Col passar del tempo s'affievoliva sempre più, sul piano materiale, l'influenza della Tarda Antichità, mentre progressivamente s'approfondiva l'influsso culturale dell'Antichità

classica. La filosofia europea s'è imbattuta in Boezio, in Dionigi l'Areopagita ed in Isidoro di Siviglia assai prima d'incontrare Aristotele e Platone, mentre solo da ultimo ha scoperto i Presocratici. Così come l'arte che veniva formandosi ha utilizzato prima le testimonianze tardo-antiche e bizantine, poi quelle ellenistico-romane, in epoca ancora successiva quelle della classicità greca e solamente da ultimo quelle dei grandi maestri dell'Età arcaica.

Una siffatta scansione ha caratterizzato anche il ritmo di sviluppo dell'esperienza giuridica europea: che può essere ricostruito ed interpretato come la progressiva appropriazione dell'eredità romana quale è durata fino ai nostri giorni. In un primo tempo furono assorbiti gli elementi — per dir così — materiali e tecnici del diritto volgare, mentre la società del XII secolo sperimentò il travaglio dell'incontro con la grande giurisprudenza romana ridotta negli schemi del classicismo giustiniano (un incontro che, per avventura, fu coevo alla recezione di quella teoria aristotelica del diritto e dello Stato che portò alla fusione, nel crogiuolo della *Summa Theologiae* di Tommaso d'Aquino, del primo modello di diritto naturale che l'Europa abbia elaborato). Solo con l'Umanesimo cominciarono i tentativi di cogliere — dietro lo schermo del *Corpus* giustiniano — i connotati originali del diritto classico: tentativi ch'eran destinati ad esser ripresi più tardi dalla Scuola Storica e portati a sistematico compimento dalla Romanistica moderna.

Ma torniamo al momento iniziale di questo processo storico. Quando, ancor prima dell'Alto Medioevo, s'eran già perse le tracce sia del contesto storico della giurisprudenza creativa che della più antica legislazione imperiale. La tradizione culturale delle scuole di diritto — che nell'Impero d'Oriente era ancora in grado d'intendere la letteratura giuridica classica, di trasmettere la tradizione conservandola poi per sempre nel Digesto di Giustiniano — nel territorio dell'Impero d'Occidente si disgregò al più tardi nel corso del V secolo (seppur mai s'era sviluppata, in questa *pars Imperii*, in modo analogo che nella *pars Orientis*) <sup>(18)</sup>. Qui, al crollo politico e spirituale del mondo antico, so-

(18) Cfr. *supra*, in questo stesso §, alla nota 9.

pravvissero solamente alcuni resti di ciò ch'erano state le istituzioni pubbliche e le figure — tutte estremamente semplici — proprie del diritto volgare; essi furon recepiti dalle nuove formazioni statuali che s'eran venute costituendo nel territorio ch'era stato dell'Impero per il solo fatto di rappresentare le premesse elementari per il mantenimento d'un minimo d'organizzazione pubblica. Ne facevano parte l'organizzazione degli uffici municipali e provinciali, un minimo di stabilità di amministrazione e di tecnica finanziaria e una legislazione che — pur progressivamente imbarbarendosi — pretendeva d'imitar lo stile dell'antica Cancelleria imperiale <sup>(19)</sup>; e, da ultimo, la pratica documentale attraverso la quale anche i Germani fin da principio recepirono principî giuridici e tipi negoziali propri del diritto volgare <sup>(20)</sup>. Sul territorio dell'ex Impero romano d'Occidente alla sinistra del Reno questo patrimonio era sempre sopravvissuto; poi, soprattutto in conseguenza del sorgere dello Stato franco, esso si estese alle stirpi germaniche insediate più all'interno e alla fine — per il tramite della conversione al Cristianesimo — arrivò fino ad influenzare l'Europa settentrionale. Le convergenze di contenuto, che fin dagl'inizi son riscontrabili nella storia giuridica europea al di qua e al di là del *limes*, sono correttamente interpretabili proprio sul fondamento di queste premesse tardo-antiche.

2. Allo stesso tempo, però, la caduta dell'Impero provocò delle profonde differenziazioni regionali.

Già prima che si formassero le Nazioni europee Romani e Germani instaurarono rapporti radicalmente diversi con la tradizione romana. Anche per la popolazione d'origine romana, per

---

<sup>(19)</sup> Su questo argomento cfr. GAUDEMET, *Survivances romaines dans la monarchie franque du Ve au Xe siècle*, in *Tijdschr.*, XXIII (1955), p. 162; e, specialmente, CLASSEN, in *ArchfDiplomatik*, XI (1956), pp. 7, 23 ss., e RICHÈ, *op. cit.*, *supra*, alla nota 9, § 3.

<sup>(20)</sup> BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte d. röm. u. germ. Urkunde*, 1880; FREUND, *Wertpapiere im antiken u. frühmittelalterlichen Rechte*, 1910; ed inoltre: PARTSCH, *Die antiken Grundlagen d. frühmittelalterlichen Privatwirkunde*, 1927; A. de BOUARD, *Manuel de diplomatique*, I, *L'acte privé*, Paris, 1948; WIEACKER, *IRMAE*, I, 2, a, §§ 49 ss., part. § 53; sull'istruttivo manuale di formule composto dal monaco Marcolfo cfr. BEYERLE, *Festschrift Theodor Mayer*, 1955, pp. 365 ss.; RICHÈ, *op. cit.* per ulteriori ragguagli cfr. *infra*, alle note 30-33.

la nobiltà urbana, per i discendenti dei soldati degli artigiani dei mercanti dei contadini dei possidenti romani italici o (ormai da gran tempo) romanizzati; per tutti costoro lo Stato romano la lingua letteraria latina e specialmente l'antica giurisprudenza eran diventate forme culturali degne, sì, d'una certa venerazione, ma sentite nella loro essenza come estranee. I modelli elementari di vita e il diritto volgare della Tarda Antichità, invece, non abbisognavano d'alcuna assimilazione: perchè la nobiltà terriera d'origine romana e l'alto clero conservarono ancora lungamente le forme culturali più evolute degli ultimi secoli dell'Antichità. Dai Germani, che s'eran insediati sui territorî già appartenenti all'Impero, quelle medesime forme culturali dovevano dapprima essere apprese ed assimilate; al di là del *limes* e nei territorî che Roma aveva progressivamente abbandonato esse furono dapprima importate dai missionarî appartenenti a popoli romanizzati o imposte dai Franchi. In entrambi questi ultimi casi esse erano estranee all'originaria coscienza giuridica dei popoli in mezzo a cui si trovarono ad attecchire, e per i quali rappresentavano una tal novità da richiedere un deciso sforzo d'assimilazione per superare la distanza che originariamente separava queste forme dall'autoctono fondo culturale di quei medesimi popoli. Tenendo presente questo divario può essere agevole spiegare perchè il rapporto con l'eredità romana fosse più ricco di tensione — e, per ciò stesso, storicamente più fecondo — nelle zone che segnavano il confine tra una predominante presenza del sostrato romano e la prevalenza degl'insediamenti germanici: esemplarmente nell'Africa Settentrionale in Borgogna e nell'Alta Italia.

3. Multiforme fu anche il rapporto instaurato dalle singole stirpi germaniche con l'eredità del mondo antico; si può, anzi, affermare che i diversi itinerarî storici percorsi dalle esperienze giuridiche delle varie nazioni germaniche dopo che esse si furono date una struttura di tipo statuale erano in certo modo potenzialmente tracciati dal multiforme atteggiarsi di quel rapporto <sup>(21)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> Su questa materia offrono dati e materiale di riflessione le parti generali delle trattazioni dedicate alle storie giuridiche nazionali inglese francese italiana



a) La tradizione tardo-antica fu recepita nel modo più completo e nel tempo più breve da quei popoli germanici che già da prima s'eran insediati in mezzo alla popolazione romanizzata come *foederati*: tali furono gli Ostrogoti i Visigoti i Burgundi ed altri gruppi etnici minori. E la cosa si spiega abbastanza facilmente: i loro re eran diventati anche — come tali — magistrati romani; la loro legislazione derivava il titolo della propria vigenza dall'autorità imperiale ed era stata redatta in scrittura ad opera di letterati e chierici appartenenti a popoli romanizzati; l'amministrazione locale romana sopravviveva sui propri fondamenti. All'atteggiamento spirituale di questi popoli era estra-

---

e spagnola. Per tutti cfr.: nella storiografia inglese P. H. WINFIELD, *The Chief Sources of English Legal History*, Cambridge, 1925; W. HOLDSWORTH nel primo volume della sua monumentale storia del diritto inglese; e, più di recente, ID., *Some Makers of English Law*, e, soprattutto, POLLOCK-MAITLAND, *History of English Law*, I, Cambridge, 1898. Per la Francia: A. TARDIF, *Histoire des Sources de Droit Français*, I, *Origines romaines*, Paris, 1890; LOT-FAWTIER (a cura di), *Histoire des institutions françaises au Moyen Age*, III, Paris, 1962; OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, II ed., Paris, 1951; ELLUL, *Hist. des institutions*, I, II, Paris, 1955-56; LEPOINTE, *Hist. des inst. et des faits sociaux (987-1875)*, II ed., Paris, 1963; altre trattazioni generali utilmente consultabili son quelle di CHENON (1926-29), PERROT (1935), REGNAULT, V ed. (1947), DUMAS (1948), TISSET-OURLIAC (1949), IMBERT, SAUTEL, BOULET-SAUTEL (1956), MONIER-IMBERT-CARDASCIA (1956: fino all'Alto Medioevo), IMBERT, II ed. (1961). Per l'Italia: G. M. MONTI, *Il diritto pubblico e le fonti di diritto in Italia dal 476 al 1870*, I, Bari, 1933; SOLMI, *Storia del Diritto italiano*, III ed., Milano, 1930; P. S. LEICHT, *Storia del diritto italiano, Le fonti*, IV ed., Milano, 1956; C. G. MOR, *Appunti sulla storia delle fonti romane giuridiche da Giustiniano ad Irnerio*, Milano, 1937; CALASSO, *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, I, *Le origini*, Milano, 1938; ID., *Medio Evo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano, 1954, pp. 118 ss., 119 nota 23; ASTUTI, *Lezioni di storia del diritto italiano. Le fonti: età romano-barbarica*, Padova, 1953. Per la Spagna: HINOJOSA, *Estudios sobre la Historia del Derecho español*, I, Madrid, 1903; J. BENEITO PEREZ, *Fuentes de derecho hist. español*, Barcelona, 1931; F. MERA, *Estudios de derecho hispanico medieval*, Coimbra, 1952; RIAZA-GARCIA GALLO, *Manual de Historia del derecho español*, Madrid, 1934; GARCIA GALLO, *Curso de historia del derecho español*, I, V ed., Madrid, 1950; ID., *Le evolucion general del der. español*, 1957; GIBERT, *El reino visigodo el particularismo español*, in: « Cuadros del Instituto Juridico espanol », V (1956) pp. 15-47. Per il Portogallo cfr. ALMEIDA COSTA, *Para Historia da Cultura giuridica medieval em Portugal*, in: « Boletim Fac. Dereito Coimbra », XXXV (1959), p. 30.

neo ogni rifiuto per le venerande e splendide tradizioni ch'essi, insediandosi, avevan trovato già formate <sup>(22)</sup>; essi recepirono l'alfabeto latino, i dati esterni della civiltà romana, il parlar volgare delle popolazioni romanizzate, i resti della cultura tardoantica e — infine — anche la fede cattolica in luogo di quella ariana.

Più a lungo conservò la sua fisionomia il loro patrimonio giuridico, nella misura in cui esso s'identificava ancora con un ordinamento tendente alla soluzione dei concreti problemi vitali di gruppi umani e alla elaborazione d'un loro *ethos*, e non al risultato d'instaurare nuovi rapporti economici e nuove strutture di potere. A tutto ciò contribuiva anche la concezione germanica del diritto, che lo definiva non come un complesso arbitrario di comandi ma come un'intangibile tradizione di modelli di vita <sup>(23)</sup>. Tradizioni giuridiche di questo tipo le conservarono anche i Germani romanizzati e le trasmisero alle popolazioni di ceppo romano con le quali si trovarono a convivere prima di assimilarsi del tutto con loro (processo, questo, che fu grandemente facilitato dal fatto che le rispettive forme estrinseche di convivenza s'erano assai assimilate per via della degradazione culturale che fu tipica della Tarda Antichità). Soltanto tenendo presenti queste circostanze si spiega perchè gl'influssi del diritto germanico (un tempo certamente sopravvalutati) siano stati oggettivamente così sproporzionati a riguardo dello scarso peso numerico dei popoli che ne furono portatori. E poichè, dal canto loro, questi stessi popoli mutuarono dal diritto volgare le regole degli scambi e le forme negoziali, lo statuto degl'immobili e il diritto delle successioni, la reciproca assimilazione procedè via via più speditamente. Ma un altro dato non è da dimenticare, decisivo anch'esso nella storia giuridica d'Europa: che la cultura giuridica romano-clas-

---

<sup>(22)</sup> Caratteristica, a questo proposito, la testimonianza di Paolo Orosio (Hist. adv. pag., VII, 43) che ci ha tramandato il detto del re visigoto Ataulfo; cfr. WIEACKER, *Vom römischen Recht*, II ed., 1961, p. 19.

<sup>(23)</sup> Fondamentale EBEL, pp. 12 ss. Sulla recezione del concetto romano di legislazione fin dall'impero ottoniano e, in modo politicamente più incisivo, da quello svevo, EBEL, pp. 43 s.; KRAUSE, *Keiserrecht u. Rezeption*, 1952, pp. 42 ss.; E. H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies*, Princeton, 1957; COING, IRMAE, V, 6, § 11.

sica, una volta arrivata ad influenzare il patrimonio culturale dei Germani, fu a sua volta sommersa anche presso le popolazioni di stirpe romana: così essa potè e dovè essere riscoperta solamente quando i popoli nuovi furon diventati abbastanza maturi per poter pretendere d'appropriarsene. Gl'inizî della scienza giuridica in Europa coincisero, per l'appunto, con questa riscoperta.

b) Diversa, per lo meno agl'inizî, fu la situazione di quelle stirpi germaniche, le quali, o non s'insediarono affatto sul territorio che aveva appartenuto all'Impero romano (come gli antichi Sassoni i Frisi e i Germani del Nord), oppure lo sommersero violentemente e vi si stanziarono dopo avervi distrutto la civiltà romana (e fu il caso degli Alemanni e dei Bavari nella Germania meridionale, degli Angli dei Sassoni e dei Iuti nella Britannia). Gli Anglosassoni, in conseguenza del comportamento aperto e discreto del loro clero — anche in epoca successiva alla predicazione dei missionarî — conservarono per le loro leggi (come, d'altronde, per la loro poesia) l'uso della lingua nazionale. I Germani dell'Europa Centrale conobbero per la prima volta la tradizione culturale dell'Antichità tramite la predicazione dei missionarî, mentre gli antichi Sassoni furono sottomessi (e per di più con la violenza) solamente dall'Impero carolingio. Molto più tardi, infine, ebbe modo di dispiegarsi l'influsso delle idee romane intorno allo Stato e al diritto su quel patrimonio ideale ben altrimenti cosciente di sè che fu la cultura giuridica dei Germani del Nord <sup>(24)</sup>. Anche questa diversità di condizioni si riflette fino all'Età Moderna — anzi, per certe tracce che ne son rimaste, addirittura fino ai nostri giorni — nella storia giuridica tedesca in quella inglese ed in quella scandinava.

c) Una funzione-chiave tra Germani romanizzati e Germani rimasti immuni dall'influsso romano fu assolta, proprio nel cuore dell'Europa, dalla costituzione dello Stato franco: dove i rapporti

---

<sup>(24)</sup> Sulla recezione, in Scandinavia, a partire dalla prima metà del XIII secolo, dell'idea e del concetto di legislazione ch'eran proprie dell'ordinamento ecclesiastico a metà del Medioevo, cfr. il vigoroso quadro offerto da STEN GAGNÈR, *partic. pp. 288 ss.*

erano più che altrove complicati (ma, proprio per questo, particolarmente fecondi di storia) per la confluenza (e il conseguente reciproco stimolo) tra i due diversi atteggiamenti coi quali i popoli d'origine romanica e quelli di schiatta germanica si ponevano di fronte all'eredità romana. Più d'ogni altro popolo germanico, il popolo franco era destinato a raccogliere l'eredità imperiale, sia per il suo secolare insediamento nella regione del Reno, sia per la sua tanto precoce conversione all'ortodossia della Chiesa di Roma. Perciò lo Stato franco s'appropriò — nell'ambito di quella che sarebbe poi stata la Francia — d'un territorio occupato da popolazioni di ceppo romanizzato nel quale si dissolse in modo definitivo sia la lingua dei conquistatori che la loro coscienza della propria identità etnica; mentre nella futura Germania (e in Lotaringia) quello Stato sorse in territori d'esclusivo insediamento franco (il peso specifico dei quali s'accrebbe ulteriormente per l'incorporazione delle popolazioni insediate ancor più all'interno), e da ultimo i Carolingi estesero il loro dominio all'Italia settentrionale e centrale, diventando i patroni della Città-madre del diritto romano e della Chiesa latina. Prim'ancora che la Monarchia universale carolingia — in sèguito agli accordi di spartizione fra i successori di Carlo Magno — fosse smembrata secondo linee di divisione che s'identificarono coi confini linguistici ed etnici, s'era per la prima volta resa concretamente visibile quell'idea d'un Impero universale che doveva preparare la rinascita del diritto romano poco dopo il volger del millennio. Nella struttura statuale dei Merovingi e dei Carolingi eran riunite quelle regioni privilegiate nelle quali s'incontravano — dandosi reciproco incremento — un'elementare sopravvivenza della tradizione antica e la sua faticosa cosciente riacquisizione. Appena in questi territori prese corpo un progetto d'emulazione dell'Impero romano, la rinascita del diritto di quell'Impero cominciò a divenire una possibilità: condizione, questa, che s'avverò, quando — con la successione di Lotario — toccarono alla porzione orientale della Monarchia franca anche la pretesa su Roma e la *translatio imperii*.

IV. I. Il permanere l'eclissarsi o il ricomparire d'una presenza del Diritto romano nell'Alto Medioevo non ha quasi la-

sciato traccia nella testimonianza delle fonti <sup>(25)</sup>. Questi i dati fondamentali che posson ritenersi, in certo modo, sicuri: la perdurante osservanza della *Lex Romana Wisigothorum* (delle sue rielaborazioni e de' suoi compendî) <sup>(26)</sup> in zone assai estese della *Romania* al di là dei confini del Regno visigotico (anche di quelli più vasti che, prima del 507, arrivavano fino alla Loira); la generale prevalenza della forma tardo-antica di redazione documentale di negozi donazioni e testamenti ch'è riscontrabile fin molto all'interno della parte meridionale del territorio occupato dagli insediamenti germanici <sup>(27)</sup>; il forte legame, infine, ch'è dato cogliere di tutti i testi legislativi (o, più generalmente, di contenuto giuridico) — dal visigotico *Codex Euricianus* fino ai Capitolari carolingi — con lo stile e la terminologia propri del diritto romano volgare. Questo complesso di situazioni trova la sua spiegazione in quel monopolio dell'arte dello scrivere che lo scrivano della Tarda Antichità e il suo successore *clericus* <sup>(28)</sup> esercitarono sempre, anche quando si trattava di redigere scritture della cui preponderante sostanza germanica non si poteva certo dubitare (com'era il caso dei diritti nazionali o dei libri giuridici longobardi).

A tutti questi fatti fece riscontro la circostanza che, ai suoi inizi, la cultura giuridica alto-medievale generalmente non s'elevò oltre il livello elementare dell'apprendimento scolastico, dell'espressione linguistica e dell'ordinata comprensione delle più semplici fra le relazioni logiche fondamentali. Veicolo d'una siffatta cultura elementare fu l'insegnamento delle arti del *Trivium* a cui in Occidente era toccato, fin dall'età di Costantino, il compito di fornire la cultura « di base » ai funzionari addetti all'amministrazione della giustizia. Anche nell'Alto Medioevo,

<sup>(25)</sup> Per quanto verremo ora dicendo è fondamentale il rinvio a CONRAT, *Gesch. d. Quellen u. Literatur d. röm. Rechts im frühen Mittelalter*, I, Leipzig, 1891; VINOGRADOFF, *Diritto romano nell'Europa medievale*, II ed. a cura di F. DE ZULUETA, trad. it. S. RICCOBONO, Milano, 1950, pp. 15 ss.; F. GENZMER, *Kod.*, pp. 347 ss.; CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 267-340, e, con ulteriori ragguagli, 341.

<sup>(26)</sup> Cfr. *supra*, in questo stesso § gli scritti citati, alla nota 14.

<sup>(27)</sup> WIEACKER, *IRMAE*, I, 1, a, § 53.

<sup>(28)</sup> WIEACKER, *op. ult. cit.*, §§ 36-38 (con ulteriori ragguagli). Sull'ulteriore sviluppo medievale del concetto di *clericus*, cfr. COING, *IRMAE*, V, 6, § 8; alcune obiezioni si leggono in FEENSTRA, *ZSS, RA, LXXXII* (1965), p. 463 s.

perciò, la conservazione la trasmissione e la redazione del diritto scritto restò in generale riservata tipicamente a coloro ch'eran provvisti d'una cultura di stampo clericale. Questo patrimonio culturale — che pure mostrava, al suo interno, notevoli dislivelli in conseguenza delle disuguaglianze dei varî gradi d'erudizione — era solitamente legato alle scuole monastiche, o alla Cappella reale (pur diretta da un chierico), o anche — ma in epoca più tarda — alle scuole che sorgevano presso le chiese cattedrali <sup>(29)</sup>. Quel che ai nostri occhi rappresenta l'oggetto dell'insegnamento giuridico era in realtà la cultura generale del chierico, destinata a servirgli nell'esercizio di tutti i suoi còmpiti, sia di quelli pastorali che di quelli ecclesiastici o addirittura mondani; ma nulla vietava che chi aveva frequentato una scuola monastica non abbracciasse poi lo stato clericale. Le non rare informazioni di cui disponiamo relative a una scienza del diritto e della legislazione in età merovingia e carolingia <sup>(30)</sup> son da riferire a una formazione culturale di questo tipo: certe raccolte di formule — come quella del monaco Marcolfo — dimostrano che quella scienza mirava direttamente anche alle funzioni di amministrazione della giustizia e alla documentazione di precedenti aventi una loro speciale rilevanza giuridica.

Dicendo tutto questo si risolve anche un'antica e fondamentale questione assai controversa della storia del diritto romano nel Medioevo: la questione, cioè, della sopravvivenza d'un insegnamento del diritto per lo meno nei due punti focali in cui si concentrò la presenza culturale bizantina nell'Italia altomedievale (Roma e Ravenna, cioè); e, ancora, del possibile influsso che quell'insegnamento così (eventualmente) sopravvissuto abbia potuto esercitare — direttamente o attraverso ulteriori tramite in-

---

<sup>(29)</sup> DENIFLE, *Die Entstehung der Universitäten im Mitt. bis 1400*, rist., Graz, 1957; PAULSEN, *Die Gesch. d. gelehrt. Unterr. auf d. dtsh. Schulen u. Universitäten*, I, 1896, pp. 16 s. e *passim*; SPECHT, *Gesch. d. Unterrichtswesen in Dtschl. von den ält. Zeit bis z. Mitte d. 13. Ihs.*, 1885; GENZMER, pp. 361 ss.; DELAHAYE, *Traditio*, V (1945), pp. 211 ss. (per la Francia); HASKINS, *The Renaissance of the 12th Century*, Cambridge-Mass., 1927 (tr. it., Bologna, 1972), p. 18 e *passim*; COING, *op. ult. cit.*, § 6.

<sup>(30)</sup> Cfr. *supra*, in questo stesso §, note 10 e 19 (RICHÈ, COING, GAUDEMET, CLASSEN).

termedi — sulla nascita dello *studium civile* a Bologna o sui suoi precedenti longobardistici di Pavia <sup>(81)</sup>. Per la mancanza di testimonianze letterarie univoche s'era costretti — senza gran vantaggio per la correttezza metodica della discussione, come ben s'intende — a valersi degli argomenti « generali ». La premessa principale su cui pretendeva di trovar fondamento la tesi del Fitting favorevole alla continuità era quella della parte decisiva — paragonabile, in certo modo, a quella avuta nell'Oriente romano dalle scuole giuridiche di Berito e di Costantinopoli — che, sulla scienza giuridica dell'Occidente romano, avrebbe avuto la scuola cittadina di Roma (o, magari, quella di Ravenna); ma i tentativi in questa direzione, fatti anche più di recente, non sembrano convincenti <sup>(82)</sup>. Venendo meno questa premessa, appare del tutto inverosimile che un insegnamento così specialistico del diritto — attraverso successivi tramiti che resterebbero, però, privi di documentazione — abbia potuto sopravvivere fino all'XI secolo. È, bensì, vero che son dimostrabili — soprattutto per quel che riguarda gli schemi espositivi utilizzati nell'insegnamento — connessioni dirette tra la Scuola longobardistica di

---

<sup>(81)</sup> Per il momento delle origini cfr. SAVIGNY, *Gesch. d. röm. Rechts im Mitt.*, rist., Graz, 1956, I, 2, pp. 1 ss.; II, 2, pp. 1 ss.; IV, pp. 24 ss. Sulla teoria della continuità sviluppata dal FITTING, cfr. di questo A., *Über di sog. Tur. Institutionenglosse u. d. sog. Brachylogus*, 1870; ID., *Juristische Schriften d. Frühen Mittelalters*, 1876; ID., *Die Anfängen der Rechtsschule zu Bologna*, 1888, partic. pp. 68 ss.; *contra* v. MOMMSEN, ZRG, XIII, pp. 196 ss., che parlò addirittura di *somnia fittingiana*; critico fu anche il BRUNS, *ivi*, pp. 105 ss. e, con diverso e più cauto fondamento, CONRAT, *Geschichte*, cit., I, partic. pp. 203 s. Anche la dottrina più recente esamina — seppure con maggior distacco — la teoria del FITTING con non poche riserve: cfr. GENZMER, *Kod.*, pp. 365 ss.; ID., ZSS, RA, LXI (1941), pp. 297 ss.; CALASSO, *Storia e sistema*, cit., pp. 95 s.; KOSCHAKER, pp. 103 ss. (dove son reperibili ulteriori indicazioni). Senza contare che la successiva corretta attribuzione di quei certi scritti che il FITTING riteneva di epoca prebolognese (cfr. *infra*, nota 36) hanno ancor di più tolto spazio alla sua teoria.

Diverso è il problema d'un eventuale influsso diretto esercitato sui Glossatori dai commentari al *Corpus Juris* composti in Oriente all'epoca di Giustiniano ed in sèguito: cfr. PRINGSHEIM, *Beryt u. Bologna*, 1925 (ora in: ID., *Ges. Abh.*, I, 1961, pp. 391 ss., 448; e GENZMER, *Kod.*, pp. 373 s.; ancor più sicuro s'è mostrato il SONTIS, *Studi in on. di K. Triantaphyllopoulos*, Atene, 1957, pp. 497 ss., su cui cfr. WIEACKER, ZSS, RA, LXXVII (1960), pp. 526 ss.; cfr. *infra*, pp. 66 s. nt. 32.

Pavia (XI secolo) <sup>(33)</sup> e quella di Bologna <sup>(34)</sup>: ma fra gli ultimi possibili sprazzi d'un insegnamento tenuto a Roma o a Ravenna nell'alveo della tradizione giuridica occidentale e questa Scuola di Pavia corrono ben cinque secoli, durante i quali solamente pochi indizî (per di più difficilmente databili) testimoniano d'un impiego del *Corpus Juris* (e pochissimi, poi, riguardanti il Digesto) <sup>(35)</sup>. In nessun luogo dell'Occidente, durante l'Alto Medioevo, si tenne un insegnamento volto esclusivamente alla spiegazione dei testi legislativi (profani) o mirante soltanto all'approfondimento di problemi propriamente giuridici. Quei còmpiti di cui più tardi si sarebbe dato carico lo *studium generale* furono assolti direttamente dall'insegnamento delle arti del *Trivium*: sia attraverso l'addestramento alla tecnica documentale e all'arte dello scrivere, sia per il tramite del commento anche di testi giuridici. Nel fatto lo Studio bolognese germogliò proprio da questo terreno della cultura *in artibus* e conservò vivo questo legame fino all'età del suo pieno rigoglio.

2. Tutto ciò trova conferma quando si analizza il contenuto gli scopi e il metodo degli scritti giuridici appartenenti al periodo

<sup>(33)</sup> Cfr. *supra*, in questo stesso §, nota 9. Sulla cosiddetta Scuola di Ravenna cfr. le notazioni assai scettiche del LEICHT, *Ravenna e Bologna*, ora in P.S.L., *Scritti vari di Storia del Diritto italiano*, vol. II, tom. I, Milano, 1948, pp. 216 ss.; cfr. anche KOSCHAKER, *loc. ult. cit.*, nota 1.

<sup>(34)</sup> Su questa cfr. FITTING, *Juristische Schriften*, cit. *supra* alla nota 31, pp. 75, 109 e *passim*; BESTA, *Legislazione e scienza giuridica dalla caduta dell'Impero romano ecc.*, Milano, 1923; MENGOZZI, *Ricerche sull'attività della scuola di Pavia*, Pavia, 1924; cfr. KOSCHAKER, *loc. ult. cit.*

<sup>(35)</sup> Su queste connessioni FICKER, *Forschungen z. Reichs und Rechtsgeschichte Italiens*, Innsbruck, 1870, pp. 1-189; FITTING, *op. ult. cit.*, pp. 37, 62, 73, 75, 97, 107 ss.; per questo consenziente CONRAT, *Florentiner Rechtsbuch*, Berlin, 1882, p. xxviii; LANDSBERG, *Die Glosse des Accursius u. ihre Lehre vom Eigenthume*, 1883, p. 5; e, soprattutto, GENZMER, *op. ult. cit.*, pp. 174 ss.

<sup>(35)</sup> Il primo puntuale e completo esame di queste fonti lo fece CONRAT, *Geschichte*, cit., part. pp. 161 ss., ed inoltre ID., ZSS, RA, XI (1890), pp. 306 ss.; XXXIV (1913), pp. 13 ss. E, di poi, specialmente GENZMER, *op. ult. cit.*, pp. 368 ss.; ID., *Vorbilder für die Distinctionen der Glossatoren*, « Acta Congressus Juridici Internationalis », vol. II, Romae, 1935, pp. 343 ss.; MOR, *Scritti giuridici preirneriani*, I, Milano, 1935; II, Milano, 1938; CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 279 ss.; STEIN, *Regulae Juris*, Aberdeen, 1966, pp. 124 ss.; per la Germania cfr. COING, IRMAE, V, 6, § 4; cfr. anche KOSCHAKER, pp. 103 ss.



immediatamente precedente al sorgere della Scuola di Bologna: intanto l'attribuzione all'età prebolognese dei più recenti tra questi scritti è stata messa in dubbio — specialmente ad opera del Kantorowicz <sup>(36)</sup> — e comunque è ben chiaramente riscontrabile in essi quell'assiduo scambio tra cultura generale e studio specialistico del diritto di cui ora dicevamo. Più indietro nel tempo, tra le opere sicuramente alto-medievali, si annoverano apparati di glosse all'*Epitome Juliani* (ch'era un compendio di *Novellae* redatto in Oriente ed in lingua latina nella seconda metà del VI secolo) <sup>(37)</sup>, alle *Institutiones* giustiniane (le cosiddette *Glossae* di Torino e di Bamberg, entrambe appartenenti, forse, ancora al VI secolo), e talvolta al *Codex*; più tardi troviamo raccolte assai scialbe di *Regulae* e di *Definitiones* (nelle quali compaiono messe a profitto fonti romane, non escluso il Digesto) <sup>(38)</sup>; e, da ultimo, un'*Epitome Codicis* (attribuibile ai secoli VII o VIII), la *Summa Perusina* ed uno *Stemma cognitionum* <sup>(39)</sup>. Queste opere d'epoca meno recente eran caratterizzate da una costante commistione di interessi teologici filosofici e giuridici quale era dato attendersi da una scuola priva d'una rigorosa specializzazione giuridica: esse offrivano al lettore glosse analitiche (di tipo chiaramente «triviale») redatte nello stile dell'antica lessicografia, esegesi testuali d'intonazione filologica, distinzioni logiche di cui poteva preoccuparsi un insegnamento della dialettica non ancora orientato alla problematica più squisitamente giuridica; ma già non vi mancavano talune «concordanze», con-

---

<sup>(36)</sup> *Studies in the Glossators of The Roman Law*, Cambridge, 1938, pp. 34 ss., 112 ss. e *passim*.

<sup>(37)</sup> CONRAT, *op. cit. supra*, alla nota 31, pp. 38 ss., 162 ss.; GENZMER, *op. ult. cit.*, pp. 360 s.

<sup>(38)</sup> CONRAT, *op. ult. cit.*, pp. 119 s.; GENZMER, *op. ult. cit.*, pp. 356 ss.; sulla Glossa di Bamberg cfr. CONRAT, *op. ult. cit.*, pp. 70 s., 118 s.; GENZMER, *op. ult. cit.*, pp. 359 s.; sulla Glossa di Pistoia al *Codex*, cfr. CONRAT, *op. cit.*, pp. 168 ss.; GENZMER, *op. cit.*, p. 359; CALASSO, *Medio Evo*, pp. 289 s., sulla *Lex Romana Canonice Compta* (ed. C. G. MOR, 1927; IX sec.), sugli *Excerpta Bobbiensia* (IX-X sec.) e sulla loro (congetturale) base comune cfr. CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 285 ss.; e, da ultimo, STEIN, *Regulae juris*, cit., pp. 125 ss.

<sup>(39)</sup> CONRAT, *op. ult. cit.*, pp. 182 ss.; GENZMER, *Kod.*, pp. 358 s. (*Epitome Codicis*, *Summa Perusina*); CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 287 s.

fronti, cioè, tra diritto romano norme ecclesiastiche e diritti laici locali <sup>(40)</sup>. Esse erano chiaramente destinate all'informazione degli ufficiali ecclesiastici e degli addetti all'amministrazione della giustizia nelle varie città (*syndici, consules, defensores*) in vista dell'assolvimento dei loro compiti giurisdizionali e di redazione dei documenti. Una fonte indiretta è rappresentata dalle falsificazioni di *Privilegia* redatte in quest'epoca e già ben provvedute sul piano dell'informazione giuridica: esse presuppongono, infatti, una più profonda conoscenza sia del diritto della Chiesa che di quello profano, e, al tempo stesso, una più acuta sensibilità per l'esigenza d'una corretta dimostrazione dei fatti giuridicamente rilevanti <sup>(41)</sup>.

Intenti specificamente da giuristi affiorano, con l'XI secolo, nella Scuola di Pavia, quando gli schemi logici del *Trivium* divengono utilizzabili in modo coerente e metodico per la conoscenza del diritto longobardo. Nel contempo comincia ad emergere anche un interesse nei confronti del diritto romano e d'una sua elaborazione scientifica, interesse che rivela un progressivo riconoscimento del suo vigore generale <sup>(42)</sup>. Al *Liber Papiensis* <sup>(43)</sup> — che era una concordanza tra leggi longobarde e Capitolari italici — e ad una sua successiva redazione, la *Lombarda* <sup>(44)</sup>, si riconnettono talune opere (di contenuto sia canonico che profano) come la cosiddetta *Walcausina* e la più pre-

<sup>(40)</sup> CONRAT, *op. ult. cit.*, pp. 363 ss. e *passim*.

<sup>(41)</sup> GENZMER, *Kod.*, p. 371. Sulle falsificazioni romanistiche nei secoli VIII e IX cfr. CONRAT, *op. ult. cit.*, pp. 299 ss.

<sup>(42)</sup> Nell'ottica della « preistoria » del Digesto cfr. MOR, *Studi Pavia*, 1934, p. 594; GENZMER, *Kod.*, pp. 368 s.; CALASSO, *Medio Evo*, p. 292; MIQUEL, *ZSS*, RA, LXXX (1960), pp. 283 s. (sulle falsificazioni compiute tra il 1076 e il 1088). In generale, sull'affermarsi di questa età di transizione a partire dal X secolo cfr. VINOGRADOFF, *Diritto romano*, cit., pp. 15 ss. (per la Francia, 56 ss.); GENZMER, *Kod.*, pp. 368 ss.; CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 296 ss.

<sup>(43)</sup> Per questo cfr. CONRAT, *op. ult. cit.*, pp. 394 ss.; GENZMER, *Kod.*, p. 376.

<sup>(44)</sup> CONRAT, *op. ult. cit.*, p. 143; GENZMER, *Kod.*, pp. 376 s.: sulle *Summae* dei Glossatori alla *Lombarda* cfr. p. 377 note 143 e 144; CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 305 ss.; sulla redazione della *Walcausina* pp. 310 s.; sull'*Epositio* cfr. CONRAT, *op. ult. cit.*, p. 415; GENZMER, *Kod.*, p. 376 e note 141, 142; sulla sua introduzione (dove il diritto è ancora definito come *ethica*) è ora istruttivo leggere quanto scrive STEIN, *op. ult. cit.*, p. 128.

tenziosa *Expositio ad librum Papiensem* <sup>(45)</sup>. Le *Petri exceptiones legum Romanarum* — opera destinata ad avere un'ancor più ampia diffusione — nacquero, invece, in Provenza (sempre che siano state composte in quest'epoca) <sup>(46)</sup>.

Ecco perchè è diventato sempre più arduo — per la più recente storiografia <sup>(47)</sup> — determinare in che misura opere di tal genere possano essere genericamente attribuite all'età pre-bolognese, e, cioè, a prima del XII secolo. Per quanto questa attribuzione possa essere estrinsecamente esatta, resta però vero che queste opere utilizzano, sì, i tradizionali metodi grammatici e logici proprî del contemporaneo insegnamento del *Trivium*; ma, di fatto, già palesano anche un consapevole interesse all'armonizzazione del diritto non-romano con quello romano tramandato nel *Corpus giustiniano* (integrato, quest'ultimo, dalle *Pandette* <sup>(48)</sup>, che pure appaiono assai in secondo piano rispetto alle Istituzioni <sup>(49)</sup> e al Codice, già largamente diffusi durante l'Alto Medioevo). Eppoi la significativa tendenza a considerare il diritto giustiniano *ius generale, ius universale* <sup>(50)</sup>, un'esegesi che per l'occasione si atteggia a esegesi da giuristi (attenta, cioè, al pro-

<sup>(45)</sup> MOR, *op. cit.*, II, Milano, 1938, pp. 208 ss.; CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 313 s.

<sup>(46)</sup> MEYER, ZSS, RA, LXXIV (1954), pp. 274 ss. A proposito della letteratura relativa alle *Exceptiones Petri*, cfr. KANTOROWICZ, *NouvRHist.*, IV Serie, XVI (1938), pp. 588 s.; ID., *Studies*, cit., pp. 112 ss.

<sup>(47)</sup> Sul Libro di Tubinga (Provenza) cfr. CONRAT, *op. ult. cit.*, pp. 458 ss. (inizi del XII secolo); GENZMER, *Kod.*, pp. 377 ss.; sulle *Exceptiones Petri* cfr. CONRAT, *op. ult. cit.*, p. 499 s.; SAVIGNY, *Geschichte*, II, pp. 321 ss.; GENZMER, *Kod.*, pp. 378 s. (XII sec.); CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 297 s.; e, part., KANTOROWICZ, *Studies*, pp. 113 ss.

<sup>(48)</sup> CONRAT, *op. ult. cit.*, pp. 65 ss., 401, 606 ss. e *passim*; GENZMER, *Kod.*, pp. 368 s.; MOR, *Il Digesto nell'età preirneriana e la formazione della Vulgata*, Studi di diritto Pavia, Pavia, 1934, pp. 557-698.

<sup>(49)</sup> Sul *Brachylogus* (Francia XII sec., Italia XI sec.?) cfr. FITTING, *Über die Heimat u. d. Alter d. sog. Brachylogus*, 1880; CONRAT, *op. ult. cit.*, pp. 573 s.; KANTOROWICZ, ZSS, RA, XLVII (1927), pp. 383 ss.; GENZMER, *Kod.*, p. 379 e nota 74; CALASSO, *Medio Evo*, pp. 299 ss.; sul (provenzale) *Lo Codi* cfr. VINOGRADOFF, *Il diritto romano*, cit., pp. 72 s.; KANTOROWICZ, *Studies*, *passim*.

<sup>(50)</sup> CONRAT, *op. ult. cit.*, p. 398 nota 4, 407 nota 4 e *passim*; GENZMER, *Kod.*, p. 376; CALASSO, *Medio Evo*, pp. 279 s., 296 s.

blema giuridico), gl'inizi d'una metodica critica testuale <sup>(51)</sup>: son tutti sintomi che annunciano imminente l'avvento del «riscaldamento» bolognese. È anche meritevole d'una sottolineatura la circostanza che in questo periodo non ci s'immagini più, come autore di questi scritti, un chierico, ma — piuttosto — un maestro di *artes liberales* (e, in special modo, d'un'*ars dictaminis*) intento ad ammaestrare un notaro oppure l'ufficiale ecclesiastico o cittadino nell'uso a regola d'arte della parola o della scrittura (*stilus*) <sup>(52)</sup> nei documenti, nel comporre, nella trattazione de' negozi pubblici e nella corrispondenza. In un simile contesto si preannuncia già — per l'Italia — quel trapianto di quest'insegnamento dalle scuole monastiche e capitolari alle scuole laiche di *artes*, che sarà la culla in cui nascerà lo *studium civile*. Ciò che distingue le opere più tarde di quest'età prebolognese (nella misura in cui sia dimostrabile la loro appartenenza a questa stessa età) e la scienza dei Glossatori è un passo solo che rimaneva da fare <sup>(53)</sup>: il trasferimento completo della critica metodica e della tecnica esegetica al Digesto; il quale offriva al lettore provveduto un complesso di problemi così inesauribile, che riuscì a rendere autonoma la scienza giuridica e ad offrire un'altrettale autonomia a quel ceto dei giuristi che dette per sempre un nuovo volto allo Stato e alla società in Europa.

### *Rassegna sul concetto di continuità.*

La comprensione di questi dati fondanti è indispensabile per l'interpretazione della storia giuridica europea, quest'ultima essendo nata dall'incontro d'una esperienza giuridica nuova e carica di vitalità con la tradizione culturale antica. A partire dalle fondamentali ricerche

<sup>(51)</sup> CONRAT, *op. ult. cit.*, p. 363; « non senza il tentativo d'una visione critica del testo »; più puntualmente CALASSO, *op. cit.*, pp. 297 s.

<sup>(52)</sup> Da ultimo, sugli inizi dell'*ars dictandi*, COING, IRMAE, V, 6, § 6. Sullo *stylus curiae* nella Glossa (ad Cod. I, 2, 1) presso gli Ultramontani (Bellapertica) e i Commentatori cfr. PROSDOCIMI, in « St Bartolo », II, pp. 413 ss.

<sup>(53)</sup> Contro la tesi del Fitting sulla continuità cfr. particolarmente BRUNS, ZRG, XIII, p. 115; LANDSBERG, *Die Glosse*, cit., pp. 7 ss.; STINTZING, *Gesch. d. pop. Lit. d. röm-kanon-R. in Deutschl.*, rist., Aalen, 1959, pp. 91 s.; GENZMER, *Kod.*, p. 372.

di A. DOPSCH (cfr. *supra*, nota 1; ed inoltre: *Der Übergang von d. Antike z. Mittelalter. Äussere Kultur u. Wirtschafft*, in: «Vom Altertum zur Gegenwart», II ed., Leipzig-Berlin, 1921, pp. 19-28) questi dati sono stati studiati nella prospettiva concettuale della *c o n t i n u i t à*: a questo proposito, in generale, cfr. HÖFLER, *Das germ. Kontinuitätsproblem*, *HistZ*, CLVII (1938); AUBIN, *ivi*, CLXVIII (1943), pp. 229 ss.; v. anche la bibliografia cit. *supra* alla nota 1; STEINWENTER, *Das Forteben d. röm. Instit. im Mittelalt.*, in: «Relaz. X Cong. Intern. Sc. st.», Firenze, 1955, pp. 547 ss. e, più tardi, *Id.*, IVRA, II (1951), pp. 15 ss.; BETTI, *Das Probl. d. Kontinuität im Lichte d. rechthist. Auslegung*, Wiesbaden, 1957; dal punto di vista del problema storico del risultato e della prospettiva diacronica cfr. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., pp. 250 s., 257, 332 s. (problema storico del risultato). Per l'arte antica taluni dati son reperibili in B. SCHWEITZER, *Die spätantiken Grundlagen d. mittelalterlichen Kunst*, Leipzig, 1949; in particolare per la storia giuridica MITTEIS, *Die Rechtsgesch. u. das. Probl. d. hist. Kontinuität*, *Abh. d. Berl. Ak. d. Wiss., Phil.-hist. Kl.*, 1947, pp. 1 ss.; WIEACKER, *ZSS, RA, LXXV* (1958), pp. 448 s.; *Id.*, *Vom röm R.*, cit., pp. 288 ss.; *Id.*, *Die Fortwirkung*, cit., pp. 79 ss.

L'acquisizione culturale che si conviene definire col termine *c o n t i n u i t à* — e la consapevolezza con cui questa acquisizione si compie nel vivo del processo storico — rappresenta un caso specifico di quel comprendersi tra uomini che Max Scheler definì «con-completamento» e che da Jaspers in qua è detto «Comunicazione»: un comprendersi tra uomini, cioè, che si compie, non già in un contesto di contemporaneità, ma lungo la linea diacronica ch'è propria d'ogni tradizione. Essa è — nel contempo — un processo collettivo paragonabile all'apprendere e all'insegnare degl'individui (sui problemi che si riconnettono a questo possibile ragguaglio cfr. WIEACKER, *Fortwirkung*, cit., pp. 80 s.).

La comprensione d'un generale complesso storico col ricorso alla chiave interpretativa della continuità fu resa possibile da quando — soprattutto ad opera del Vico e dello Herder (cfr. *infra*, II, p. 13) — la cultura potè esser percepita come un tutto unico dalla coscienza storica europea. Con la completa formazione del senso storico e con la progressiva scoperta di culture altamente evolute appartenenti ad altri àmbiti di civiltà, il problema generale dei rapporti tra culture diverse ha progressivamente assunto, nel nostro secolo, una posizione più centrale (SPENGLER, *Il tramonto dell'Occidente*, trad. it., Milano, 1957; TOYNBEE, *A Study of History*, 1934-1961; A. WEBER, *Kulturgeschichte als Kultursoziologie*; cfr. JASPERS, *Origine e senso della Storia*, trad. it. GUADAGNIN, II ed., Milano, 1949). Il modello della *c o n t i n u i t à*, con riferimento al quale lo storico interpreta gli effetti delle culture più risalenti su quelle più recenti, è però ancora fundamentalmente impreciso: come accade per i più semplici schemi — come sarebbero

influsso, eredità, lascito, sopravvivenza, ammaestramento (cfr. WIEACKER, *Fortwirkung*, cit., pp. 79 ss.) — quel modello è prima di tutto e semplicemente una cifra che serve alla qualificazione per abbreviatura di più complessi ed incerti rapporti; schemi che noi prendiamo quotidianamente a prestito per la nostra ricerca dai rapporti di causalità meccanici biologici o psicologici. Ma è consigliabile giovarsi di tali modelli — di cui, certo, la nostra esposizione non può far di meno — con ogni possibile cautela e duttilità.

Forse il modello più adeguato, di cui può giovarsi lo storico che voglia studiare gli apporti della cultura antica alla cultura europea che da essa è nata, è il modello di ereditarietà elaborato dalla biologia moderna; la quale descrive il trasmettersi della vita lungo il corso delle generazioni come una sorta di processo informativo: forme vitali si riproducono, mentre un sistema di informazioni genetiche, in guisa di matrice, plasma ed organizza nuova sostanza organica in forma uguale o simile.

Ma anche nel dettaglio il concetto di continuità abbisogna d'un ulteriore chiarimento.

a) Esso è ambiguo (AUBIN; riserve son mosse dal MITTEIS) nella misura in cui presuppone la determinazione pregiudiziale di quell'elemento che, nel fluire del tempo, è destinato a restare come dato « invariabile ». Questo elemento può identificarsi, ora nei soggetti portatori d'una determinata cultura (e può, così, parlarsi d'una continuità visigotica, iberica o germanica: come fa HÖFLER, *op. cit.*), ora elementi oggettivi appartenenti allo « strato » culturale più antico (e, così, cogliere la continuità della cultura antica, o dell'urbanistica tardo-romana). La scelta dell'elemento da assumere come dato costante (e, cioè, come soggetto di continuità) è una decisione previa che lo storico è chiamato a compiere in ordine all'oggetto della propria indagine: così lo storico della continuità germanica ha optato per una storia di popoli e di stirpi, mentre lo storico della vita cittadina tardo-romana ha deciso di ricostruire la vicenda storica della struttura urbana dell'Occidente antico. Una ricostruzione storica che — come quella del KOSCHAKER — abbia di mira l'insieme della storia giuridica europea si orienterà a coglier la continuità più della tradizione risalente all'Occidente antico che non di quella della cultura giuridica d'una singola nazione (su questo cfr. WOLF, GRD, IV). Un discorso analogo — seppure in un campo diverso — può farsi per l'opera di E. R. CURTIUS, *Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter*, II ed., Bern, 1954.

b) L'immagine della stabilità pur nel mutare dei soggetti partecipi d'una certa cultura tende a confrontarsi col concetto storico di sviluppo (HILDEBRAND, *Über d. Problem einer allgem. Entwicklungsgesch. d. Rechts u. d. Sitte*, Graz, 1894; BEYERLE, *Der Entwicklungsgedanke im Recht*, in: « Festschr. Alfred Schultze », 1934; su

questo punto son da leggere le stimolanti pagine del THIEME, *Ideen u. Rechtsgeschichte*, in: «Gött. Festschr. f. Julius v. Gierke», 1950, pp. 271 ss.; sui problemi connessi, più in generale, al modello di sviluppo cfr. F. BRANDENBURG, *Der Begriff d. Entw. u. seine Anwendung auf d. Geschichte*, 1941; e, da ultimo, WIELAND, *Art. Entwicklung*, in: «Die Religion in Gesch. u. Gegenwart», III ed., 1962, coll. 510-516): ma, mentre la questione della continuità riguarda gli elementi della vicenda storica considerati come strutture durevoli, chi si preoccupa dello sviluppo guarda a quegli stessi elementi per coglierne l'incessante mutevolezza. D'altronde ogni recezione di dati durevoli operata da soggetti appartenenti ad un nuovo (e per ciò diverso) contesto culturale porta pur sempre con sé un tal quale mutamento di quei dati: questo accade perchè ogni incontro che la storia realizza implica necessariamente un fraintendimento (che rimane tale, pur se gli si deve riconoscere una sua fecondità storica). Per uno studio coerente della sopravvivenza di elementi antichi entro contesti più recenti può essere di grande aiuto imparare a distinguere i fraintendimenti dogmatici e autoritari da quelli invece dotati d'una loro vitalità storica: una distinzione, questa, che mostra tutta la sua utilità per la esatta comprensione della sopravvivenza, nella civiltà dell'Occidente, di grandi autorità provviste d'un'alta carica di forza normativa (la Sacra Scrittura, i Padri della Chiesa, la letteratura classica, le fonti giuridiche romane).

c) Uno schema rappresentativo riconducibile al tipo della continuità è alla base anche di quel concetto di recezione tanto centrale per lo storico del diritto privato europeo (sull'idea di «Rinascimento» cfr. WIEACKER, *Fortwirkung*, cit., p. 79): perchè il discorso intorno alla Recezione altro non è, nella sostanza, che un'indagine sugli effetti provocati dall'accettazione — da parte di soggetti appartenenti ad un nuovo contesto culturale — del diritto romano inteso come diritto ancora vigente. Su questo cfr. le considerazioni introduttive che faremo *infra*, alle pp. 177 ss.

## LA FORMAZIONE DELLA SCIENZA GIURIDICA EUROPEA

I. Le condizioni iniziali. — II. I fondamenti metodici. — III. I Glossatori. — IV. I giuristi francesi. — V. Caratteristiche generali.

I. 1. L'autonomo affermarsi della scienza giuridica a Bologna va di pari passo con un più generale movimento culturale che, nel corso del secolo XI, tende ad un maggior approfondimento della cultura antica <sup>(1)</sup>. Nascendo nella scuola e negli ambienti culturalmente più qualificati, e traendo perciò il suo alimento dai testi antichi, è ben comprensibile che questo movimento abbia generalmente preso le mosse da una rilettura criticamente più avveduta o da una riscoperta di testi fondamentali

---

<sup>(1)</sup> Su tutto questo cfr. GOETZ, in: « Vom Altertum z. Gegenwart », cit., pp. 19 ss.; HASKINS, *The Renaissance*, cit.; ID., « Harvard Studies », XXVII (1924); HOFFMANN, *Der philos. Charakter d. Hochscholastik*, 1924; GRABMANN, *Mittelalterliches Geistesleben*, 1926; LIEBSCHÜTZ, *ArchfKultGesch*, XXV (1953), pp. 270 ss. Per i classici latini cfr. CURTIUS, *Eur. Lit. u. lat. Mittelalt.*, cit., per le Università cfr., di DENIFLE e di PAULSEN, gli scritti già cit. *supra*, § 2, nota 29; RASHDALL, *The Universities of Europe in the Middle Ages*, Oxford, 1895; FUNCK, *Wissensch. Arbeiten, Beiträge z. Meth. u. Prax. d. akad. Studiums*, II ed., Innsbruck, 1926; RITTER, *Die Heidelb. Univ.*, I, 1936, 1 ss.; GRUNDMANN, *Vom Ursprung d. Universität in Mittelalt.*, « Sächs. Ak. Berichte », CIII/2 (1957); GENZMER, *Festschr. Laun*, 1953, pp. 499 ss.; ID., in: « Acta Congr. Madvigiani », I, Kopenhagen, 1957-58, pp. 268 ss. Sul rinascimento giuridico intorno al 1100 cfr. partic. GOETZ, *ArchfKultGesch*, X (1912-1913) pp. 25 ss.; VINOGRADOFF, *Il diritto romano*, cit., pp. 37 ss.; GENZMER, *Kod.*, pp. 347 ss.; ID., ZSS, RA, LXI, pp. 298 s.; ENGELMANN, *Die Wiedergeburt d. Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1938, pp. 15 ss.; ancora su questo, ma più in sintesi, WIEACKER, *ZfStrafRWiss.*, LX, pp. 501 ss., 42 ss.; KOSCHAKER, pp. 103 ss.); CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 345 ss.; ID., *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, pp. 1 ss.; COING, pp. 12 s.; più recente è lo scritto del CLASSEN, in: « *ArchfKultGesch* », XLVIII (1966) p. 159.



quali l'*Organon* aristotelico o gli scritti platonici. Ed anche il sorgere d'uno studio scientifico del diritto si riconnette al reingresso della letteratura giuridica classica — conservata nelle Pandette — nel circuito vivo della coscienza scientifica medievale.

Negli ultimi decenni dell'XI secolo nacque — probabilmente a Bologna — quella recensione critica del Digesto che — sotto il nome di *Littera Bononiensis* o *Vulgata* — era destinata ad essere universalmente accolta come base testuale d'insegnamento del *jus commune* europeo. Sulla scorta delle fondamentali ricerche del Mommsen <sup>(2)</sup> e del Kantorowicz <sup>(3)</sup> siamo oggi in grado di ricostruire dal di dentro — fino a coglierne puntualmente i motivi e i criteri — il modo di lavorare del suo autore. Come già di per sè l'essersi impegnato alla ricostruzione d'un testo attraverso l'utilizzazione di più originali dà la prova della passione per un testo ben ripulito; così il modo con cui l'opera fu portata a termine dimostra il possesso di quei raffinati strumenti formali e di contenuto, senza utilizzare i quali non sarebbe stata certamente possibile la scelta fra le diverse varianti testuali <sup>(4)</sup>. Queste capacità l'autore della *Vulgata* può averle acquistate soltanto alla scuola della critica testuale teologico-filologica; c'è chi ha creduto di riconoscere in lui lo stesso fondatore dello Studio, il *magister artium* Irnerio <sup>(5)</sup>, ma altre tracce conducono alla Curia

<sup>(2)</sup> Di cui è da leggere la *Praefatio* alla edizione *maior* del Digesto, partic. pp. LXII ss.; cfr. anche SCHULZ, *Einf. in d. Stud. d. Digest.*, 1916, pp. 2-14.

<sup>(3)</sup> *Über die Entstehung der Digestenvulgata*, ZSS, RA, XXX (1909), pp. 183 ss., 14 ss. (anche come pubblicazione separata, 1910). Ed ancora ZSS, RA, XLIX (1929), pp. 76 ss.; C. G. MOR, *Il Digesto nell'età pre-irneriana e la formazione della «Vulgata»*, «Studi Pavia», Milano, 1938, pp. 557-698. Da ultimo appare fondamentale il lavoro di MIQUEL, ZSS, RA, LXXX (1962), pp. 272 ss. (sulla preistoria a partire dal rinascimento carolingio, cfr. pp. 276 s.).

<sup>(4)</sup> Un esempio tra i molti l'emendazione in D. I. 4. 1. pr. *conferat* sulla base di INST. I, 2, § 6 *concessit* (cfr. KANTOROWICZ, *op. ult. cit.*, pp. 22 ss.; dove sono reperibili anche altre emendazioni); i redattori della *Vulgata* dovrebbero perciò aver apprezzato la teoria giustiniana delle fonti di diritto e la superiorità — da un punto di vista filologico — del testo delle Istituzioni.

<sup>(5)</sup> KANTOROWICZ, *op. cit.*, § 19, pp. 93 ss.; altrimenti SECKEL, ZSS, RA, XLV (1925), p. 392; MIQUEL, *op. ult. cit.*, pp. 281 ss.; dubbioso GENZMER, *Kod.*, p. 369 e nota 109.

papale e alla sua zona d'immediata influenza nell'Italia meridionale (6).

2. Non si può certo dire che solo per un caso la redazione della *Vulgata* si compisse nell'Italia settentrionale, giacchè proprio in questa regione confluì un insieme di condizioni culturali del tutto particolari. Solamente in Italia, infatti, il *Corpus Juris* era rimasto concretamente in vigore per via della provvisoria riconquista da parte di Giustiniano e della dominazione bizantina nel sud del Paese. Proprio in questo ambito venne a stabilirsi una tensione — storicamente assai feconda — fra le tradizioni romane, il diritto d'un popolo dotato d'uno speciale talento giuridico (7), e un insieme di ordinamenti giuridici assai minutamente differenziati nello spazio: tensione, la quale determinò un più assiduo confronto tra quelle forze e nel contempo rese possibile una loro più metodica elaborazione comune. Ed infine, di tutto il Sacro Romano Impero, questo era il territorio nel quale la Compilazione giustiniana poteva richiamarsi ad un tempo all'ideale universale della Roma dei Cesari e di quella dei Papi e a quello nazionale delle città lombarde, così coscienti della loro individualità e così innamorate della cultura.

Alle opportunità che erano offerte dalla più generale situazione storica si aggiungevano le condizioni particolari di questa regione ch'ebbe in sorte d'esser il luogo di nascita della scienza giuridica europea. Spesso s'è richiamata l'attenzione anche sulla precoce fioritura economica e politica delle città dell'Italia settentrionale (fra le quali Bologna fu certo fra le più ricche e vivaci) (8). Tutto ciò, però, non va inteso nel senso che il pur vivace commercio, i floridi affari e la nascente economia monetaria della Lombardia e dell'Emilia abbiano, necessariamente ed im-

(6) MIGUEL, *op. ult. cit.*, pp. 282 s.

(7) SCHÖNFELD, *Das Rechtsbewusstsein d. Langob. auf Grund ihres Edikts*, in: « Festschr. A. Schultze », 1934, pp. 282 ss.

(8) SAVIGNY, III, pp. 104 ss., 136 ss.; SORBELLI, *Storia dell'Università di Bologna*, I, Bologna, 1940, pp. 1 ss.; CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 368 s. e *passim*; DAL PANE, in: « Convegno Accursio », I, pp. 43 ss. Sui presupposti sociali e politici dell'autonomia privata nel pensiero dei Glossatori cfr. CALASSO, *Il negozio giuridico*<sup>2</sup>, Milano, 1959, pp. 193 ss.

mediatamente, messo in moto un processo culturale come quello che portò al sorgere d'un'autonoma scienza giuridica. La vita economica avrebbe anche potuto — come succedeva nelle città delle Fiandre, già allora fiorenti — far benissimo a meno del diritto romano: tanto più che in vigore non era l'ordinamento giustiniano, ma consuetudini e statuti derivanti dal diritto volgare dell'Alto Medioevo e dal diritto longobardo. Nè si deve dimenticare che la costruzione, così classicistica, di Giustiniano era perfino poco confacente alle esigenze del diritto delle società, del commercio immobiliare, del traffico monetario e del regime patrimoniale delle famiglie.

Il vero è che l'affermarsi delle città per un verso creò una progredita società di traffici che faceva emergere esigenze nuove d'una diagnosi intellettualmente provveduta delle situazioni giuridiche da parte di chi deteneva la funzione giurisdizionale, o era chiamato a dar pareri o ad esercitare l'avvocatura o l'arte notarile. E, per un altro verso, è anche innegabile che quello stesso affermarsi delle città promosse in modo vigoroso l'autocoscienza politica e la formazione d'una cultura letteraria profana <sup>(9)</sup>. Quest'ultimo fatto stimolava a richiamarsi alla tradizione romana, mentre l'altro rendeva più pressante l'esigenza d'esprimersi — oralmente e per iscritto — in modo formalmente corretto e di poter disporre d'una diagnostica giuridica rigorosa. È degna di nota la circostanza che l'inizio dello *Studium* sia segnato dalla decisione del Comune di Bologna (nell'anno 1088) di fondare, con maestri stipendiati a spese della Città, una scuola per *artistae* destinata alla formazione dei funzionari pubblici — *syndici, defensores, notarii, advocati* — <sup>(10)</sup>; e che, a partire dal secolo XI, il progresso della cultura letteraria — e perfino della

---

<sup>(9)</sup> HUGO FRIEDRICH, *Epoche della lirica italiana*, trad. it. L. BANFI e G. CACCHI BRUSCAGLIONI, Milano, 1974, pp. 20 s., sulla frequenza dello *Studio* bolognese da parte dei poeti-giuristi siciliani nell'età di Federico II, pp. 21 s.

<sup>(10)</sup> A. DEL VECCHIO, *Di Irnerio e della sua scuola*, Pisa, 1869; DENIFLE, *op. cit.*, p. 733; TAMASSIA, AG, XLIV (1888), pp. 1 ss.; BESTA, *L'opera d'Irnerio*, Torino, 1906; SORBELLI, *Storia*, cit., pp. 12 ss.; KOSCHAKER, 124; CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 510 s.; sull'influsso dell'insegnamento del *Trivium* sui Glossatori cfr. GENZMER, *Kod.*, pp. 385 ss.; sull'influsso dell'*ars dictaminis* cfr. VECCHI, in: « Convegno Accursio », I, pp. CIII ss.; ORLANDELLI, *ivi*, I, pp. 71 ss.

poesia lirica <sup>(11)</sup> — sia andato di pari passo con la formazione dello stile curiale dei giuristi (*stilus curiae, ars dictaminis*) <sup>(12)</sup>: e questo ancor dopo il 1230, quando i maestri di stilistica si dedicarono alla elaborazione della *vulgaris eloquentia* (del volgare italiano, cioè) <sup>(13)</sup>. Furono, queste, le grandi forze spirituali e culturali che a questo punto — al momento « giusto », cioè — aprirono per la prima volta la strada all'affermarsi d'un pensiero giuridico resosi ormai definitivamente autonomo.

A questa scoperta della nuova cultura giuridica corrispondeva un interesse spirituale generalmente diffuso nella cultura di quest'epoca: l'affermazione dell'ideale universale di Roma sia attraverso l'Impero che per il tramite del Papato. I Glossatori non si distinsero certo dai loro predecessori per via dell'insegnamento propedeutico delle *artes* del *trivium* e dell'utilizzazione pratica di quest'insegnamento da parte dei futuri funzionari preposti all'amministrazione della giustizia; la novità di gran lunga più profonda risiedette nel fatto che un oggetto d'insegnamento dotato d'una grande carica culturale, come il Digesto, divenne oggetto d'un'analisi condotta con metodi già lungamente sperimentati. Dal momento che il Digesto nella sua interezza era sempre stato presente, e (seppur episodicamente) era anche stato conosciuto in Italia <sup>(14)</sup>, la redazione della *Littera bononiensis* non fu affatto un « caso » della storia, ma — semmai — un atto di « entusiasmo scientifico » (v. Goetz) <sup>(15)</sup>; se fosse stata solamente un caso,

<sup>(11)</sup> FRIEDRICH, *op. cit.*, p. 15.

<sup>(12)</sup> FRIEDRICH, *op. cit.*, p. 20: « Sin dall'XI secolo chi si accingeva in Italia agli studi di giurisprudenza si accostava anche a una cultura letteraria ». All'apice stava la formazione retorica, volta ad insegnar l'arte della redazione dei contratti dei documenti e della corrispondenza ufficiale. « I documenti e le lettere dovevano essere redatti secondo uno schema rigido, che era derivato dallo schema delle antiche arringhe: si era vicini all'opera letteraria » (*op. cit.*, pp. 20-21). « Decisivo è comunque il fatto che il giurista con capacità e conoscenze sia tecniche che letterarie rappresentava il tipo di uomo di cultura predominante nell'Italia di quel tempo ». Cfr. anche, *supra* p. 51, la nota 52.

<sup>(13)</sup> Dal 1234: cfr. FRIEDRICH, *op. cit.*, p. 21; sul *De vulgari eloquentia* di Dante e sull'ideale di cultura che traspare dall'opera cfr. pp. 23 e 81 ss.

<sup>(14)</sup> Cfr. *supra*, p. 48, nota 38.

<sup>(15)</sup> GRUNDMANN, *Vom Ursprung*, cit., pp. 39 ss.: volontà di conoscere scientificamente non più limitabile al Digesto o, attraverso la cultura ecclesiastica, ad

quella redazione sarebbe rimasta priva di qualunque sèguito, e non avrebbe segnato — come, invece, segnò — la nascita della scienza giuridica in Europa. Per comprender tutto questo bisogna aver presenti i presupposti da cui quella passione scientifica nacque <sup>(16)</sup>: li possiamo descrivere come una sorta di combinazione — diventata ormai estranea al nostro orizzonte culturale di uomini moderni — una combinazione, dicevo, tra fede nella autorità e formalismo intellettuale <sup>(17)</sup>.

3. Quello stesso desiderio di conoscenza che è tipico dello spirito moderno è derivato dal razionalismo medievale, ed in special modo dal nominalismo della Tarda Scolastica <sup>(18)</sup>. Dal momento, però, che ormai questo desiderio non si volge più verso le *auctoritates*, ma — piuttosto — verso la realtà del mondo fisico sociale o storico, esso non può più mantenere vivo il legame —

Aristotele. Sui presupposti teologici di questa *curiositas* a partire dal XII secolo (già per Ugo da S. Vittore ogni conoscenza scientifica conduce alla conoscenza di Dio ed ha perciò un valore conoscitivo assoluto), cfr., da ultimo, CLASSEN, *Die Hohen Schulen*, cit., p. 159, anche a proposito dei presupposti più propriamente scientifici.

<sup>(16)</sup> Su tutto ciò, oltre agli scritti citati *supra* alla nota 1 di questo stesso paragrafo, cfr. SOLMI, *Il Filangieri*, XXV (1900) pp. 211 ss.; CHAMPEAUX, *Quelques considérations sur la technique juridique du Moyen Age*, Varsavia, 1933; sulle caratteristiche dell'intellettualismo medievale cfr. *supra*, nota 1 e *infra* note 42 e 48 di questo stesso paragrafo.

<sup>(17)</sup> Essa, tuttavia, agisce ulteriormente ancor oggi su entrambe le odierne discipline normative, la dogmatica teologica e quella giuridica, in quanto esse son dirette, non già ad una conoscenza spregiudicata della verità o della realtà, ma piuttosto a dar fondamento in forza d'un'autorità (della rivelazione o della tradizione o della norma legislativa) ad un sistema vincolante di nozioni. Cfr., in generale, ROTHACKER, *AbhMainzAkwissLit*, 1959, pp. 243 ss.; BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, pp. 156, 469, 558 e *passim*; sulla dogmatica giuridica cfr. ESSER, *Juristisches Denken*, ASPR, XLIII (1957), pp. 261 ss.; VIEHWEG, *Studium Generale*, XI (1958), pp. 334 ss.; BETTI, *ivi*, XII (1959), pp. 87 ss.; THIEL, *ARS*, XLVI (1960), pp. 241 ss.; PIOVANI, *Riv. intern. di Fil. del Dir.*, XL (1963), pp. 37 ss.; ENGISCH, *Introduzione*, cit., pp. 13 ss.; vedi anche *infra*, II, p. 132, alla nota 22. Sui rapporti di quella parte del pensiero moderno che ancora può definirsi dogmatico col formalismo medievale cfr. le acute osservazioni del KANTOROWICZ, *Epochen*, cit.

<sup>(18)</sup> Su ciò (in connessione col discorso sulla « preistoria » del moderno « diritto di ragione ») torneremo a suo luogo; cfr. *infra*, pp. 385 ss. ■

tipicamente medievale — che vincolava il giudizio logico a una dogmatica autoritaria priva d'un autonomo atteggiamento critico. Il Medioevo recepì il patrimonio culturale dell'Antichità facendone lo schema vincolante e metastorico della propria vita: per questo i testi antichi apparivano intangibili nella loro validità, pur se la loro utilizzazione (e, se ne era il caso, la loro applicazione) <sup>(19)</sup> nel nuovo contesto storico rimase un compito che richiese incessantemente il più alto sforzo dell'intelletto interpretante. Ma l'espressione storicamente più feconda — sur un piano generale — di questo rapporto fondamentale (che legò il Medio Evo all'Antichità) è offerta dalla straordinaria egemonia che Sacra Scrittura Concili e Padri della Chiesa hanno esercitato sulla teologia; ed un rapporto non diverso legò la filosofia precartesiana ad Aristotele e a Platone, le scienze naturali alla fisica aristotelica o alla *Naturalis Historia* di Plinio il Vecchio e, ancora, l'Umanesimo ai modelli classici: questi rapporti non rappresentano per noi semplicemente delle testimonianze storiche per il cui tramite sia possibile cogliere la verità (o la realtà) delle cose, ma incarnano in sè questa stessa verità e realtà <sup>(20)</sup>. La medesima autorità ebbe — per tutto il pensiero giuridico medievale — il *Corpus Juris* giustiniano, in conseguenza dell'origine sacra dell'Impero; e non si scherza di certo con le parole quando si dice che quel *Corpus* ha esercitato, nei confronti della coscienza giuridica medievale, la forza d'un'autentica rivelazione del diritto <sup>(21)</sup>: lo spirito medievale non se n'è

---

<sup>(19)</sup> Su questo concetto (estraneo, per lo meno sotto questo nome, al Medioevo) cfr. *supra*, p. 6, nota 7.

<sup>(20)</sup> Cfr. SCHULTE, *Gesch. d. Quel. u. Lit. des can. Rechts*, I, Stuttgart, 1875, p. 95 e LANDSBERG, *Glosse*, p. 34. Certe descrizioni — come queste ora citate — colgono in modo assai puntuale la prima impressione di stranezza che lo stile argomentativo della giurisprudenza medievale suscita nel lettore moderno. Analoga è l'attestazione di fatti naturali assolutamente elementari tramite il ricorso ad *auctoritates* antiche, quali la Sacra Scrittura, Aristotele o la *Naturalis Historia* di Plinio. Anche i giuristi traggono dalla Bibbia la nozione secondo cui l'uomo è una *species vedente*, e dal *Corpus Juris* l'altra, che il dente è *pars corporis* (COING, *Die Konsilien d. Bartolus*, Mem. Koschaker, I, p. 78).

<sup>(21)</sup> Un'espressione caratteristica dell'inserimento del *Corpus Juris* nella tradizione spirituale è quella che viene spesso chiamata la glorificazione di Giustino fatta da Dante (*Commedia*, Par., VI, 1 ss.).

appropriato in virtù d'una libera scelta — come, invece, hanno fatto (in modo più adulto) le epoche successive — ma l'ha recepito come testo sacro che fondava l'ordinamento eterno della propria esistenza.

Cosa contribuì a dare alla compilazione giustiniana una autorità così grande? In modo sostanzialmente appropriato, anche se formalmente piuttosto ambiguo, s'è parlato di « i d e a d i R o m a » (22), d'un generale convincimento — cioè — che l'Impero Romano, sopravvissuto fino al presente in grazia della *translatio Imperii*, fosse l'unico possibile modo d'essere della « Santa Romana Repubblica » della Cristianità occidentale: insomma, lo Stato costantiniano sarebbe stato nè più nè meno che la struttura giuridica della Cristianità medesima destinata a sopravvivere integra fino alla fine del mondo (23). A partire dal XII secolo questo convincimento ritrovò una sua attualità politica e ideologica per via della riscoperta del concetto giustiniano di sovranità e per aver accolto la dottrina del potere esclusivo dell'imperatore di *condere jus* quale era stata elaborata dall'assolutismo bizantino. Tutto ciò servì, in un primo tempo, al disegno politico degl'Imperatori svevi (24); però l'idea di Roma assunse, fin dall'inizio e proprio in terra d'Italia, connotati diversi: essa — tradotta nelle parole d'ordine politiche del tempo — non si colorava solamente in senso ghibellino, ma assumeva anche toni di timbro guelfo. Contro le pretese del potere laico il Papato si richiamò all'idea spirituale di Roma; e quando — facendo lega con la Santa Sede — i potenti Comuni dell'Italia Settentrionale si sollevarono contro il potere imperiale, quell'ideale si

---

(22) KOSCHAKER, pp. 103 ss., con molte ulteriori indicazioni; CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 354 ss.; KRAUSE, *Kaiserrecht*, pp. 26 ss.; in generale cfr. SCHNEIDER, *Rom und Romgedanke im Mittelalt.*, 1926.

(23) HEIMPEL, *Dtsch. Mittelalter*, 1941, pp. 9 ss.; MITTEIS, ZSS, GA, LXVII (1950), pp. 90 s.; KRAUSE, *op. cit.*; ID., ZSS, GA, LXXV (1958), pp. 206 ss.

(24) Su ciò cfr. KRAUSE, *Kaiserrecht*, pp. 45 ss.; EBEL, ZSS, GA, LXXX (1963) pp. 43 s.; KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies*, Princeton, 1957; COING, IRMAE, § 11 dove è offerto un saggio di lettura delle fonti; sugl'influssi del diritto romano sulla legislazione medievale, § 12. Sul positivismo legistico di Marsilio da Padova cfr. GAGNER, pp. 121 ss.

tinse d'un colore « nazionale » e financo repubblicano. Tutte queste interpretazioni dell'idea di Roma son riscontrabili nelle opere dei Glossatori dei Canonisti e dei Legisti francesi <sup>(25)</sup>; pur se le pretese ideali e politiche delle Dinastie imperiali di Franconia e di Svevia poterono trovar conforto argomentativo presso i Glossatori fin dai tempi d'Irnerio <sup>(26)</sup>.

Proprio queste profonde differenziazioni all'interno della generica idea di Roma dimostrano che tutte le parti in lotta tra loro scorgevano ora nel diritto romano lo strumento ordinante della convivenza umana. Per tutte quelle fazioni questo diritto era diritto naturale in forza della sua dignità storica e della sua autorità « metafisica », ed assumeva — nella comune prospettiva progettuale del pensiero giuridico medievale — la funzione d'un quadro di valori morali generalmente vincolante: tutto questo accadeva senza che — neppure in Italia — quel diritto ottenesse un'immediata applicazione giurisdizionale. E così si richiamavano al diritto romano, non solamente i Civilisti ma anche i Canonisti e perfino i Moralisti, dappoi che i Decretisti avevan tratto per l'appunto dalle *Institutiones* e dal Digesto quel concetto di *jus naturale* che in origine era stato del tutto estraneo alla speculazione teologica <sup>(27)</sup>. D'altronde il quadro culturale nel quale operarono i Glossatori non ebbe un taglio

<sup>(25)</sup> Su tutto questo cfr. CALASSO, *I Glossatori e la teoria della sovranità*<sup>3</sup>, Milano, 1957; ERCOLE, *Impero universale e stati particolari*, 1918; DAVID, in: « Studi Bartolo », II, pp. 201 ss.; GAUDEMET, *La souveraineté en moyen âge*, 1952, Id., Tijdschr., XXII (1954), pp. 460 ss.; per la Chiesa cfr. KEMPF, *Papstum u. Kaisertum bei Innozenz III*, 1952; per l'Inghilterra cfr. SCHULTZ, in: « Mem. Koschaker », I, pp. 21 ss.; Id., « Göttinger Bausteine », XXXIII (1962); per la Francia cfr. *infra*, p. 108, nota 1; per l'Italia cfr. CHECCHINI, « Convegno Accursio », I, pp. 115 ss.

<sup>(26)</sup> Sulla collaborazione dei *Doctores*, e della teoria elaborata a Bologna, alle leggi di Roncaglia (del 1158) cfr. KRAUSE, *op. cit.*, p. 32 e nota 123; COING, IRMAE, § 12; sulla polemica del Piacentino contro questi fatti cfr. *ivi*, § 10, nota 98; torneremo su questi problemi *infra*, pp. 79 s.

<sup>(27)</sup> SAUTER, *Die phil. Grundlagen d. Naturrechts*, 1932, p. 1 ss., 65 ss.; PAS-SERIN D'ENTREVES, *La filosofia politica medievale*, 1934, pp. 62 ss. e *passim*; GILSON, *Lo spirito della filosofia medievale*, trad. it. PIA SARTORI TREVES, Brescia, 1964; REIBSTEIN, *Die Anfänge des neueren Natur- u. Völkerrechts*, Bern, 1949, pp. 36 ss.



rigorosamente ed esclusivamente giuridico; giacchè esso affondava le proprie radici nel più vasto terreno del diritto naturale dell'Alto Medioevo, nel quale eran confluiti — come componenti essenziali — elementi e topoi aristotelici stoici ciceroniani e patristici <sup>(28)</sup>; e questo processo fu favorito dal fatto che anche il *Corpus Juris* — dal canto suo — aveva assorbito elementi del diritto naturale stoico. Le ragioni che spingevano a profittare del patrimonio relitto dal *Corpus Juris* non risiedevano, dunque, soltanto in un interesse puramente speculativo, ma nell'esigenza di trovare un fondamento sicuro su cui costruire un'etica politica e sociale per il proprio tempo.

II. 1. Anche i fondamenti metodici della scienza giuridica medievale appaiono in una luce più chiara se vengono esaminati partendo da queste premesse. I procedimenti interpretativi di cui quella scienza si giovava erano, all'origine, i medesimi che venivan seguiti nell'insegnamento delle *artes liberales* e che — alla lor volta — derivavano dalla tradizione scolastica risalente alla Tarda Antichità. Il *Trivium* — grammatica dialettica e retorica — mai ed in nessun luogo era scomparso; ed *artistae* furono anche i fondatori dello *Studium civile* di Bologna. A nord delle Alpi le *artes liberales* (e, con esse, il pur generico

---

<sup>(28)</sup> ULLMANN, *The Medieval Idea of Law as Represented by Lucas of Penna*, London, 1946, con introduzione di HAZELTINE (in cui cfr. p. XXIV a proposito della dottrina dello Stato e della filosofia del diritto dei Postglossatori); KANTOROWICZ, *op. cit.* alla nota 22; FRIEDMANN, *Legal Theory*<sup>2</sup>, London, 1949, pp. 23 ss. Sulla concezione « statica » del diritto naturale di Graziano e sulla successiva formazione d'un positivismo canonistico è fondamentale GAGNER, pp. 179 ss. (il *legem ponere*, lo *jus positivum* tratto dal commentario tardo-antico di Calcidio al Timeo platonico per il tramite d'una glossa di Guillaume de Conches XII sec.); cfr., tra la produzione più recente, COMPOSTA, « *Studia Gratiana* », II (1954), pp. 153 ss.; WEGNER, *ivi*, I (1953), pp. 505; HERING, *ivi*, II (1954), pp. 97 ss. Per i (contemporanei) Glossatori cfr. MEIJERS, *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers Glossateurs*, 1941. Un simbolo (tutto medievale) dell'*aequitas* come invariabile regolatore critico dell'interpretazione testuale « positiva » operata dai giuristi è quello — preso in prestito da Aristotele — della « plumbea misura di Lesbo », che venne usato per la prima volta, in senso polemico, dalla giurisprudenza umanistica: KISCH, *Erasmus u. die Jurispr. seiner Zeit*, Basel, 1960, pp. 187 ss. e *passim*.

insegnamento giuridico) rimanevano ancora chiuse nelle scuole monastiche e capitolari; e solo assai più tardi, nelle antiche Università dell'Occidente europeo (la Sorbona e Oxford) vincolate al primato della Facoltà teologica per i loro legami con istituzioni e benefici ecclesiastici, solo assai più tardi, dicevo, quelle *artes* riuscirono ad affrancarsi <sup>(29)</sup>. L'Università di Bologna, al contrario, fin dal suo sorgere s'affermò come istituzione cittadina e profana <sup>(30)</sup>, nella quale il propedeutico *studium in artibus* era immediatamente ordinato alla preparazione scolastica delle nuove generazioni in vista dei loro possibili impieghi nelle funzioni — per l'appunto — profane <sup>(31)</sup>. In questo senso è sintomatico che il Comune di Bologna ne caldeggiasse la fondazione presso i Comuni vicini proprio come strumento idoneo alla formazione dei loro funzionarî <sup>(32)</sup>.

La formazione di questo ceto «profano» d'intellettuali costituì un fatto rilevante anche da un punto di vista politico e sociologico nel

<sup>(29)</sup> GRUNDMANN, *Vom Ursprung*, cit.; WIEACKER, *Vom röm. Recht*, cit., pp. 282 ss.; cfr. *supra*, § 2, nota 29. Il monopolio dei chierici nell'arte dello scrivere — ch'era stato caratteristico dell'Alto Medioevo — durò così ancora in Inghilterra e in Francia, e ha dato fino ad oggi, in queste terre, a colui che sa scrivere, il nome di *clerc* (cosa, questa, che — assai significativamente — nè in Italia nè nell'Europa Centrale avvenne): il quadro tracciato dal COING (IRMAE, § 8) non trova perciò riferimento in un modo di dire tedesco. Ma anche nell'Europa Occidentale questo monopolio non presuppone che tutti coloro che insegnavano (e nemmeno i discenti) ricevessero gli Ordini maggiori.

<sup>(30)</sup> Cfr. *supra*, in questo stesso paragrafo, la nota 10.

<sup>(31)</sup> Sintomi istruttivi di questa connessione sono: la provenienza del concetto letterario di stile dalle regole dello scrivere giuridicamente corretto (tipico, in special modo, delle cancellerie) — lo *stilus curiae* —; la derivazione del barbarismo tedesco *dichten* — poetare — dal latino *dictare* (significante, cioè, la redazione d'uno scritto); e la coesistenza — frequente in Italia — in una stessa persona della qualità di giurista (spesso notaro) e di poeta lirico. Cfr. FRIEDRICH, *Epoche*, cit., p. 22; su Cino da Pistoia cfr. la bibliografia cit. *infra*, a p. 00, nota 23. Con ciò, naturalmente, non contrasta il fatto che fra gli studenti bolognesi fossero numerosi i chierici; nè che gli uomini dell'Europa settentrionale ch'avevano studiato a Bologna e nelle altre Università italiane ritornando poi nei loro Paesi — fino agl'inizi della recezione del diritto romano — ricominciassero la loro carriera come dignitarî del clero secolare. Su questi problemi torneremo a suo luogo: cfr. *infra*, p. 166.

<sup>(32)</sup> DENIFLE, *op. cit.*, pp. 40 ss.; SORBELLI, *op. cit.*, I, pp. 20 ss.; ORLANDI, *op. cit.*; MOR, «Convegno Accursio», I, p. 193 ss.

quadro storico del XII secolo <sup>(33)</sup>. Lo *studium civile* nato a Bologna non era più (com'erano, invece, le Università dell'Europa nord-occidentale: Parigi ed Oxford) un'istituzione clericale a struttura gerarchica, ma — piuttosto — una *universitas scholarium*; un'unità associativa — cioè — la quale, al pari di quella dei *cives*, si poneva al di fuori delle antiche stratificazioni gerarchiche. Tutto questo trovò espressione anche nei privilegi che, a favore degli scolari, furon chiesti ed ottenuti dal Barbarossa: la autentica *Habita* (del 1158) esentava esplicitamente lo scolaro, nei confronti del Comune di Bologna, dalle rappresaglie per i debiti dei suoi compatrioti, gli garantiva la tutela giurisdizionale, e gli conferiva altre garanzie, assicurandogli nel contempo la libertà di movimento. Forte di tutti questi riconoscimenti quel certo cetto tendeva a porsi come elemento rivoluzionario e, come che fosse, di progresso nello sviluppo culturale e sociale della società europea del proprio tempo.

La tecnica interpretativa della Scuola di Bologna si ricollega, dunque, al tradizionale insegnamento del *trivium*. Si trattava, pur sempre, delle figure esegetiche ed argomentative originariamente create dalla logica dalla grammatica e dalla retorica greche, applicate dapprima dagli eruditi alessandrini per l'esegesi filologica dei testi letterari: la glossa grammaticale o filologico-contenutistica, l'esegesi come chiarimento del significato del testo, la concordanza e la distinzione. I neo-platonici avevano applicato questo metodo alla lettura dei testi filosofici, i Padri della Chiesa all'esegesi biblica, i maestri di diritto dei secoli IV-VI alle opere della giurisprudenza classica <sup>(34)</sup>. Agli uomini dell'Alto Medioevo, e, più avanti, ai giuristi della Scuola di Bologna questi procedimenti eran noti attraverso la generica tradizione scolastica. Una più puntuale connessione genetica fra i metodi delle scuole giuridiche dell'Oriente romano e i Glossatori è, in ogni caso, indimostrabile; ed anzi addirittura inverosimile sulla base di seri fondamenti storico-culturali <sup>(35)</sup>. Le analogie tra le due

---

<sup>(33)</sup> Da ultimo cfr. CLASSEN, *Die Hohen Schulen*, cit., pp. 170 ss. (part. 173 ss.).

<sup>(34)</sup> Tra gli altri cfr. PRINGSHEIM, *Beryt u. Bologna*, pp. 391 ss.; ALBERTARIO, SDHI, V (1939), pp. 7 ss.; SCHULZ, *Storia della giur. rom.*, cit., pp. 580 ss.; WIEACKER, *Vulgarismus u. Klassizismus in Recht d. Spätantike* (1955), pp. 50 ss.; ID., *Vom röm. Recht*, cit., pp. 268 ss.

<sup>(35)</sup> Così ritenevano (dopo un puntuale confronto e sulla base d'un giusto rilievo dato all'affinità intrinseca) per un verso, già LANDSBERG, *Die Glosse d.*

scuole si spiegano assai più facilmente tenendo conto del comune fondamento testuale del *Corpus* giustiniano e dell'altrettanto comune provenienza culturale dalla dialettica greco-ellenistica.

2. Gl'intenti di quest'esegesi testuale — che, a prim'occhio, potrebbero sembrar gli stessi dell'odierna ermeneutica teologica filologica e giuridica — sono, in realtà, diversi già nelle loro premesse. Quando i Glossatori interpretavano i testi romani cercando d'ordinarli secondo un loro sistema privo di contraddizioni, essi avevano a comune con la teologia e la giurisprudenza moderne il desiderio d'elaborare una *dogmatica*, di pervenire — cioè — ad un procedimento conoscitivo i cui termini e i cui elementi fondamentali fossero predeterminati autoritativamente (in guisa in certo modo antitetica da come oggi ama procedere la ricerca storico-filologica o anche di storia delle religioni o del diritto) <sup>(36)</sup>. Ma, del resto, essi miravano a poco di tutto ciò che, invece, vuole la scienza moderna: non miravano, cioè, nè a saggiare la « verità » del dato testuale con criteri spregiudicatamente razionali, nè a motivare o a comprendere in modo storicamente corretto quel medesimo dato, nè a rendere quei testi utili per la cosiddetta « pratica » <sup>(37)</sup>. Essi volevan piuttosto sincerarsi dell'incontestabile autenticità dell'*auctoritas*, giovandosi di quello strumentario razionale che per loro aveva approntato

---

*Accursius*, pp. 10 s.; GENZMER, in: Acta Congr. Iur. Intern., II, Roma, 1936, pp. 343 s.; KOSCHAKER, pp. 105 ss. (che pensa più alla Scuola di Pavia). *Contra* cfr., ora, SONTIS, *Dogmatische Untersuchung*, cit., *passim*; su ciò cfr. WIEACKER, ZSS, RA, LXXVII (1960) pp. 527 s. La autonomia, storicamente così feconda, della « dialettica » dei Glossatori nei confronti degli schemi logici classici e giustiniani (che essi, pure, avevano riportato alla luce) è stata ben sottolineata dal PARADISI, *Convegno Accursio*, pp. 619 ss.

<sup>(36)</sup> Cfr. PIANO MORTARI, RISG, 1954-55, pp. 1 ss.; L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, *passim*. Sulla dogmatica moderna cfr. la bibliografia cit. *supra*, in questo stesso paragrafo, alla nota 17.

<sup>(37)</sup> Che, poi, nell'amplessissima prospettiva della storia universale, essi compissero un'opera di tal genere (cfr. *infra*, pp. 89 ss.), è cosa che (pur di fatto vera) non trovava rispondenza nelle premesse spirituali da cui essi presero le mosse: cfr. MASCHI, *Convegno Accursio*, pp. 599-618, con accenni ad un'intelligenza storica « genetica » in Accursio; ed inoltre NICOLINI, *ibidem*, cit., pp. 801 ss., a proposito dell'utilizzazione affatto pratica che dell'opera d'Accursio si fece sulla base di D. 1. 5. 17 (la cosiddetta *Constitutio Antoniniana*).

la logica elaborata dalla tradizione scolastica. Questo rapporto tra autorità e ragione, che costituisce la preoccupazione costante dell'intellettuale del Medioevo, deriva anzitutto dall'idealismo greco, e cioè dalla convinzione platonica (a sua volta mutuata, in origine, dalla filosofia eleatica) che ad ogni pensato debba corrispondere un'essenza metafisicamente esistente<sup>(38)</sup>. Solo in una siffatta prospettiva di pensiero era possibile tener insieme un'incondizionata riverenza per il dato testuale (rivelato oppure offerto dalla tradizione) con il formalismo logico<sup>(39)</sup> che la scuola medievale aveva ereditato da quella antica. Questa dottrina, insomma, si proponeva, non tanto di accertare l'autenticità di testi rivelati o tramandati come vincolanti, quanto piuttosto di convalidarli; mentre il pensiero moderno — nato da quel conflitto tra verità e ragione<sup>(40)</sup> che si sprigionò dall'irrazionalismo nominalistico<sup>(41)</sup> — sente come contraddittoria la pretesa di dar

---

(38) È di Parmenide l'affermazione che τὸ γὰρ αὐτὸ νοεῖν ἐστίν τε καὶ εἶναι (DIELS, *Fragm. d. Vorsokratiker*, n. 3). Questa premessa ha dominato la gnoseologia idealistica antica da Platone in poi, e, attraverso la sua mediazione, anche il pensiero degli Umanisti (cfr. *infra*, pp. 124 s., 237 ss.) e la corrente idealistico-razionalista della scuola giusnaturalistica europea (cfr. *infra*, pp. 393 ss., 396 ss.). Sul corrispondente *ens et verum convertuntur* proprio del realismo scolastico cfr. M. WUNDT, *Die dtsh. Schulmetaphysik d. 17. Jhs.* (1939), p. 215; sul simbolismo che la cosmologia greca fondò su questa conclusione cfr. K. REINHARDT, *Poseidonios* (1921), p. 16 e *passim* (cfr. anche *infra*, p. 389 s. e *ivi* le note 27 e 28).

(39) KANTOROWICZ (*Epochen*, cit., pp. 63 s.) vuol caratterizzato in modo coerente il vincolo all'*auctoritas*, che è peculiare di questa scienza giuridica, dal fatto che il razionalismo medievale diventa « formale » proprio in virtù del suo esser legato alle *auctoritates* (similmente KOSCHAKER, p. 113 s. e *ivi* la bibl. cit. alla nota 31). Noi, però, preferiamo evitare una qualificazione di questo atteggiamento spirituale come « scolastico », perchè — così facendo — lo si restringe a un significato troppo limitato (cfr. *infra*, p. 72 e *ivi* nota 51). Più in generale può dirsi che la caratterizzazione data dal Kantorowicz ai Glossatori — pur frutto di così acute ricerche e ancor oggi così limpida — abbisogna di alcune correzioni che tengano conto delle più recenti indagini, che hanno scoperto lo stretto legame della giurisprudenza medievale col più generale movimento culturale che si ebbe intorno al 1100, rivedendo così — in qualche misura — quel concetto di Rinascimento che il BURCKHARDT aveva elaborato (e il KANTOROWICZ aveva fatto proprio: cfr. *infra* p. 120, e *ivi* la nota 37).

(40) Una limpida descrizione di questa emancipazione è offerta da P. HAZARD, *La crisi della coscienza europea*, trad. it. P. SERINI, Milano, 1968.

(41) Cfr. *infra*, pp. 383 s. e *passim*.

fondamento coi mezzi della ragione a verità che si pongono al di sopra d'ogni ragione. Ed anche la convinzione propria dei giuristi medievali — che nel *Corpus Juris* la ragione stessa si sia fatta parola diventando così *ratio scripta* — non può più esser condivisa dalla nostra coscienza di uomini moderni.

La comprensione della prospettiva propria dei Glossatori non è certo facilitata (anzi, è resa ancor più difficile) per i giuristi moderni dal fatto che la loro scienza giuridica è nata per l'appunto da queste premesse diverse e originali; mentre tutta l'autorità, di cui il diritto romano ha goduto fino alle soglie dello storicismo moderno e del positivismo moderno, s'è fondata proprio sulla fede nella *ratio scripta* (42).

È, bensì, vero che il fondamento dell'autorità del *Corpus Juris* è venuto sempre mutando nel tempo. Agli inizi del secondo Millennio esso si radicava nell'idea di Roma, nella convinzione, cioè, che — in forza dell'identità sacra del *Corpus Christianum* con l'Impero — il mondo nel quale si viveva fosse ancora il medesimo nel quale eran vissuti i giuristi romani. Di poi, venute meno le potenze universali che avevan dominato la scena politico-istituzionale del Medioevo, quel fondamento s'identificò nella convinzione — che fu propria dell'Umanesimo giuridico — secondo cui le coordinate fondamentali della propria civiltà fossero date dalla cultura antica (43). Per entrambe queste età restava però — come pacificamente ammessa — quell'assoluta esemplarità del diritto romano che oggi potrebb'essere proclamata, tutt'al più, come ideale pedagogico. Il giusnaturalismo radicale fu il primo a legittimare in modo affatto nuovo il vigore del diritto positivo: sulla base, o della disposizione autoritativa d'un sovrano, o della comune volontà politica della nazione (44).

---

(42) WIEACKER, *Vom röm. Recht*<sup>1</sup>, cit., pp. 195 ss. Sulla tradizione come verità è fondamentale GADAMER, *Verità e metodo*, cit., pp. 329 ss. e partic. pp. 349 ss.

(43) WIEACKER, *Vom röm. Recht*<sup>2</sup>, cit., pp. 34 ss.; ID., *Eranion*, cit., p. 340; ID., *Notizen*, cit., p. 4. Così ogni utilizzazione dell'antica *auctoritas* tende ad essere una sorta di « applicazione della *ratio scripta* » (su questo schema generale dell'interpretazione testuale cfr. GADAMER, *op. cit.*, pp. 223 ss., 358 ss.; cfr. anche *supra*, p. 6, nota 7).

(44) In questo senso il tentativo del SAVIGNY di rinnovare l'autorità cultu-

A partire da questo momento il diritto deve ubbidire, non più al verbo razionale e metastorico della *ratio scripta*, ma ad una volontà concreta che si pone come termine finale dell'azione da essa disciplinata. In altre parole: il razionalismo contemplativo e intellettuale del Medioevo, alla fine del suo itinerario storico, ha generato il razionalismo attivo e pratico del legislatore moderno, e ne è rimasto nel contempo assorbito.

3. Il rapporto tra *auctoritas* e *logos* determina lo stile interpretativo dei Glossatori fin nei suoi particolari.

A) Come *ratio scripta* già il singolo testo giuridico (*locus*) costituisce di per sé una verità senza che vi sia bisogno d'un suo inquadramento sistematico nel complesso di tutti gli altri testi <sup>(45)</sup>. Dal momento che il primo compito che si ha è quello di

---

rale del diritto romano sulla base dello spirito del Secondo Umanesimo (cfr. *infra*, II, pp. 25 ss.) non ha mutato nulla; esso rappresentò solamente il clima culturale in cui fu fondato il Formalismo giuridico (*infra*, II, p. 31) che — fin dalle codificazioni dello scorcio del nostro secolo — si tramutò, anche nei Paesi dell'Europa centrale, nel Positivismo legalistico (*infra*, II, pp. 164).

<sup>(45)</sup> Anche per comprendere le intenzioni che agli occhi dei Glossatori (diversamente da quanto accade alla scienza moderna, che mira a leggere l'intima contingenza dell'ordinamento) poteva dare un valore alla penetrazione fin nelle intime strutture del sistema, ci appare istruttiva la caratteristica che JASPERS (cit. *supra*, a p. 28, nota 6) attribuisce al modo di teorizzare inaugurato dai Greci. Il quale non sarebbe ancora « la scienza universale ed unitaria, illimitatamente avviata al progresso, tutta chiusa in se stessa, che riduce tutto l'esistente ad effetto di conoscenza ed in ordine alla quale tutte le scienze speciali altro non sono che funzioni »; ma perverrebbe, piuttosto, « soltanto a creare prospettive, ad elaborare quadri complessivi destinati ad una funzione ordinante a sistema, e, per ciò stesso, piuttosto selettivi per la loro pretesa di valutazione previa. Dunque essa prende le mosse da un impulso scientificamente distorcente verso una forma chiusa, verso ricostruzioni universali nell'armonia d'un cosmo frutto di pensiero, nella perfetta trasparenza logica d'un tutto pensato ». Essa sarebbe « un aggruppare in schemi ordinanti alla lor volta ordinati a sistema dalla forza sillogizzante del pensiero ». Sulla visione del mondo propria dei Greci e sull'influenza da essa esercitata fino a Copernico e a Keplero cfr. WEIZSACKER, *Die Tragweite*, cit., pp. 96 ss.; cfr. anche *infra*, p. 389, nota 27). Tutto ciò vale ancora anche per progetti sistematici dell'Umanesimo (cfr. *infra*, pp. 239 s.) e per la corrente razional-intellettualistica del più risalente giusnaturalismo (cfr. *infra*, pp. 396 s., 403). Solo con Occam il mondo fu ricondotto all'opera creatrice di Dio (come tale inintelligibile e storica) (cfr. *infra*, pp. 397 s.) e poi — su questo fonda-

chiarire il senso di questo testo, la forma fondamentale secondo cui procede questo progressivo chiarimento d'ogni singolo luogo testuale è la g l o s s a .

B) Gli strumenti per l'interpretazione sono offerti dagli schemi grammaticali e dalle figure dialettiche elaborate dal *Trivium* <sup>(46)</sup>, impiegate nelle loro forme più semplici precedenti la recezione dugentesca — da parte della Scolastica — della tradizione aristotelica di formazione araba e bizantina. Questo nesso appare particolarmente evidente nelle glosse d'Irnerio <sup>(47)</sup>, del quale è esplicita l'indicazione come grammatico e dialettico appartenente ad una scuola di *Artes* <sup>(48)</sup>. Le sue Glosse (le più antiche, tra quelle della Scuola di Bologna, di cui sia determinabile l'autore) mostrano a prima lettura le figure dialettiche del *Trivium* <sup>(49)</sup>. In questo senso è ormai consueto parlare (e a ragione) d'un « in-flusso » della Scolastica sui Glossatori <sup>(50)</sup>.

---

mento — gli eredi del Nominalismo — fino a Galileo Cartesio e Hobbes — hanno fatto nascere quella certa scienza « che riferisce tutto a tutto ». Per cogliere il mutamento ermeneutico dal senso d'un singolo testo ad una sola unità testuale cfr. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., *passim*.

<sup>(46)</sup> Così già affermava il RATJEN, *Vom Einflusse d. Philosophie auf d. Jurisprudenz* (Kielers Universitätsprogramm 1855), pp. 5 ss.; FITTING, *Juristische Schr. d. früh. Mitt.*, pp. 94 s., 101; eppoi LANDSBERG, *Die Glosse*, cit., pp. 34 ss., 50 ss.; in special modo GENZMER, *Kod.*, pp. 387 s.; sull'influsso del *trivium* e del *quadrivium* nella Gl. *Grammaticos ad Inst.*, I, 25, 14 cfr. DEL VECCHIO, *Irnerio*, cit.

<sup>(47)</sup> PESCATORE, *Die Glossen des Irnerius*, 1888; SEKEL, ZSS, RA, XLV, pp. 1 ss.

<sup>(48)</sup> SORBELLI, *Storia*, cit., I, pp. 21 s. e *passim*. Per la famosa Glossa odofrediana *Grammaticos* (cfr. qui *supra*, la nota 43) Irnerio *logicus fuit e magister fuit in ista civitate artium*: cfr. CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 508 ss.; cfr. anche WIEACKER, *Vom röm. Recht* <sup>2</sup>, cit., pp. 293 ss.

<sup>(49)</sup> È istruttiva la sua definizione della *ius*: *bonum et equum vocat hic iusticiam; differit autem aequitas a iusticia, aequitas enim in ipsis rebus percipitur, quae, cum descendit ex voluntate forma accepta fit iusticia* (cfr. in D. I. I. I *iuri operans*, e cfr. CALASSO, *Medio Evo*, cit., p. 477). Più tardi qualcosa è reperibile nelle Glosse a D. 2. I. 3: *nam definit generis praedicationem vel nomen speciei ponit*; in Odofredo: *hic non ponitur descriptio jurisdictionis*; in Jacques de Révigny: *hic non ponit meri vel mixti definitionem, sed generalem definitionem ponit* (tutti i brani son citati da SAVIGNY, IV<sup>2</sup>, p. 459 s.; *ivi* anche (p. 458) le istruttive glosse interlineari odofrediane a D. I. I. 6).

<sup>(50)</sup> RATJEN, FITTING e LANDSBERG or ora cit. alla nota 43.



Quel che, semmai, può essere oggetto di discussione è il modo e la misura di questo influsso <sup>(51)</sup>. Intanto non se ne è ancora studiata in modo esauriente nè la « preistoria » nè il tramite di « comunicazione » ai primi Glossatori. Nè può trascurarsi la circostanza che il contenuto tutto particolare dei testi di cui si faceva l'esegesi spinse assai per tempo i Glossatori ad affrontare la problematica specialistica ch'è propria dei giuristi; sicchè — per lo meno agli occhi dello storico giurista — la perdurante utilizzazione degli schemi formali derivati dalla Scolastica perde gran parte del suo interesse. In séguito il rapporto con la Scolastica — appena fondato lo *Studium civile*, la cui alta reputazione sul piano spirituale e culturale si rifletteva vigorosamente sulle discipline connesse <sup>(52)</sup> — quel rapporto, dicevo, diventò più un reciproco influsso <sup>(53)</sup> che non una dipendenza « a senso unico » della Scuola dei Glossatori. Questa reciprocità d'influsso è, forse, da retrodatare già agl'inizi della giurisprudenza medievale <sup>(54)</sup>, e si fonda sull'unità dell'atteggiamento mentale propria di tutti gli uomini di cultura del Medioevo.

Fatte queste considerazioni, resta da osservare solamente che quasi sempre i Glossatori si giovano delle figure argomentative generalmente note e delle categorie aristoteliche: tali le quattro *causae* — *materialis*,

---

<sup>(51)</sup> Su questa materia, oltre agli AA. cit. alla nota 43, cfr. SCHULTE, *Gesch. d. Qu.*, cit.; FLACH, *NRHist.*, VII (1883), p. 218; GRABMANN, *Geschichte*, cit., II, pp. 131 ss.; KANTOROWICZ, *Die Epochen*, cit., p. 64; MICHAELIS, *Wandl. d. dtsh. Rechtsdenkens in Grundfragen d. neuen Rechtswiss.* (1935), pp. 10 ss.; GENZMER, *Kod.*, pp. 381 ss.; ENGELMANN, *Wiedergeburt*, cit., pp. 20, 42 e *passim*; WIEACKER, *ZfStrafWiss.*, LX, p. 591; KOSCHAKER, pp. 122 s.; HAZELTINE (cit. da ULLMANN), XXII; CONDANARI-MICHLER, *Humanismus u. RWiss.*, Innsbruck, 1947, p. 9, con riferimento al *Sic et Non* di Abelardo; COING, *Mem. Koschaker*, I, pp. 75 ss.; cfr. anche le pagine accuratamente ponderate di HERM. LANGE, *Schadenersatz u. Privatstrafe* (1955), pp. 159 ss.; cfr. anche KIEFNER, *ZSS, RA*, LXXIX (1962), pp. 248 s. e *passim*, e, per un'ulteriore analisi, PARADISI, *op. cit.*, in: « Convegno Accursio »; il quale — a proposito dell'applicazione (creativa di diritto) che i Glossatori fecero dello strumentario scolastico — osserva che quello strumentario non fu applicato in funzione meramente espositiva: esso fu, piuttosto, il tramite d'espressione necessario di cui si giovò il progresso spirituale d'un pensiero giuridico creativo (ivi anche osservazioni sui rapporti dei Glossatori con la retorica ciceroniana).

<sup>(52)</sup> Cfr. *supra*, in questo stesso paragrafo, le note 9 e 12.

<sup>(53)</sup> Così già GRABMANN, *Geschichte*, cit., pp. 1 ss., 133 ss. Le argomentazioni di stampo giuridico di Walther Burleigh per il realismo scolastico (che prendono le mosse da Occam) eran già note a LANDSBERG, *Die Glosse*, cit., p. 28, nota 1 (pel tramite del PRANTL). Sugl'immediati precursori scolastici del metodo canonistico cfr. *infra*, p. 98, nt. 8.

<sup>(54)</sup> Cfr. *supra*, pp. 47, 50 s.

*formalis*, *efficiens* e *finalis* — <sup>(55)</sup>, come le dicotomie tipicamente scolastiche di *causa proxima* e *remota* <sup>(56)</sup>, *propria* e *impropria* più tardi la distinzione tra ciò ch'è generale (*genera*) e quel che può definirsi particolare (*species*, *specialiter*) <sup>(57)</sup> e il procedimento logico della *distinctio*, *divisio* e *subdivisio* <sup>(58)</sup>. Questi schemi argomentativi erano destinati ad arricchirsi e a complicarsi nella scienza giuridica posteriore in conseguenza dell'influsso esercitato, alla lor volta, sulla Scolastica (giunta, nel frattempo, al colmo del proprio splendore) dai commentari arabi e bizantini agli scritti aristotelici <sup>(59)</sup>. Ma, nel contempo, il loro metodo conservava una sua indipendenza apparentemente più ampia in forza del crescente peso specifico della scienza giuridica ne' confronti della dialettica teologica e filosofica <sup>(60)</sup>.

C) Ma già assai per tempo i Glossatori non si limitaron più all'esegesi puntuale di singoli passi. La convinzione che, all'interno del patrimonio tramandato dalla tradizione, operasse una *unica ratio*, li portava a scandagliare per trovare il significato razionale comune di tutti i testi e ad esporlo secondo un ordine sillogicamente concludente: se ogni testo contiene la verità depostavi da un'autorità assoluta, non può un testo contrad-

---

<sup>(55)</sup> Tipicamente in materia di *usufructus formalis* e *causalis* (Glo. *reverti* in D. 7. 1. 3 § 2; glo. *usufructus* in D. 7. 1. 4; PLACENTINUS, *Summa Cod.*, in C. 3. 33. 1. pr.; AZO, *Summa Codicis*, in 3, 33, 1, § 1): su ciò cfr. già LANDSBERG, *op. cit.*, p. 94, nota 1. In generale il *dare causas* del *mos italicus* (su cui cfr. *infra*, p. 87) assume le quattro *causae* aristoteliche (*materialis*, *formalis*, *efficiens* e *finalis*) e la tecnica disputatoria su di esse fondata.

<sup>(56)</sup> Gl. in D. 41, 2, 3, § 4: *proximam causam insipice ... non remotam. Responde ex qua fit traditio* (d'influsso decisivo per la formazione del concetto di titolo proprio del diritto comune: cfr. *infra*, pp. 360 s.; su questa materia cfr. HUGO, *Civil Magazin*, IV, 153; LANDSBERG, *Glosse*, cit., pp. 103 s.). Sulle ventotto opinioni a proposito delle varie specie d'interessi e dell'*Arbor super interesse* di Rebuffus († 1557) cfr. LANGE, *Schadenersatz*, cit., pp. 31 s. (con illustrazione). Ulteriori argomentazioni tratte dalle quattro *causae* sono illustrate dal TARJEN, *Vom Einflusse*, cit., p. 6.

<sup>(57)</sup> Vedi, già per Irnerio, quanto già osservato or ora, *supra*, alla nota 49.

<sup>(58)</sup> LANDSBERG, p. 95, nota 1; PRINGSHEIM, *Beryt u. Bologna*, cit., pp. 94 ss. Su *procanones*, *quaestiunculae*, *summa*, *prendio*, *litteras*, *dare causas*, *connotatio*, *objectio* anche nelle lezioni di teologia (per esempio, nel commentario al Vangelo secondo Matteo di Marsilio di Inghen) cfr., per qualche utile riferimento, RITTER, *Die Heidelb. Universität*, I (1936), p. 212.

<sup>(59)</sup> LANDSBERG, pp. 27 s.; COING, *Mem. Koschaker*, I, pp. 75 ss.; sulla più tarda fioritura LANGE, *op. cit.*

<sup>(60)</sup> COING, *op. ult. cit.*, pp. 77 s.

dire un altro dotato d'un'altrettale verità <sup>(61)</sup>. Poichè, tuttavia, la coscienza logica dei giuristi medievali non si poteva nascondere l'esistenza di contraddizioni evidenti all'interno dei dati offerti dalla tradizione (nella Sacra Scrittura così come in Aristotele o nelle Pandette), si trattava d'armonizzare queste contraddizioni con artifizi logici (soprattutto attraverso *distinctiones* o *subdistinctiones* <sup>(62)</sup>: *quanto magis res omnis distinguetur tanto melius operatur* [Piacentino]). Si aggiunsero così — al lavoro esegetico — operazioni più propriamente di sintesi il cui compito era di dimostrare la conciliabilità di testi apparentemente l'un con l'altro contrastanti o di enunciare regole comuni attingendole a una pluralità di testi <sup>(63)</sup>.

Ma quanto più la giurisprudenza s'orientava ad un'utilizzazione pratica dei testi, tanto più cresceva per lei la tentazione di manipolare questa tecnica interpretativa per cavar dalle fonti i risultati pratici che si desiderava di ottenere <sup>(64)</sup>. In una tal prospettiva tornava utile a questa giurisprudenza l'inesauribile ricchezza dei testi giuridici e la loro assolutamente libera generalizzabilità e interscambiabilità sulla base dell'incondizionata autorità d'ogni singolo passo.

4. Attraverso l'incessante analisi comparativa del materiale offerto dalle fonti i Glossatori dapprima s'appropriarono fino in fondo dell'insieme della problematica giuridica contenuta nel *Corpus Juris*. Attraverso l'esegesi l'armonizzazione dei singoli testi e l'elaborazione di *regulae* sorse quella struttura teorica di formulazioni (formalmente almeno) prive di reciproche contrad-

<sup>(61)</sup> Sulla formazione del principio dell'unità spirituale del *jus commune* per l'influsso filosofico della *reductio ad unum*, CALASSO, *Medio Evo*, pp. 371 ss.

<sup>(62)</sup> DAHM, DR, p. 89. Perciò la *distinctio* divenne una forma letteraria di primaria importanza nella Scuola dei Glossatori: cfr. SECKEL, *Distinctiones Glossatorum*, 1911, (rist.: Graz, 1956); ed anche GENZMER, *Kod.*, pp. 397 ss.

<sup>(63)</sup> Cfr., da ultimo, STEIN, *Regulae juris*, Aberdeen, 1966, pp. 131 ss. Un esempio ne è offerto dalla generalizzazione del concetto di interesse (*interesse commune, singulare* e così via) che troviamo già assai avviata negli scritti d'Azzone e di Cino da Pistoia.

<sup>(64)</sup> Esempi istruttivi (sicuramente a partire dai *Consiliatores*) sono offerti da COING, *op. ult. cit.*, pp. 80 ss. Una tecnica tipica consisteva nell'integrale svincolamento del testo dal significato complessivo giustiniano attraverso tendenziose sostituzioni delle maiuscole: cfr. COING, *op. ult. cit.*, pp. 78 ss.; KIEFNER, ZSS, RA, LXXIX (1962), pp. 248 s.

dizioni che costituisce, forse, la prima dogmatica giuridica che la storia ricordi <sup>(65)</sup>; la forma estrinseca della sua esposizione continuava ad esser la *Summa*. In questa struttura teorica — la quale, d'altronde, per il prevalere delle forme espositive analitiche, non giungeva ancora ad una estrinseca sistematicità o ad attingere i più alti livelli della concettualizzazione giuridica — in questa struttura teorica, dicevo, è pur sempre da riconoscere la progenitrice legittima dell'oderna dogmatica giuridica europea. Perché fino ai giorni nostri la scienza giuridica (insieme, ormai, alla sola teologia) è rimasta una dogmatica, che presuppone per la sua validità la pretesa incondizionata autorità di talune affermazioni <sup>(66)</sup>: contrariamente a quanto accade nelle scienze esatte, che sono un sistema di assiomi e di conclusioni svincolato da premesse autoritative, com'è il caso della geometria euclidea o della fisica classica di Newton; e contrariamente, anche, alle scienze naturali descrittive e alle scienze storiche, il cui oggetto è determinato solo con l'ausilio dell'esperienza.

L'oggetto di questa dogmatica giuridica medievale non era certo il medesimo che è proprio della dogmatica moderna (cfr. *supra*, p. 67). La verità giuridica che essa ricercava era una categoria logica dell'essere (e cioè, secondo il modo d'intendere dell'epoca, una categoria ontologica). Un'affermazione doveva esser dimostrata « vera » — *e s i s t e n t e*, cioè, — e non solamente giusta e conforme al sistema o allo scopo che si voleva perseguire: cosa, questa, che resta vera pur se i Glossatori — sotto l'influsso della tradizione antica e della teologia morale — si richiamarono talvolta anche al valore (affatto relativo) dell'*utilitas* e alla *ratio legis* intesa in questo specifico senso <sup>(67)</sup>. Per questo le regole non venivano dedotte dai concetti più astratti o dai

---

<sup>(65)</sup> In realtà la giurisprudenza romana classica, che pur analizzò in modo così esauriente la concreta e specifica problematica giuridica, anche quando dette le più alte prove di sé, non mirò mai ad un sistema concettuale armonicamente costruito, che già la personale autorità dei singoli giuristi non avrebbe reso possibile (cfr. WIEACKER, *Vom röm. Recht* <sup>2</sup>, cit., pp. 130 ss., 149 s., 169 s.; KASER, *Zur Methode d. röm. Rechtsfind.*, *NachrGöttAkWiss*, 1962/2, pp. 55 ss.); e, per quanto riguarda la Compilazione giustiniana, proprio il suo tornare ai frammenti originali dei classici, impedì il completo formarsi d'una struttura concettuale coerente e priva di contraddizioni.

<sup>(66)</sup> Cfr. *supra*, in questo paragrafo, la nota 17.

<sup>(67)</sup> Sulla *ratio legis* nel Medioevo, cfr. H. KRAUSE, *ZSS, KA, XLVI* (1960), pp. 81 ss.; GAGNER, *passim*.

principi fondamentali: e cioè non da una generalissima idea del diritto (perchè ciò avrebbe presupposto un'autonoma fondazione etica del diritto, alla cui stregua i testi avrebbero dovuto esser previamente analizzati), nè da concetti generali, come invece accadrà col diritto naturale razionale del XVIII secolo e con la Pandettistica (perchè ciò avrebbe presupposto un sistema chiuso d'assiomi e di concetti); nè, infine, da valori sociali, come accadrà con la moderna giurisprudenza degl'interessi o con quella dei valori (perchè ciò avrebbe presupposto che il diritto fosse ordinato al perseguimento d'uno scopo posto fuori da sè).

III. Nell'economia di questa nostra sommaria esposizione i singoli dati relativi alla Scuola dei Glossatori possono essere accennati in modo del tutto schematico, essendo assai agevolmente reperibili nelle opere specialistiche <sup>(68)</sup>. Lo stesso discorso vale anche per le caratteristiche individuali delle personalità di maggior spicco tra i Glossatori e per i singoli contributi offerti da ciascuno all'opera comune della Scuola medesima.

---

<sup>(68)</sup> È pur sempre fondamentale l'opera del SAVIGNY (per la Scuola di Bologna, III<sup>1</sup>, pp. 1 ss., 143 ss.; V<sup>1</sup> per i Glossatori). Questa classica trattazione d'insieme è ormai, sì, superata per via dell'immenso ampliamento delle fonti disponibili, della materia da trattare, e per i conseguenti mutamenti nella posizione dei problemi e nei metodi applicati; ma non è stata sostituita da un lavoro di collaborazione che ne uguagli il valore, sicchè non è possibile disporre d'un panorama riassuntivo della produzione storiografica degli ultimi cent'anni relativamente alla materia a suo tempo trattata dal Savigny. È degno di nota che, per la difficoltà della materia e per i mutamenti metodici portati dallo storicismo moderno, il progetto proposto la prima volta dopo l'ultima guerra mondiale — di adeguare l'opera del Savigny allo stato attuale delle conoscenze e di predisporre così una nuova edizione (il cosiddetto « Nuovo Savigny ») — sia stato tosto abbandonato e sostituito col progetto d'un'opera collettiva nuova frutto di collaborazione internazionale: il *I(us) R(omanum) M(edii) AE(vi)*, su cui cfr. *supra*, p. 12, nota 18. In quest'opera un gran numero di specialisti esporrà lo sviluppo storico dell'Alto Medioevo all'inizio dell'Età Moderna in contributi formalmente separati l'uno dall'altro ed ordinati per ambiti di materia per epoche e per singoli problemi (sul piano generale di quest'opera cfr. ancora *supra*, p. 12 nota 18). L'impresa cominciò, sotto la direzione di E. Genzmer, d'un passo più spedito d'altre imprese scientifiche di analoga importanza: e una serie di ragguardevoli contributi è già comparsa (contributi, che qui son citati ogni volta che il caso lo comporta). Quando sarà stata compiuta, quest'opera offrirà un'adeguata informazione il più possibile completa su quella parte del diritto dell'Europa medievale che si compl sotto l'influsso del Diritto romano. Una visione moderna di questa materia è offerta dal CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 503-603, 604-606.

Non è un'incapacità della scienza medievalistica, se essa fino ad oggi non è riuscita a darci ricostruzioni biografiche dei singoli giuristi medievali definitive e credibili. Caratteristiche, queste, con le quali non contrasta solamente l'incompletezza delle fonti di cui disponiamo: giacchè ci sono stati tramandati profili biografici non degni di fede ma di ampiezza non minore di quanto è accaduto per altre personalità di questa stessa epoca, tanto più che il senso dell'individualità, nei primi secoli dopo il Mille, era più sviluppato in Italia che nel resto d'Europa, e — d'altronde — la fama che circondava questi giuristi favoriva la stesura delle loro biografie. Anche il loro ambiente e la loro attività politica ci sono relativamente noti. Un forte ostacolo alle nostre conoscenze è costituito poi dallo stato attuale delle edizioni e dell'incertezza delle attribuzioni anche per quanto concerne le opere maggiori; ma ancor più difficile per noi è la valutazione dei contributi personali all'opera comune della scienza giuridica dell'epoca. In tutte le età l'opera del dogmatico del diritto — per via dell'autorità dei testi o delle norme giuridiche, e della tipicità delle forme espositive proprie della letteratura giuridica — è più limitata più tipica e più impersonale di quella dei grandi pensatori che operano in altri campi del sapere: perfino tra i grandi giuristi romani l'individualità non ha avuto che raramente l'occasione di riflettere in modo immediato. Solo l'Età moderna, per via del formarsi d'una comune (e tendenzialmente egemonica) coscienza ideologica politica e storica, conosce giuristi che hanno segnato con la loro individualità un'orma precisa e riconoscibile nella cultura morale e politica del loro tempo. Così noi riconosciamo nello Schwarzenberg l'autore della *Bambergensis*, in Grozio il fondatore del moderno diritto internazionale, nello Svarez il creatore dell'*Allgemeines Landrecht*, nel Savigny il riformatore della scienza giuridica <sup>(69)</sup> o in Franz von Liszt il fondatore della scuola del diritto penale moderno <sup>(70)</sup>.

Tutto ciò vale in special misura pei giuristi medievali in conseguenza dell'atteggiamento spirituale e dello stile culturale che furon propri del loro tempo: la loro statura individuale è difficilmente accessibile all'osservatore odierno, perchè noi riusciamo a cogliere in un modo solo approssimativo i termini di comparazione ch'eran propri del tempo e le condizioni che potevan consentire il massimo rendimento personale. Spesso si finisce con l'appagarsi d'un'imprecisa valutazione di verosimiglianza argomentata dal fatto che ad una straordinaria influenza esercitata sui contemporanei, ad una fama lungamente sopravvissuta, e, soprattutto, ad un giudizio costantemente mantenuto

---

<sup>(69)</sup> Di questi, che appunto son chiamati giuristi moderni, e proprio dall'angolo visuale di questi loro personali risultati raggiunti, vedi i profili tracciati da Erik WOLF, GRD; cfr. anche *infra*, pp. 230 s., 437 ss., 502 e II, 53 ss.

<sup>(70)</sup> Su di lui, da ultimo, cfr. Eb. SCHMIDT, pp. 357-386.

fermo dalle successive generazioni di giuristi, abbia generalmente corrisposto uno straordinario contributo personale. Solo la più specialistica ricerca del dettaglio che è propria della medievistica moderna e la sua approfondita capacità di lettura nei confronti delle connessioni (che per l'età dei Glossatori son ricostruibili) biografiche ideologiche e culturali fanno progressivamente emergere in modo più spiccato il profilo personale di talune più grandi personalità fra i Glossatori (come Bulgaro il Piacentino, Azzone e Cino) e fra gli *Ultramontani*.

1. I precursori dello *Studium civile* di Bologna ed i suoi primi inizi sono ancora avvolti nell'ombra <sup>(71)</sup>. Punti di riferimento più sicuri di supposizioni e di leggende affermatesi nella tradizione in corrispondenza con l'accrescersi della fama di Bologna, danno conto della provenienza d'Irnerio dall'esercizio dell'ufficio di maestro di grammatica, della particolarità di contenuto degli scritti e delle glosse sicuramente a lui attribuibili, e dei presupposti scientifici della *Vulgata* del Digesto, la cui forma testuale è incomprendibile senza un'approfondita e penetrante intelligenza del contenuto sostanziale delle Pandette (cfr. *supra*, p. 56). Perché è pur sempre verosimile l'esistenza d'un legame tra la *Littera bononiensis* e le esigenze dello *Studium civile* sorto in questa città <sup>(72)</sup>; ed è perfino comprensibile che si possa cogliere un nesso tra la più volte menzionata decisione del Comune di impiegare maestri di *artes liberales* per uno studio specialistico del diritto e questa redazione testuale per altro verso già esistente. In modo del tutto simile la prima fondazione d'un'Università da Pisa <sup>(73)</sup> fu favorita dal prezioso possesso di quella *Littera pisana* <sup>(74)</sup> che la tradizione vuol predata da Amalfi nell'XI secolo.

---

<sup>(71)</sup> La relativa bibliografia è citata *supra*, in questo stesso paragrafo, alla nota 9; inoltre cfr. CALASSO, *Medio Evo*, cit., p. 508; in generale KOSCHAKER, pp. 103 ss.

<sup>(72)</sup> Anche se la sua attribuzione ad Irnerio, sulla base delle ricerche di Kantorowicz, resta ipotetica: cfr. *supra*, in questo stesso paragrafo, la nota 5.

<sup>(73)</sup> SAVIGNY, III<sup>1</sup>, pp. 281 ss.; DENIFLE, pp. 317 s.

<sup>(74)</sup> Quella che, portata a Firenze in seguito alla conquista di Pisa da parte dei Fiorentini (1409), e qui conservata nella medicea Biblioteca Laurenziana, è nota da gran tempo come *Littera Florentina* (inizi VII secolo). La fama di questo manoscritto presso la giurisprudenza medievale (cfr. SAVIGNY, III<sup>2</sup>, pp. 98 s.) si è dunque irradiata da Pisa. Per l'autenticità del rapimento del manoscritto da Amalfi ad opera dei Pisani cfr., da ultimo, MIQUEL, ZSS, RA, LXXX (1963), p. 283 e nota 116.

2. La Scuola di Bologna vanta per suo fondatore il *Magister artium* Irnerio (*Guarnerius*) <sup>(75)</sup>, di cui è significativo che si tramandino anche opere non giuridiche (di grammatica e di logica, cioè). La sua operosità è documentata da carte risalenti agli anni fino al 1118; ancora pochi anni dopo egli dovette accompagnare a Roma l'Imperatore Enrico V prima della stipulazione del Concordato di Worms (1121). Le sue glosse — spesso indicate con la sigla *y(rnerius)* — sono state tramandate, ad opera dei Glossatori più tardi, fin nella Glossa ordinaria e ci permettono di aver di lui un'immagine assai personalizzata <sup>(76)</sup>. Esse dimostrano, accanto ad un interesse per la critica testuale <sup>(77)</sup>, anche il possesso di quel metodo dialettico che, nello stesso periodo, era applicato da Bertoldo di Costanza († 1100) da Ivo di Chartres († 1116) e da Abelardo († 1121-22) nella sua celebre opera *Sic et Non* <sup>(78)</sup>.

Già la generazione seguente celebrava Bologna — secondo l'esempio offerto da Giustiniano per Berito nella pubblicazione della sua Compilazione — come *nutrix legum* <sup>(79)</sup>. Prima della metà del XII secolo, e perciò a una distanza di tempo pur sempre apprezzabile rispetto al momento della fondazione, comincia a snodarsi la celebre catena dei *quattuor doctores* — Bulgaro Martino Ugo e Jacopo — che l'età successiva esaltò, secondo la consuetudine allegorica dell'epoca, come *lilia iuris* (questo *topos* « floreale », come la caratterizzazione tipizzante della particola-

<sup>(75)</sup> SAVIGNY, IV<sup>1</sup>, pp. 9-62; BESTA, *L'opera d'Irnerio*, 2 voll., 1896; KANTOROWICZ, *Studies*, pp. 33 ss.; VINOGRADOFF, pp. 45 ss.; CALASSO, *Medio Evo*, pp. 507 ss.; MOR, « Convegno Accursio », pp. 195-201; e, da ultimo, NÖRR, ZSS, RA, LXXXII (1965), pp. 327 ss.

<sup>(76)</sup> Cfr. *supra*, in questo stesso paragrafo, le note 47 e 49. Per la rettifica di precedenti attribuzioni di opere giovanili ad Irnerio cfr. KANTOROWICZ, *op. ult. cit.*, pp. 3 s. e *passim*.

<sup>(77)</sup> Così egli distingue già — in D. 1. 3. 40 — tra i diversi giuristi classici sulla base delle *inscriptiones* (SAVIGNY, IV<sup>2</sup>, p. 459); e l'interpolazione del testo ulpiano sulla assimilazione di legati e fedecommissi non è sfuggita alla Glossa a D. 30. 1: cfr. F. SCHULZ, *Roman Classical Law*, 1951, p. 315.

<sup>(78)</sup> LANDSBERG, *Glosse*, pp. 12<sup>2</sup>, 13<sup>1</sup>; GRABMANN, *Geschichte*, cit., pp. 234 ss.; GENZMER, *Kod.*, pp. 382 s. e note 178-181.

<sup>(79)</sup> DENIFLE, p. 47 e nota 28 (nella base della C. *Omnem*, § 7 negli Statuti di Lerida [1300]); e già elaborato in PILIUS, *Summa trium librorum*, I, 11, 88).



rità dei *doctores*, fa parte dello stile scolastico della cultura medievale europea). Nelle costituzioni emanate alla Dieta di Roncaglia del 1158, tutti e quattro quei *doctores* compaiono come giuristi di corte di Federico Barbarossa nella discussione (condotta anche sulla base di argomenti giuridici) con la Lega Lombarda. Dalla stessa fonte apprendiamo che l'Imperatore concesse a Bologna un *privilegium scholarium* <sup>(80)</sup>.

3. Alla fine del XII secolo si giunge con l'operosità del Piacentino († 1192?) <sup>(81)</sup> — personaggio di gran fecondità e di notevole stacco come giurista —, con le opere — già più robustamente costruite — di Azzone († prima del 1235) <sup>(82)</sup> (la cui famosa *Summa in Codicem* diventò uno dei più fortunati capolavori della giurisprudenza europea), e poi con quelle di Odofredo († 1265) <sup>(83)</sup> la cui testimonianza ci permette di aver qualche ragguaglio anche sullo stile personale del far lezione proprio dei Glossatori.

Dal 1220 l'affluenza a Bologna crebbe, quando papa Onorio III proibì di nuovo ai chierici lo studio del *ius civile* alla Sorbona di Parigi <sup>(84)</sup>. Ad opera di Accursio (1185-1263?) <sup>(85)</sup> le glosse dei più antichi giuristi furon raccolte nella *Glossa ordi-*

<sup>(80)</sup> SAVIGNY, IV<sup>1</sup>, pp. 66-171; da ultimo CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 511 ss. e *passim*; CLASSEN, *Die Hohen Schulen*, cit., pp. 170 ss.

<sup>(81)</sup> SAVIGNY, IV<sup>1</sup>, pp. 210 ss.; DE TOURTOULON, *Placentin*, cit.; CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 539 ss., 613; KIEFNER, ZSS, RA, LXXIX (1962), pp. 258 ss.

<sup>(82)</sup> SAVIGNY, V<sup>1</sup>, pp. 323-343; CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 525 ss.

<sup>(83)</sup> SAVIGNY, V<sup>2</sup> (1850)<sup>1</sup>, eppoi CALASSO, *Medio Evo*, cit., p. 525.

<sup>(84)</sup> Sui prodromi i motivi e la portata del famoso divieto cfr. *infra*, p. 104, nota 30.

<sup>(85)</sup> SAVIGNY, VI<sup>1</sup>, pp. 237-277; GENZMER, *Festschrift Wenger*, II, (1945), pp. 223 ss.; CALASSO, *Medio Evo*, cit., 543 ss.; COLLIVA, *Documenti per la biografia di Accursio*, Bologna, 1963; un panorama generale è, poi, offerto dai contributi comparsi in «Convegno Accursio» più volte cit.; da ultimo L. LOMBARDI, *Saggio*, cit., pp. 112 ss.

<sup>(86)</sup> È, questa, un'espressione propria della Patristica, che indicava un apparato interpretativo che racchiudeva «a mo' di catena» il testo interpretato; espressione che fu usata traslatamente la prima volta per indicare i commentari orientali ai Basilici (cfr. PETERS, *Oström. Digestenkommentare*, in: *Ber. d. Sächs. Ak. Wiss.* [1913], pp. 13 ss.); ma che, in modo conforme al suo significato, può essere applicata anche alla *Glossa Ordinaria*.

*naria*: una sorta d'opera « a catena »<sup>(86)</sup>, la quale, come sintesi « canonica » della famosa Scuola dei Glossatori, concluse la prima fase di fondazione della scienza giuridica europea, e proprio per questo guadagnò agli occhi della posterità un'autorità che uguagliò quella delle Pandette e, per lo meno nella pratica, la sopravanzò<sup>(87)</sup>.

Quest'autorità non deve, però, esser sopravvalutata: perchè certo in sèguito non cessò un'esegesi testuale autonoma (NICOLINI, cfr. qui *supra*, alla nota 87). Anche una *communis opinio* dei *Consiliatores* s'impose di fronte, per l'appunto, alla Glossa accursiana.

IV. Alla fondazione della scienza giuridica nell'Italia settentrionale fece sèguito, già nel XII secolo, il sorgere d'uno *Studium civile* nella Francia meridionale e centrale; il quale, nel corso del XIII secolo, giunse parimenti a fama europea e a crescente autonomia<sup>(88)</sup>. In breve questi giuristi, che in Italia eran chiamati *Ultramontani*, entrarono in uno scambio continuo, ed anche in concorrenza, coi loro colleghi italiani. Ma gl'inizî d'un interesse scientifico per il diritto romano in Francia devono esser ricercati assai più indietro nel tempo<sup>(89)</sup>.

I. Nel territorio a sud della Loira (nei confini, cioè, di quello ch'era stato, fino al 507, l'antico Regno visigoto) si era formato — sulla base della *Lex Romana Wisigothorum* e d'un ulteriore diritto volgare — un diritto, il quale, al primo fiorire intellettuale letterario e cittadino delle regioni di lingua provenzale — « occitana » — (ivi compresa la Catalogna), rese possibile un'elaborazione scientifica del diritto romano. Nella futura storia giuridica di Francia queste terre entreranno come territorî di diritto scritto

---

(87) Sulla nascita e la formazione dell'apparato accursiano, sulla sua tradizione e sui problemi connessi con la sua edizione critica son da vedere i contributi del CALASSO, dell'ASTUTI e del NICOLINI in « Convegno Accursio ».

(88) SAVIGNY, III<sup>1</sup>, pp. 313-378; VINOGRADOFF, pp. 56 ss.; KANTOROWICZ-BUCKLAND, *Studies in the Glossators*, Cambridge, 1938; KOSCHAKER, p. 132.

(89) Sulla storia giuridica della Francia meridionale, oltre le opere generali che abbiám già citato *supra*, alla p. 40, nt. 21, cfr. CAILLEMER, NRevHist, XXXI (1907); DECLAREUIL, *Hist. gén. du droit français*, Paris, 1925, pp. 838 ss.; più in generale cfr. VINOGRADOFF, pp. 56 ss.; KOSCHAKER, pp. 132 s.; per la Catalogna cfr. HINOJOSA, Mèl. Fitting, II, Montpellier, 1908, pp. 369 ss.

al confronto delle regioni del nord della Francia viventi a diritto consuetudinario (cfr. *infra*, pp. 519 s.). In questa zona nacque, a partire dalla fine del secolo XI, gran parte della letteratura romanistica preirneriana <sup>(90)</sup>, tra cui il cosiddetto Libro di Tubinga (dedicato, nel prologo, a un magistrato di Valence) dove è utilizzato il Digesto ed è applicato il metodo delle *distinctiones* e delle *quaestiones generales* <sup>(91)</sup>, e il cosiddetto Libro di Ashburnham. Già all'età dei primi Glossatori (avanti il 1150) appartengono <sup>(92)</sup> le *Exceptiones Petri* (elaborate sulla base di entrambe le opere or ora menzionate) e il *Brachylogus* scritto nei pressi di Orléans (cfr. *supra*, p. 50, nota 49). Queste opere mostrano chiaramente il metodo scolastico (che, nelle più antiche per lo meno, non può esser fatto derivare dall'influenza dei Glossatori), e quella tendenza dialettico-sistematica che restò caratteristica tipica della giurisprudenza fiorita nella terra d'origine della Scolastica europea.

2. Mentre ancora l'Università di Tolosa, al tempo della sua fondazione dopo la Crociata contro gli Albigesi (1235), non ha da offrire legisti — maestri, cioè, del *Corpus* giustiniano —, per Parigi le prime notizie di una proibizione dello *studium civile* per il clero regolare e secolare in cura d'anime risalgono fino al 1131 <sup>(93)</sup>; d'altronde, il celebre divieto d'Onorio III (del 1220) presuppone esplicitamente che si tenessero, ormai da molto tempo, lezioni di diritto romano. Per quanto riguarda Montpellier lo studio del diritto romano a partire dalla fine del XII secolo è testimoniato da tre diversi fatti: la lunga permanenza in quella città del Piacentino, un privilegio per il vescovo

<sup>(90)</sup> Cfr. *supra*, pp. 495, note 47, 49; KANTOROWICZ, *Studies*, partic. pp. 112 ss.

<sup>(91)</sup> GENZMER, *Kod.*, pp. 415 ss., 394 (sugl'inizi delle distinzioni presso i longobardisti, le *quaestiones* di Anselmo di Canterbury, Abelardo e Irnerio); sui prototipi per le *Distinctiones* dei Glossatori cfr. *Acta congressus iur. int. Romae*, II, 1935, pp. 343 ss.; KANTOROWICZ, *Studies*, pp. 214 ss. e *passim*.

<sup>(92)</sup> KANTOROWICZ, *op. cit.*, pp. 214 ss. e *passim*; NRevHist., IV S., XVI (1938), pp. 588 ss.

<sup>(93)</sup> SAVIGNY, III<sup>1</sup>, pp. 314 ss.; DENIFLE, pp. 41 ss., 64-130; TRUSEN, *Die Anfänge d. gelehrten Rechts in Deutschland*, Wiesbaden, 1962, pp. 14 ss., 17; e, soprattutto, MEIJERS, *Etudes d'histoire du droit*, III, 1, A, *L'enseignement du droit dans trois Universités du XIII siècle*, Leiden, 1959.

di Maguelonne <sup>(94)</sup> e una bolla di papa Niccolò IV. Poco più tardi s'impose Orléans come luogo d'attività dei famosi giuristi *ultramontani* Jacques de Révigny (*Jacobus de Ravanis*) e Pierre de Belleperche (*Petrus de Bellapertica*). Questa stessa scuola, della quale si hanno testimonianze a partire dal 1236 <sup>(95)</sup>, giunse nel corso dello stesso XIII secolo al suo pieno splendore <sup>(96)</sup>; a stare ad un privilegio di Clemente V del 1305 essa era in quell'epoca già da molto tempo famosa come scuola di *utrumque ius*, ma — soprattutto — di diritto romano. Per quanto riguarda l'Inghilterra la presenza, così feconda, di Vacario ad Oxford (1139-1149) <sup>(97)</sup> è la prova del precoce insegnamento e della esistenza d'una dottrina del *ius civile* in un'Università ecclesiastica.

3. Il forte influsso della Scolastica francese e la tendenza alla sistematizzazione della materia vengon solitamente posti in rilievo come caratteristiche proprie del metodo degli Ultramontani <sup>(98)</sup>; caratteristiche che generalmente si spiegano con lo

<sup>(94)</sup> SAVIGNY, III<sup>4</sup>, pp. 354 s.; per Montpellier, tra i successivi contributi, cfr. DENIFLE, pp. 340-357.

<sup>(95)</sup> SAVIGNY, III, pp. 372 s.; MEIJERS, *Et.*, III, pp. 27 ss. Secondo la testimonianza del Privilegio di Clemente V (1305) questa scuola sarebbe già stata da tempo famosa come scuola di *utrumque jus* e specialmente di diritto romano. Su altre Università francesi cfr., seppur frammentariamente, SAVIGNY, *vol. ult. cit.*, pp. 374-378. DENIFLE, pp. 270 ss. (Angers), 325 ss. (Tolosa), 357 ss. (Avignone, Cahors, Grenoble); per Tolosa cfr. MEIJERS, *op. cit.*, III, pp. 174 ss.

<sup>(96)</sup> SAVIGNY, III<sup>4</sup>, pp. 369 ss.; DENIFLE, pp. 251-269; MEIJERS, *Tijdschr.*, I (1918-19), pp. 108 ss., 443 ss.; II (1920-21), pp. 460 ss. (ripubblicato in: *Etudes*, cit., III, pp. 3-148); FEENSTRA, *Annali Fac. Giur. Genova*, III (1964), pp. 451 ss.; PARADISI, *SDHI*, XXVI (1960), pp. 347 ss.; uno squarcio di panorama è offerto dagli *Actes du Congrès sur l'ancienne Université d'Orléans (XIII-XVIII siècle)*, Orléans, 1961.

<sup>(97)</sup> SAVIGNY, IV<sup>2</sup>, pp. 111; SCRUTTON, *The Influence of the Roman Law of England*, Cambridge, 1885; DENIFLE, pp. 237 ss.; VINOGRADOFF, pp. 74 ss.; GENZMER, *Kod.*, pp. 413 s.; KOSCHAKER, pp. 132 s., 213; LIEBERMANN, *Engl. Hist. Rev.*, XI (1896); HAZELTINE, *Law Quart. Rev.*, XLIV (1928), pp. 344 ss.; DE ZULUETA, *The « Liber Pauperum » of Vacarius*, London, 1927, pp. 1 ss.; PLUNCKNETT, *Early English Legal Literature*, Cambridge, 1958; ULLMANN, *St. Bartolo*, I, pp. 47-73.

<sup>(98)</sup> Su questa materia cfr. partic. KANTOROWICZ, *Studies*, pp. 112 ss.; CALASSO, *Mem. Koschaker*, II, pp. 3 ss.; sulla differenza del clima politico e intellettuale cfr. le penetranti pagine del PARADISI, *St. Bartolo*, I, pp. 395 ss. Gli Ul-

stretto legame dello *studium civile* francese con la formazione scolastica dei chierici, e — per quanto riguarda Parigi — anche con la vicinanza fisica della roccaforte della Scolastica. Non solo sotto questo speciale profilo metodologico, però, emersero, insieme ad un vigoroso reciproco scambio culturale, diversità e polemiche tra italiani e ultramontani; ad attizzar le quali concorrevano anche una generica gelosia (sempre presente nei rapporti tra queste due nazioni latine) e, a far data dalla fine del Duecento, contrasti in materia di politica ecclesiastica. Nel quadro della formazione dell'*utrumque ius* romano-canonico e per la teoria tardo-medievale della sovranità e della legalità, la giurisprudenza francese — legata, com'essa fu, all'emersione politica dello Stato monarchico nazionale — si pose, fin dal XIII secolo, come un fatto culturalmente egemone.

V. I. Una caratterizzazione generale della scienza giuridica italo-francese nel Medioevo potremo averla, attingendo, non già dalla tradizione — spesso aneddotica e leggendariamente biografica — formatasi intorno alla storia della scuola, ma da quelle opere nate prevalentemente dall'insegnamento e che presto hanno raggiunto un loro autonomo valore letterario per via della diffusione dei relativi manoscritti fuori dell'ambito di Bologna <sup>(99)</sup>. Gran parte di queste opere è ancora inedita, un'altra parte è stata edita in modo assai fallosso molto tempo fa <sup>(100)</sup>. Un giu-

---

tramontani, sotto l'influsso del clero e della dialettica scolastica, sono — politicamente e culturalmente — più arditi e più rivoluzionari, i *Consiliatores* essendo « borghesi » (it. nel testo originale, Ndt), mantengono — nei rivolgimenti culturali del XIII secolo — un atteggiamento più conservatore, e, perciò, più strettamente legato ai singoli testi interpretati. Sul superamento del nominalismo proprio della Scolastica francese ad opera di Bartolo cfr. anche CALASSO, *Il negozio*, cit., pp. 285.

<sup>(99)</sup> Per la Germania è ora da vedere COING, IRMAE, § 4 (con ulteriori ragguagli); per la Svizzera: STELLING-MICHAUD, *Catalogue des manuscrits juridiques (droit canon et droit romain) de la fin du XII siècle* ecc., Genève, 1954. Sulle condizioni di confezione e di vendita dei manoscritti a Bologna STELLING-MICHAUD, *L'Université de Bologne et la pénétration* ecc., Genève, 1955 (sulla copiatura, il prestito e il trasporto in patria dei manoscritti stessi) BOHATEC, *Zur Geschichte der « Stationarii » von Bologna*, Eos, 48, 2, Varsavia, 1957, pp. 241 ss.

<sup>(100)</sup> Su questa incerta situazione per quanto attiene alla documentazione son da leggere le suggestive pagine del KUTTNER, *Ein Jahrhundert nach Savigny*:

dizio sicuro sarebbe consentito solo sulla base d'un inventario esaustivo e d'un'elaborazione di tutto il materiale (còmpiti, questi, da riservarsi ad alcuni pochi specialisti); poichè le creazioni della scienza giuridica medievale — così formalistiche, così legate alle loro *auctoritates*, ed in più costrutte con tanta raffinatezza stilistica ed estremamente complesse da un punto di vista metodico — mal sopportano ogni giudizio generalizzante <sup>(101)</sup>.

Posta questa riserva, può forse cogliersi una linea di sviluppo <sup>(102)</sup> dalle esegesi analitiche dei singoli testi e dagli schemi problematici (ereditati dalla Scolastica) delle *Quaestiones* <sup>(103)</sup> e delle *Controversiae* <sup>(104)</sup> (a partire dal 1152) verso forme espositive più sintetiche tra le quali son da annoverare in primo luogo le *Summae* <sup>(105)</sup>. Anche la *Summa* è solamente un'esposizione predissequa dei testi giuridici giustiniani, o d'una parte soltanto del Digesto (*Digestum vetus, infortiatum, novum*) e perciò non assurge al valore di opera sistematica (cfr. *supra*, p. 75). Pure

---

*Wege der mediävistischen Forschung* (Mainzer Rechtshistorikertag 1962), relazione pubblicata in ZSS, RA, LXXX (1963), pp. 531 s.

<sup>(101)</sup> Sulla caratteristica generale si può ancora rinviare in primo luogo al SAVIGNY, V<sup>2</sup>, pp. 221 ss.; cfr. anche: GENZMER, *Kod.*, pp. 380 ss.; CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 521-555. Una più diretta impressione dell'ambiente della giurisprudenza medievale può trarsi dalla lettura di monografie specialistiche, tra le quali — per esempio — cfr. LANGE, *Schadenersatz*, cit.; DILCHER, *Die Theorie d. Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren u. Kanonisten*, Frankfurt, 1960.

<sup>(102)</sup> Certo, il fatto che — spesso in un modo privo d'organicità e di sistema — le figure interpretative fossero recepite dalla più generale cultura delle *Artes* e dalla teologia, può far dubitare dello sviluppo chiaro e intimamente coerente d'un autonomo metodo giuridico. Ma generalizzazioni di tal genere erano già presenti nella letteratura del secolo XI.

<sup>(103)</sup> SAVIGNY, V, pp. 230 ss.; GENZMER, *Kod.*, pp. 415 ss.; KANTOROWICZ, *Studies*, pp. 33 ss.; GENZMER, *Gedächtnisschr. E. Seckel*, Berlin, 1927, pp. 1 ss.; SCHULZ, in: *Atti Congr. intern. dir. rom. Verona, I*, Milano, 1953, pp. 295 ss.

<sup>(104)</sup> SAVIGNY, V, pp. 63 s.; GENZMER, *Kod.*, *passim* (secondo il quale già a questo punto si profila l'ideale d'un'armonizzazione dogmatica).

<sup>(105)</sup> GENZMER, *Kod.*, pp. 403 ss. (prima la *Summa Codicis* di Rogerio dall'anonima *Trecensis* [*op. cit.*, p. 408]: SAVIGNY, IV<sup>2</sup>, pp. 214 ss., ediz. PALMIERI, *Bibl. Iur. M. Aevi*, I, 2, Bologna, 1913-14, pp. 47-233). La (presunta) *Summa Institutionum* d'Irnerio, ed. FITTING, Berlin, 1894; cfr. ZSS, RA, XXXVI (1915), pp. 391 ss.; sulla sua (supposta) *Summa Codicis*, ZSS, RA, XVII (1896), pp. 1 ss.; sulla *Summa Perusina* cfr. PATETTA, BIDR, XII (1900), pp. v ss., 1 ss. (edizione).

essa tende già ad estrapolare dall'esegesi alcune regole generali (*notae, generalia, brocardae*) <sup>(106)</sup>; in questo senso è degna di nota la circostanza che già Bulgaro commentasse in modo autonomo il titolo D. 50. 17 *De diversis regulis iuris antiqui* <sup>(107)</sup>. Queste forme espositive, verosimilmente, si collocano una accanto all'altra in modo disorganico; non possono avere, cioè, agli occhi dello studioso moderno che le esamina, alcun preciso significato; tanto più che esse sono note in ugual misura, in questa stessa epoca, a teologi grammatici e filosofi: ond'è che non possono essere interpretate come espressione d'una specifica scelta metodologica dei giuristi.

Accanto all'esposizione teorica del diritto giustiniano si continua però a redigere quei manuali d'uso pratico già conosciuti dall'*ars dic-taminis*, come le *Formulae tabellionum* d'Irnerio o la *Summula de pugna* (sul duello giudiziario) di Ugo <sup>(108)</sup>.

2. Le glosse sono, evidentemente, il prodotto dell'insegnamento dei Glossatori. Questo *mos italicus* (che fu chiamato così, più tardi, in contrapposizione al *mos gallicus*, più storico e sistematico, che prese il nome dagli Umanisti francesi) ha dominato le Facoltà giuridiche europee fino a dopo la fine del Medioevo e all'instaurarsi dell'*Usus modernus* (cfr. *infra*, pp. 126 s., 241 s.). Siamo esaurientemente informati di tutto ciò attraverso ragguagli relativi alla storia della scuola, attraverso le opere nate dall'insegnamento e attraverso la mordace polemica che contro quel *mos* condussero i suoi tardi critici umanisti <sup>(109)</sup>.

Oggetto delle lezioni erano le tre parti del *Corpus Juris*, a cui corrisposero, fino al XVII secolo (cfr. *infra*, pp. 313 s.) le tre tradizionali cattedre: di Istituzioni di Codice e di Pandette <sup>(110)</sup>.

---

<sup>(106)</sup> GENZMER, *Kod.*, pp. 403 ss.; da ultimo STEIN, *Regulae*, cit., pp. 131 s., 144 s.

<sup>(107)</sup> Su questo e, in generale, su altri simili commenti glossatori, cfr. GENZMER, *Kod.*, pp. 393 ss.; STEIN, *op. ult. cit.*, pp. 132 ss.

<sup>(108)</sup> SAVIGNY, IV<sup>2</sup>, pp. 169 s.; altri esempj son reperibili in GENZMER, *Kod.*, pp. 403 s.: *Summa de actionibus* (ed. PALMIERI, cit. *supra* alla nota 105, III, pp. 11 ss.); *Summa de successionibus* (ed. PESCATORE, *Incerti auctoris S.d.s.*, Berlin, 1889).

<sup>(109)</sup> Cfr. *infra*, pp. 125, 236 s.

<sup>(110)</sup> COING, IRMAE, §§ 19, 21, 23; cfr. *infra*, pp. 313 s.

L'insegnamento delle Pandette si suddivideva, poi, secondo un'antica, ed in origine casuale ed estrinseca, suddivisione dei manoscritti, in *Digestum vetus, infortiatum* e *novum* <sup>(111)</sup>. In particolare la lezione, per le ragioni che abbiám già detto prima, moveva da un progressivo chiarimento di singoli testi (*loci*); è in questo senso significativo che non abbia sicuramente mai avuto luogo una scelta di questi testi alla stregua di un loro interesse « oggettivo ». Le operazioni, divenute da gran tempo affatto usuali, di cui si componeva l'esegesi sono sintetizzate nella descrizione (certamente assai tarda) contenuta in un espressivo distico del Mofa (1547)

*promitto, scindo, summo casumque figuro  
prolego, do causas, connoto objicio* <sup>(112)</sup>.

Si giustappongono, in questo modo, procedimenti filologici, analitici e sintetici. È filologica la lettura del brano (*prolectio*) con l'indicazione delle varianti e la scelta di quella migliore; analitico è lo *scindere* (la scomposizione logica dei problemi posti dal testo esaminato), l'esemplificare (*casum figuro*) e il *dare causas* (che utilizza le quattro *causae* aristoteliche: cfr. *supra*, p. 73 nt. 55). Operazioni di sintesi sono la *summatio* (generalizzazione e formazione delle *regulae*), la *connotatio* (il collegamento, cioè, dei *cognata* e dei *similia*: sostanzialmente il ragionare alla stregua dell'analogia) e la soluzione delle obiezioni (*objicio*) attraverso lo strumentario dialettico costituito dalla *distinctio*, dall'*amplificatio* e dalla *limitatio* il cui armonico impiego deve inserire il testo, ormai privo di contraddizioni, nell'insieme dell'edificio dottrinale.

Nella misura in cui la tradizione scolastica si accumulava e le figure logiche — conformemente allo stile culturale proprio del Basso

<sup>(111)</sup> Sul fondamento della tripartizione della *Vulgata* cfr. KRETZSCHMAR, ZSS, RA, XLVIII (1928), pp. 88 ss.; ID., *Mittelalterliche Zahlensymbolik u. d. Einleitung d. Digestenvulgata*, 1930; *contra* KANTOROWICZ, ZSS, RA, XLIX (1931), 56 ss.; JUNCKER, ZSS, RA, LI (1933), pp. 586 ss. e, con gran ponderazione, GENZMER, *Kod.*, pp. 369 s.

<sup>(112)</sup> STINTZING, I, p. 109, nota 1 dove son riportate le ruvide invettive del Freigius (Frey) ancora nel 1574. È esauriente anche il KOSCHAKER, 122 s. (con ulteriori ragguagli); CALASSO, *Medio Evo*, cit., p. 594. Su operazioni simili nell'esegesi teologica cfr. *supra*, in questo stesso paragrafo, alla nota 58.



Medioevo — si ramificavano in modo via via più elaborato e si sviluppavano, quel processo esigeva un tempo sempre maggiore per venire applicato, e diventava così più laborioso. Dal XV secolo esso incontrò la critica sprezzante degli Umanisti, e dovette soccombere alle riforme d'insegnamento connesse all'*Usus modernus* e dettate dalle esigenze della pratica.

3. I Glossatori, però, con questa loro forma d'insegnamento, hanno creato quel metodo, che pure è rimasto — fino ad oggi — il metodo d'indagine proprio dei giuristi. Il risultato dell'applicazione di questi procedimenti ermeneutici (che sono impressi ormai, attraverso l'opera d'innomerevoli generazioni, nella mente d'ogni giurista europeo) era anzitutto una padronanza dei testi romani della cui perfezione il giurista moderno non è più in grado di rendersi ben conto; ma costituiva anche, nel contempo, un addestramento a quella penetrazione logica dei problemi giuridici ch'è sopravvissuta quasi immutata fino ad oggi nello stile con cui il giurista costuma discutere i casi proposti, argomentare ed esporre (uno stile che, talvolta, scandalizza l'uomo di cultura non-giurista, ai cui occhi l'applicazione casuistico-analitica dei procedimenti argomentativi propri della logica formale s'identifica ormai con l'essenza stessa del pensiero del giurista). La tanto spesso vituperata fragilità di quello stile — che può esser compensata solamente dall'intuito pratico e dall'amore per la giustizia — consiste anzitutto nella tendenza a sostituire la razionalità reale (radicata nella concretezza) e la giustizia col culto dell'autorità e del formalismo logico. Ma, sottolineando questa debolezza, si finisce col tenere in minor conto il suo, magari non vistoso, ma solitamente certo non sopravvalutato merito d'aver reso funzionante la società europea dell'Età moderna. I Glossatori, per primi in Europa, hanno appreso dai grandi giuristi romani l'arte di dirimere le controversie sorgenti nella convivenza umana, non sulla base di consuetudini irrazionali o col ricorso alla violenza, ma mediante la razionale discussione tra giuristi di problemi tecnici correttamente impostati, ed applicando un complesso di regole generali fondate sulla corretta soluzione di quei problemi. Questa nuova prospettiva, che i giuristi hanno assunto per la loro opera, ha giuridicizzato e razionalizzato per sempre la vita pubblica in Europa; per questo verso la cultura

europea è diventata la sola cultura legalistica della Terra. Col determinare un principio razionale in grado di poter sostituire la decisione violenta dei conflitti umani (per lo meno all'interno degli Stati) la giurisprudenza ha elaborato uno dei presupposti essenziali per la stabilizzazione di quei fattori materiali di civiltà (in particolare: dell'arte di governo, della razionalizzazione della vita economica e perfino del dominio tecnico della natura) che sono propri dell'Età moderna.

4. In questo modo i Glossatori son diventati i padri della giurisprudenza europea. Per via dell'importanza assunta dalle Università nel sistema delle forze culturali e nella vita pubblica del Medioevo, la loro opera ebbe incalcolabili effetti sul piano politico e sociale. Nel volger di pochi secoli i maestri di diritto italiani e francesi educarono un autentico esercito di specialisti che cominciarono ad esercitare una sorta di monopolio tecnico nella diplomazia, nell'amministrazione e nella funzione giurisdizionale. Già dal XII secolo i rampolli delle classi dirigenti, i giovani dell'alto clero e — più tardi — anche i migliori ingegni di fra i popolani affluirono in questa *élite*. Accanto alla forma di cultura fino ad allora in auge — che era la carriera scolastica clericale (con la preparazione di base offerta dalla scuola *in artibus*) — si poneva, ora, lo *studium civile*; accanto al chierico, che era fino ad allora stato l'unico intellettuale che il Medioevo avesse conosciuto, si poneva, ora, il giurista — o *legista* <sup>(113)</sup> — che, alla fine, divenne (ed è rimasto fino ad oggi) il detentore del monopolio d'un'amministrazione razionale e dell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Questi effetti immensi non sono per noi più facili a comprendersi di quanto lo siano i loro presupposti culturali (cfr. *supra* pp. 67 ss.). Anche se, da un punto di vista storico, può ben dirsi che lo studio del diritto sia derivato dal bisogno di offrire, a chi doveva amministrar

---

(113) Sul venire in uso del termine *giurista* e sul relativo « tipo professionale » nell'Europa Centrale fin dagli inizi del XIV secolo è fondamentale lo scritto del GENZMER, Mem. Koschaker, I, pp. 253 ss.; e, più di recente, quello del COING, IRMAE, §§ 8, 10, 24-26; cfr. anche *infra*, pp. 166 ss.; o sul suo rapporto col termine *chierico* cfr. *infra*, *loc. ult. cit.*, nota 67.

la giustizia, una adeguata preparazione pratica <sup>(114)</sup>; certo i Glossatori in generale non hanno esercitato un infusso diretto sulla legislazione delle città italiane, nè hanno cercato un'immediata applicazione delle loro teorie nei diritti locali; pur se le varie potenze politiche hanno per tempo cercato di ottenere una sorta di legittimazione « spirituale » dai giuristi.

Così Irnerio fu chiamato da Enrico V ad offrire argomenti alle sue pretese politiche, e lo stesso accadde ai Quattro Dottori ad opera del Barbarossa e ad altri giuristi da parte della Curia papale e dei Comuni <sup>(115)</sup>.

È difficile credere che simili effetti siano stati conseguiti da una dottrina nata nella scuola e tutta tesa a riscoprire le verità nascoste in antichi testi per gran tempo dimenticati. Per convincersene, basta pensare agli enormi rivolgimenti che, nella società occidentale, sono stati provocati dalle divergenti interpretazioni della Sacra Scrittura. Per questo il Savigny, dando prova della sua grande acutezza d'intuizione, chiamò i Glossatori « riformatori libreschi » (della vita del diritto) <sup>(116)</sup>. La forza dirompente di questo processo culturale trovava il proprio fondamento nell'incondizionata autorità spirituale che la parola in quanto tale esercitava sull'uomo del Medioevo <sup>(117)</sup>; ma quella forza trovò modo di sprigionarsi del tutto solamente attraverso i grandi mutamenti — politici sociali ed economici — che la società europea subì nel corso del XIII secolo.

Il successo dei Glossatori nel loro contesto storico trovò la sua effettiva consistenza nel fatto che il *Corpus Juris* — tornato per opera loro ad esser concretamente fruibile — fu l'unico nucleo d'ordinamento giuridico che tutti sentirono comune nel travaglio politico e costituzionale del Basso Medioevo italiano. Nella società comunale italiana il diritto romano rappresentò, nei confronti della miriade degli statuti locali, una forza « pubblica » che dava autorità ad ogni parola che il giurista proferisse; e rappresentò anche l'unica istanza a cui poteva riconoscersi una stabilità che trascendesse il piano delle fazioni <sup>(118)</sup>. Ed anche fuori

<sup>(114)</sup> Cfr. *supra*, in questo stesso paragrafo, nota 32.

<sup>(115)</sup> Cfr. *supra*, in questo stesso paragrafo, nota 80.

<sup>(116)</sup> SAVIGNY, V, p. 224.

<sup>(117)</sup> Autorità che del resto trova ancora fino al presente un posto nel dominio della (pur secolarizzata) ideologia politica e sociale: in generale cfr. WIEACKER, *Die Fortwirkung*, cit., pp. 94 s., ed anche *infra*, pp. 412 ss.

<sup>(118)</sup> Su questo cfr. ENGELMANN, *Wiedergeburt*, cit., pp. 22 s., 62 ss. e *passim*; CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, pp. 15 ss.

d'Italia l'infinito frazionamento e la sostanziale incertezza dei diritti locali fece presto emergere l'esigenza d'un diritto che fosse generale, comprensibile, accertabile con precisi strumenti ermeneutici e certo. Queste esigenze son rimaste, fino alle soglie dell'epoca nostra, motivi dominanti nella storia giuridica d'Europa e di Germania.



## LA CANONISTICA E IL SUO INFLUSSO SULLA SCIENZA GIURIDICA PROFANA

I. Notazioni preliminari e limiti dell'indagine. — II. L'ordinamento giuridico della Chiesa e la scienza canonistica. — III. Influssi del diritto della Chiesa sul diritto « profano ». — IV. Il rapporto tra diritto canonico e diritto romano.

I. In tutto il Medioevo la Chiesa fu la potenza spirituale di gran lunga più significativa, l'organizzazione ad un tempo più chiusa e più estesa, e il suo ordinamento interno — senz'ombra di dubbio — il più forte. Il significato di questo ordinamento va al di là dei limiti propri d'una storia del diritto privato; e perciò non può esser oggetto — in questa specifica sede — d'uno studio che pretenda di coglierne le linee d'insieme <sup>(1)</sup>. Ma anche l'in-

---

(<sup>1</sup>) Delle trattazioni generali relative allo sviluppo storico del diritto canonico e della scienza canonistica potremmo ricordare: SCHULTE, *Geschichte der Quellen u. Lit. d. can. Rechts v. Gratian bis auf die Gegenwart*, 2 voll., 1875-77, rist., Graz, 1956; R. SOHM, *Kirchengeschichte im Grundriss*<sup>18</sup>, 1913; FEINE, *Kirchliche Rechtsgeschichte*; PLÖCHL, *Gesch. d. Kirchenrechts*, I, 2, *Das erste christliche Jahrtausend*, Wien-München, 1955; LE BRAS (a cura di), *L'histoire du droit des institutions de l'Eglise d'Occident* (il I vol. è stato tradotto in italiano: LE BRAS, *La Chiesa del diritto*, a cura di F. MARGIOTTA BROGLIO, Bologna, 1976); KUTTNER, *Repertorium der Kanonistik*, I, Città del Vaticano, 1937; per ulteriori integrazioni cfr. FEINE, p. 281. Per le questioni generali: KUTTNER, *Methodological Problems concerning the History of Canon Law*, 1945; ID., *The scientific Investigation of medieval Canon Law: the Need and the Opportunity*, 1949; ID., *Problemi di metodologia nella storia del diritto canonico*, *Annali*, I, pp. 137 ss., e gli ulteriori contributi dell'Institute of Research and Study in Medieval Canon Law di Washington diretto dallo stesso Kuttner, tra cui anzitutto *Traditio*, I, pp. 429 ss. Sull'influsso della scienza canonistica e della concezione del diritto propria della Chiesa sugli istituti giuridici e sulle legislazioni dell'Europa medievale, cfr. GÄGNER, pp. 288-366.

flusso, per dir così, « interno » che, nel Medioevo, l'ordinamento della Chiesa esercitò sul diritto « profano » fu così grande, che, senza conoscerlo, non sarebbe possibile intender pienamente nemmeno la storia del diritto privato. Quest'influsso, però, fu così vario e così difficilmente valutabile, che si rende necessario in primo luogo un chiarimento, pur nei modi suggeriti dall'economia della nostra trattazione <sup>(2)</sup>.

1. Preliminarmente è necessario tener distinti gl'influssi permanenti che in generale l'ordinamento giuridico della Chiesa poteva avere da quelli che, in particolare, esercitò la scienza canonistica al suo sorgere nel XII secolo. Entrambi questi influssi poterono esercitarsi, sia per l'autorità di cui disponeva la Chiesa che per la mancanza di una solida struttura giuridica statale, anche sui rapporti giuridici facenti capo ai laici in una misura che neppure approssimativamente può paragonarsi all'influenza che l'ordinamento interno della Chiesa ha sul diritto positivo dello Stato moderno. Un tempo rientravano nell'ambito di disciplina del diritto canonico molti rapporti che oggi appartengono — interamente o prevalentemente — al diritto « secolare ». Questo, anzitutto, accadeva — specialmente a partire dal IV Concilio Lateranense (1215) — per le norme in materia matrimoniale, più tardi per le norme sulle corporazioni e fondazioni ecclesiastiche e sui testamenti; vi si aggiungeva gran parte della normativa sui diritti reali immobiliari e mobiliari quando ne fosse titolare la Chiesa stessa o le istituzioni da essa derivate. A parte queste ipotesi d'immediata e necessaria applicazione dell'ordinamento canonico (che non possono formar oggetto di questa nostra trattazione), la concezione giuridica medievale tenne ferma

---

(2) Su quanto verremo dicendo in queste pagine cfr. TRUSEN, pp. 13 ss. e *passim*; COING, IRMAE, cit., part. §§ 5, 16, 21, 25 e *passim*; LEFEBVRE, in: *Ephemerides Juris Canonici*, XXI (1965), pp. 5-35 (con ulteriori ragguagli). Il carattere complesso, e poco suscettibile d'un'esposizione d'insieme, di questa sintesi ci aveva indotto a tralasciare del tutto la Canonistica nella precedente edizione di questo libro. Con riguardo all'unità della scienza giuridica in generale ed in particolare alla comprensione della cosiddetta prima recezione (cfr. *infra*, pp. 105 s. e 161 ss.) essa può esser anche tralasciata in una storia generale del diritto privato « profano ».

la distinzione tra diritto della Chiesa e ordinamento « secolare », che si espresse nella differenziazione tra legisti e canonisti, *jus civile* e *jus canonicum* ed ancora nella formula *utrumque jus* (sovravvissuta fino ad oggi nella qualificazione di taluni titoli di dottorato).

L'ordinamento del sacramento della Penitenza e la decisione pastorale sull'assoluzione in confessione, come appartenente al *forum internum*, non è — malgrado la oggettiva normazione e la progressiva giuridicizzazione proprie entrambe del Basso Medioevo — non è, dicevo, parte integrante dell'ordinamento giuridico della Chiesa; per quanto grandi possano essere stati gli effetti che questo *forum conscientiae* può aver sortito nella formazione del contenuto sostanziale del diritto penale e del diritto delle obbligazioni specie per la materia contrattuale e per i fondamenti di quella *aequitas* che tanta parte ebbe nell'opera dei tribunali medievali (cfr. *infra*, p. 102). Lo stesso discorso vale per la teologia morale nel suo complesso; che proprio la Chiesa medievale — così profondamente « giuridicizzata » — cominciò a distinguere in modo netto dal diritto canonico.

2. Ancor maggiore fu l'influsso indiretto dell'ordinamento interno della Chiesa (e del *forum internum*) sulla elaborazione concettuale, sulla terminologia giuridica « profana », sulle regole processuali anche nelle materie « civili » e sul metodo della scienza giuridica. Anche in questo caso son da tener distinti gli effetti del diritto canonico dell'epoca più risalente, quelli della scienza canonistica e quelli della teologia morale; e — per altro verso — quelli esercitati sul diritto « profano » nel suo complesso da quelli più specifici sulla scienza giuridica dei Glossatori e dei *Consiliatores*.

Per contro restan fuori del nostro discorso gl'influssi di verso contrario (anch'essi assai importanti), che nel Medioevo gli ordinamenti giuridici « profani » in generale e più in particolare lo *studium civile* ebbero sul diritto canonico: ne restan fuori per via della loro appartenenza alla storia dell'ordinamento della Chiesa.

II. 1. Contrariamente al diritto « profano » l'ordinamento giuridico della Chiesa, già nell'Alto Medioevo, poteva fondarsi sur una tradizione ch'era assicurata dall'uso della scrittura dalla consuetudine alla documentazione e dalla scuola. I fondamenti di questa tradizione erano offerti dalle fonti scritte e dagli atti



di normazione della Chiesa fin dai suoi inizi: la Sacra Scrittura e i Padri; le risoluzioni conciliari e sinodali; i canoni e le decretali pontificie; infine le leggi imperiali e i capitolari franchi in materia ecclesiastica (3). Solo nell'ultima età merovingia e carolingia la purezza della tradizione s'offuscò (4); ed anche il fervore della riforma cluniacense e della lotta delle investiture non fu dapprima favorevole alla certezza e all'affidamento che la tradizione poteva offrire. Così, a differenza di quel che accadde allo *studium civile*, la missione della rinnovata scienza del diritto canonico fu rivolta non già a riscoprire una tradizione, ma a darle un ordine estrinseco e una coerenza culturale movendo dalla sua (pur se attenuata e confusa) continuità (5).

2. Per tutto questo i tempi furon maturi quando il rinnovamento della Chiesa, attraverso il movimento cluniacense e Gregorio VII, risolleò il prestigio pontificio, e la Curia richiamò l'intera Chiesa d'occidente a rivedere la propria struttura e le proprie norme. Allora per la prima volta sorse una vasta « Chiesa del diritto » e una struttura giuridica centralizzata e curiale, che pretendeva in guisa uniforme ossequio da tutto l'Occidente e cominciava ad affermare progressivamente la propria autorità. E non certo per caso il decollo e la definitiva affermazione d'una scienza giuridica avente a suo specifico oggetto l'ordinamento della Chiesa — scienza che, dal termine *Canon* già prima usato ad indicare gli atti normativi della Chiesa stessa, prese il nome di Canonistica — non per caso, dicevo, quel decollo e quell'affermazione si ebbero nei due secoli che videro il predominio della Cattolicità medievale: da Graziano (1140) alla fine dell'elaborazione del *Corpus Juris Canonici* (1317) (6).

---

(3) FR. MAASSEN, *Gesch. d. Quel. u. d. Lit. d. Canonischen Rechts im Abendlande*, I, *Die Rechtssammlungen bis zur Mitte D. 9. Jhs*, rist., Graz, 1956; FOURNIER-LE BRAS, *Hist. des collections canoniques en Occident depuis les fausses Décrétales jusqu'au Décret de Gratien*, Paris, 1931-32.

(4) FEINE, I, pp. 150 ss., 154 ss.; MOR, *Mem. Koschaker*, II, pp. 13 ss.

(5) FEINE, I, pp. 270 ss.

(6) Su Graziano possono ora utilmente consultarsi i volumi degli *Studia Gratiana post octava Decreti saecula* (a cura di FORCHIELLI e STICKLER, Bologna,

In accordo con la scienza giuridica « profana » del suo tempo, la Canonistica non era — anzitutto —, nella sua sostanza, il risultato diretto di atti di normazione canonica, ma costituiva — piuttosto — un lavoro scientifico tendente a raccogliere (per assicurarne la conservazione) e a penetrare (per farne oggetto d'una più piena comprensione) una tradizione facilmente reperibile. Un siffatto lavoro l'aveva già compiuto, seppur con esiti di volta in volta diseguali, l'insegnamento teologico in tutti i secoli della Cristianità. Ciò non ostante, l'elaborazione scientifica delle fonti giuridiche canoniche non s'era fino a quest'epoca distinta dalle altre discipline — come la teologia morale o quella dogmatica — in modo così netto, che si potesse parlare d'un'autonoma scienza giuridica nell'ambito della cultura ecclesiastica. Il *Decretum* di Ivone di Chartres e il *Sic et Non* di Abelardo (1120) col suo istruttivo prologo, utilizzano ancora — per dare ordine ed armonia ai dati offerti dalla tradizione — procedimenti specificamente filologici e retorici.

La nascita d'una siffatta scienza, invece, rappresentò un nuovo atteggiamento spirituale che si pose, nei confronti dell'idea d'una istituzione ecclesiastica universale, in modo affatto analogo a come l'emergente Scuola dei Glossatori si poneva — nel suo ordine « secolare » — nei confronti dell'idea di Roma.

3. a) Questo passo fu compiuto a Bologna e — com'è ovvio e, d'altronde, facile a dimostrare — sotto l'influsso diretto dello *studium civile* sorto in quella città; quando Graziano, monaco nel monastero camaldolese dei Santi Felice e Nabore, intorno al 1140 elaborò — come strumento per l'insegnamento ecclesiastico — una raccolta sistematica di fonti (?). Questa *Concordantia discordantium canonum* (o *Corpus decretorum*, o, più semplicemente, *Decreta*) diventò — come *Decretum Gratiani* — il fondamento di quella scienza giuridica canonistica

---

1955 ss., in cui son da vedere specialmente i contributi più riassuntivi di LANDGRAF (I, pp. 373 ss.), ARNOLD (I, pp. 453 ss.), EICHMANN-MÖRS DORF (1964), pp. 27, 33 ss. In materia cfr. PARADISI, Annali, I (1957), pp. 517 ss. poi ristampato in ID., *Apologia della storia giuridica*, Bologna, 1973, pp. 273 ss. Ulteriori ragguagli son reperibili in FEINE, pp. 277 e 281 ss.

(?) FEINE, p. 276.

da Graziano stesso professata ancora come *Practica externa* teologica.

b) L'utilità propriamente giuridica della compilazione graziana, al di là dell'estrinseca ordinazione sistematica del materiale raccolto, risiede nell'aver autonomamente dedotto principî (*distinctiones*), fattispecie (*causae*) e problemi (*quaestiones*) giuridici dalle fonti che Graziano desunse di massima dalla tradizione della Chiesa (che fino ad allora non era stata esaminata da questo particolare punto di vista giuridico). Questo metodo di elaborazione del materiale offerto dalla tradizione si rifaceva, evidentemente, alla Scolastica dell'età precedente; in particolare resta aperta la questione se Graziano abbia attinto quel metodo dalle Concordanze di Bertoldo di Costanza, da Ivo di Chartres o da Alger di Liegi o l'abbia desunto direttamente dal prologo del *Sic et Non* di Abelardo<sup>(8)</sup>. L'attività di Graziano a Bologna fa, naturalmente, pensare anche ad un sistematico influsso dei primi Glossatori; ma è difficile fornirne una dimostrazione specifica per via della diversità degli scopi perseguiti dal lavoro esegetico intorno al *Corpus Juris Civilis* da una parte, e, dall'altra, dallo studio d'una tradizione ecclesiastica già per altro verso ben nota.

c) Dall'opera di Graziano prese avvio una Scuola dei Decretisti paragonabile a quella dei Glossatori<sup>(9)</sup>. Ma, come l'opera di Graziano fu in sè più conchiusa e più attuale di quella d'Irnerio, così i Decretisti seguirono in modo più rigoroso e con minore indipendenza la lettera dei *Decreta*. L'allievo di Graziano Paucapalea li completò e cominciò a summarli (1145), Rolando Bandinelli (il futuro papa Alessandro III) e Rufo († 1190) portarono a compimento l'opera (*Stroma* prima del 1159, forse nel 1148). Su questa *Summa* un'altra si basò, opera di Stefano Tornacense (1160). L'odierna storiografia colloca il punto più alto di queste opere nella *Summa* di Uguccione giunta a compimento non prima del 1188<sup>(10)</sup>.

---

(8) FEINE, I, p. 277, nota 1, cfr. anche CONDONARI-MICHLER, *Humanismus*, cit., p. 46.

(9) Soprattutto FEINE, I, pp. 279 ss.; per ulteriori ragguagli cfr. pp. 280-283.

(10) FEINE, p. 280, con ulteriori ragguagli alle pp. 282 s.

d) Parallelamente alle corrispondenti aspirazioni dei Glossatori si cominciò tosto a mettere insieme le glosse, che via via s'eran venute componendo agli apparati canonici, com'erano la *Glossa Patavina* (1210-1215) e la *Glossa ordinaria* di Giovanni Teutonico (dopo il 1215), che Bartolomeo da Brescia rielaborò. Opere di tal genere continuarono ad esser composte fino al 1300 (*Rosarium super Decreto* di Guido da Baisio). Accanto a queste, già da tempo si venivano scrivendo — come nello *studium civile* — monografie e trattati anche in materia di processo canonico. Lo *Speculum iudiciale* del Durante (1271) divenne la più autorevole opera processualistica di tutta la scienza giuridica medievale <sup>(11)</sup>.

e) Questa copiosa attività letteraria andò di pari passo con lo sviluppo dell' *insegnamento* del diritto canonico, che in un primo tempo si uniformava strettamente al procedimento seguito dai Glossatori: esegesi e *summatio* dei singoli testi; studio delle fattispecie (*causae; brocardae*) <sup>(12)</sup>. Ma, in conseguenza del più stretto legame che lo studio del diritto canonico da parte dei chierici veniva a stabilire con la cultura teologica e scolastica, l'influsso dei civilisti francesi e del metodo « ultramontano » crebbe rapidamente <sup>(13)</sup>; ond'è che, proprio per ciò, non ebbe ragione di formarsi alcun antagonismo metodologico tra i canonisti italiani e quelli francesi, come invece era avvenuto nell'ambito dello *studium civile*. Il tipo di canonista, che veniva formandosi a fronte del *legista*, era — per atteggiamento mentale — più prossimo al giurista che al teologo: egli impersonò in realtà il secondo modello di intellettuale-giurista che la cultura medievale fu capace di generare. Da questa schiera uscirono i più ragguardevoli papi dell'epoca: un Alessandro III, un Innocenzo III, un Bonifacio VIII <sup>(14)</sup>, che dettero all'istituzione ecclesiastica una struttura giuridica rigorosa, rispetto alla quale restavano assai indietro gli

<sup>(11)</sup> Cfr. *infra*, p. 196.

<sup>(12)</sup> Sulle caratteristiche dei brocardi in generale cfr. GENZMER, *Kod.*, pp. 428 ss.; su quelli canonistici in particolare cfr. FEINE, p. 279.

<sup>(13)</sup> FEINE, p. 279.

<sup>(14)</sup> FEINE, pp. 283-290 con copiosi ragguagli.

emergenti stati principeschi (nazionali o, comunque, territoriali) ed ancor di più l'Impero ormai decadente.

4. L'ulteriore sviluppo della Canonistica, proprio per queste ragioni affatto diverso rispetto all'itinerario seguito dalla scienza civilistica, fu condizionato da una sempre più nutrita attività di normazione dei Pontefici (*Decretali*). Specialmente Alessandro III (1159-1181) e Innocenzo III (1198-1216), entro e al di fuori dei due grandi Concili lateranensi del 1173 e del 1215, perfezionarono e rinnovarono l'ordinamento giuridico della Chiesa universale. Questa instancabile opera legislativa indusse i canonisti alla compilazione di numerose raccolte — sia private che « autentiche » — tra le quali le cinque cosiddette *Compilationes Antiquae* ottennero un riconoscimento universale. Ma già nel 1230 Gregorio IX incaricò il domenicano Raimondo di Peñafort di compilare una nuova raccolta delle sue decretali; raccolta che, col titolo di *Liber Extra*, venne pubblicata nel 1234. E non bastò: quelle lasciate dai suoi successori — Innocenzo IV (1243-1254) Gregorio X (1271-1276) e Niccolò III (1277-1280) — e che dapprima furono inserite nel *Liber Extra* o vi furono aggiunte a guisa di *Novellae*, vennero nuovamente redatte da una commissione e pubblicate da Bonifacio VIII nel 1298 come *Liber Sextus* (aggiunto, cioè, dopo i cinque del *Liber Extra*). E, alla fine, nel 1317 le ultime decretali di Bonifacio VIII e del suo successore Clemente V (1305-1314) furono raccolte e pubblicate da Giovanni XXII col titolo di *Clementinae*.

Le decretali successive, del XIV e del XV secolo, sono state raccolte ormai solamente in forma privata (« *Extravagantes* »).

Tutte queste raccolte di decretali postgraziane furono commentate (come lo era stata a suo tempo l'opera di Graziano) dai cosiddetti *Decretalisti* <sup>(15)</sup>. Al 1220 risale la Glossa ordinaria di Tancredi alle prime tre *Compilationes antiquae*. La rielaborazione scientifica del contenuto del *Liber Extra* ad opera di Bernardo di Botone (1263), del *Liber Sextus* ad opera di Bartolommeo da Brescia e delle *Clementinae* ad opera di Giovanni d'Andrea († 1348) costituì la seconda (ed anzi, la vera) fioritura della scienza canonistica <sup>(16)</sup>.

<sup>(15)</sup> Sulla letteratura decretalistica cfr. FEINE, pp. 290 ss.

<sup>(16)</sup> Soprattutto FEINE, p. 290.

5. Per l'insieme delle fonti canoniche pubblicate, dal *Decretum* di Graziano fino alle *Clementinae*, venne introdotta, con ovvio significato di correlativo rispetto al *Corpus Juris Civilis*, la denominazione complessiva di *Corpus Juris Canonici*, la quale, però, entrò nella terminologia ufficiale della Curia pontificia solamente con Gregorio XIII (1580). Poco dopo ne comparve un'edizione ufficiale criticamente elaborata (1582), sulla quale si fondano le edizioni uscite da allora in qua <sup>(17)</sup>.

III. 1. Per misurare convenientemente gl'influssi che il diritto canonico ha esercitato su quello civile, bisogna prender le mosse dalle materie che — anche al di fuori delle cose strettamente spirituali — spettavano alla giurisdizione ecclesiastica (*causae spirituales*: matrimonio, testamento, statuto dei beni ecclesiastici, beneficî, giuspatronati, decime; *ius parochiale*: obbligazioni sanzionate da giuramento, interessi ed usure). Un'occasione d'influsso diretto sul diritto civile era offerta dalle *causae saeculares*: eran competenti a conoscerle i tribunali ecclesiastici in primo luogo *ratione peccati* (vale a dire in riguardo alle situazioni giuridiche aventi rilevanza sotto il profilo penitenziale); ed in più in forza del *privilegium fori* (partecipazione al giudizio d' un chierico come attore o come convenuto, privilegio di una *universitas*, privilegio degli ebrei); eppoi, anche nelle cause vertenti tra laici, in conseguenza dell'ovvia tendenza a preferire gli ufficiali ecclesiastici ai tribunali laici <sup>(18)</sup>, in forza del compromesso arbitrato (*compromissum*); e sulla base della cosiddetta *denuntiatio evangelica* <sup>(19)</sup>, cioè della citazione dinanzi a un tribunale ecclesiastico in considerazione d'una connessa rilevanza sotto il profilo teologico-morale; e, infine, sulla base d'una precedente attività di documentazione svolta da un ufficiale ecclesiastico che

---

<sup>(17)</sup> Redazioni edizioni e stampe del *Corpus Juris Canonici* sono elencate in FEINE, pp. 292 s. Nella misura della sua congruenza con la diversità di professione di fede, il *Corpus* è stato recepito anche nelle regioni tedesche di religione evangelica, ed è — per lo meno in parte — ancor oggi in vigore.

<sup>(18)</sup> TRUSEN, p. 49.

<sup>(19)</sup> BELLINI, *L'obbligo da promessa con oggetto temporale nel sistema canonico classico*, Milano, 1964, pp. 197 ss.; LEFEBVRE, p. 23.

fruisse del privilegio di redigere e rilasciare in forma autentica degli atti pubblici. Questa sorta di giurisdizione volontaria assunse un'importanza particolare nell'Europa Settentrionale per il fatto che in quelle regioni tardò più che altrove ad affermarsi un notariato laico (cfr. *infra*, p. 165). Come ogni prassi documentaria, anche questa fu veicolo, non solamente della terminologia, ma anche dei principî di diritto sostanziale (nel nostro caso: dei principî del diritto canonico).

2. Il giudice ecclesiastico, naturalmente, applicava, anche nelle *causae saeculares*, il diritto canonico e non già quello romano <sup>(20)</sup>. Analogamente a quanto poi accadde con la recezione del diritto romano, insieme alla giurisdizione ecclesiastica si andarono diffondendo per tutta l'Europa — specialmente dopo la formazione dell'officialato vescovile — principî propri della teologia morale e dell'ordinamento interno della Chiesa.

Gli effetti di questa giurisdizione furono <sup>(21)</sup>:

a) una più acuta comprensione dei diversi àmbiti giuridici obiettivi, in particolare la distinzione tra diritto generale della Chiesa universale e norme destinate ad aver vigore nelle singole diocesi (*jus universale* e *particulare*), o la formazione d'una *lex loci* per pellegrini ed assenti (*obligatio peregrinorum, absentium*);

b) l'applicazione di principî teologico-morali anche nel *forum externum (ecclesiae)*, in forza dei quali taluni parametri oggettivi e soggettivi di valutazione, come *aequitas (canonica)*, *bona fides*, *conscientia*, *honestas* e *miserecordia* trovarono accoglienza anche quando si trattò di giudicare su obbligazioni puramente giuridiche. Esse assumevano un significato tutto particolare per gl'interessi e le usure, per la giustizia nelle reciproche prestazioni da contratto sinallagmatico (*justum pretium*), per la

---

<sup>(20)</sup> In quanto nella giurisdizione ecclesiastica può essere fuor di luogo ragionare di una (prima) recezione del diritto romano; mentre l'applicazione del diritto romano ad opera della Chiesa presente da tempo immemorabile in tutta l'Europa non può, d'altronde, aver valore di recezione.

Su questo cfr. *infra* p. 163.

<sup>(21)</sup> Su quanto stiamo per dire cfr. WESENBERG, pp. 27 ss. e specialmente LIERMANN, ZevgKirchR, 1957, pp. 37 ss.

tutela dalla frode, e contro la violenza nei contratti. Questi principî morali favorivano anche

c) il prescindere dai requisiti di forma, e il riconoscimento della rilevanza di obbligazioni puramente consensuali dal punto di vista della *laesa fides* <sup>(22)</sup>,

d) un più raffinato apprezzamento delle situazioni soggettive interne e la tendenza verso la valutazione degli effetti giuridici alla stregua delle intenzioni morali dei contraenti secondo l'ottica della *cura animarum*: così per i vizi della volontà o per il divieto del gioco;

e) a questo corrispose una minor rilevanza, ed anzi una lotta, contro i mezzi di prova formali, ed in particolare contro le irrazionali ordalie del diritto germanico, a tutto vantaggio d'una ricerca della verità sostanziale <sup>(23)</sup>; e, infine,

f) la tendenza verso l'emancipazione sociale rispetto a rapporti di forza ormai invecchiati, ed in particolare verso la parificazione della donna che si esprime in una rivalutazione del matrimonio come comunità paritaria e, indirettamente, in un trattamento preferenziale riservato ai regimi patrimoniali ugualmente paritari.

La giurisdizione ecclesiastica, in tutti questi modi, non soltanto ha approfondito ed affinato il profilo morale dell'ordine giuridico, ma ha altresì favorito quelle correnti « progressiste » operanti all'interno dell'esperienza giuridica basso-medievale che tendevano a creare una società più aperta.

3. Si è lungamente discusso dell'importanza avuta dalla prassi penitenziale ecclesiastica nella educazione della coscienza giuridica <sup>(24)</sup>. Questa prassi si sviluppò col IV Concilio Lateranense (1215), il quale prescrisse la confessione per lo meno annuale presso il *parochus suus* <sup>(25)</sup>, ponendo così la quotidiana prassi penitenziale dinanzi a compiti di *routine* che tendevano necessariamente a scadere sur un piano meramente casistico. A

<sup>(22)</sup> Su *pacta e fides* nei Canonisti cfr. CALASSO, *Negoziò*, cit., pp. 261 ss.

<sup>(23)</sup> Su questo cfr. VAN CAENEGEM, *The Law of Evidence in the Twelfth Century*, in: Monumenta Juris Canonici, CI, Città del Vaticano, 1965, pp. 297 ss.

<sup>(24)</sup> THIEME, ZSS, GA, LXX (1953), p. 236, con ulteriori ragguagli.

<sup>(25)</sup> C. 12. X. *de poenis et remiss.* V, 38; su cui cfr. TRUSEN, pp. 135 ss.



queste nuove esigenze cercaron di rispondere in modo utile certi manuali penitenziali; ma fu fatale ch'essi cominciassero a tipizzare e a giuridicizzare le situazioni morali secondo uno stile che trovò una significativa espressione programmatica nel *de poenitentia jurisconsultorum modo scribere* <sup>(26)</sup>. Questa tendenza raggiunse il suo livello più alto con la *Summa* di Raimondo di Peñafort e con quella di Giovanni Teutonico <sup>(27)</sup>. Certo, in questo modo la prassi penitenziale e il *forum externum* si avvicinarono l'una all'altro; e la tendenza, propria della prassi penitenziale, ad una valutazione morale soggettiva e individuale del comportamento interiore si rafforzò anche nel *forum externum*, e, per suo tramite, nel modo « profano » di considerare le questioni giuridiche. Tutto ciò sortì il proprio effetto, non solo sulle teoriche della responsabilità penale, ma anche sulla dottrina dei contratti.

IV. Come abbiamo già notato (cfr. *supra*, p. 95) *jus civile* e *jus canonicum*, civilistica e canonistica, nella concezione giuridica del tempo, rimasero — in via di principio — separati <sup>(28)</sup>. Questo fatto trovò espressione sia nel concetto di *jus utrumque* <sup>(29)</sup> sia nel divieto dello *studium civile* per i chierici gravati di compiti pastorali (*cura animarum*) <sup>(30)</sup> e per i membri degli Ordini religiosi. Questi sintomi, però, mostrano, nello stesso tempo, quanto questi due momenti della cultura giuridica medievale cominciassero ad avvicinarsi e a penetrarsi vicendevolmente. Proprio la limitazione del divieto dello *studium civile* ai chierici in cura d'anime dimostra che esso — per i membri del clero secolare dediti a compiti amministrativi o giudiziari — era diven-

<sup>(26)</sup> TRUSEN, p. 138.

<sup>(27)</sup> Cfr. SCHULTE, *Geschichte*, cit., II, p. 525; KUTTNER, ZSS, KA, LII (1932), pp. 1 ss.; ID., *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, 1935, pp. VII e *passim*.

<sup>(28)</sup> TRUSEN, p. 22 s.

<sup>(29)</sup> CARUSI, in: *Acta Congr. iur. intern.*, II, Roma, 1935, pp. 550 ss.; TRUSEN, p. 24, nota 10. Sui fondamenti spirituali di questo concetto è sufficiente rinviare a CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 233 ss., 484 ss., 561 ss.

<sup>(30)</sup> KUTTNER, in: *Festschr. Wolff*, 1952, pp. 79 ss.; TRUSEN, pp. 15 s., con ulteriori ragguagli; cfr. anche *supra*, p. 80.

tato usuale e, praticamente, necessario. Uno scambio dei rispettivi principî giuridici fu favorito anzitutto dal principio di reciproca sussidiarietà: i tribunali ecclesiastici applicavano, per l'appunto in via sussidiaria, il diritto romano, ed altrettanto faceva la giurisdizione laica nei confronti dei principî generali del diritto canonico. La coscienza che di questo scambio ebbero i contemporanei fu lucidamente riassunta nell'affermazione secondo cui *jus canonicum et civile sunt adeo connexa, ut unum sine altero non intelligi potest* (31).

Soltanto con questa necessità, per i canonisti, di conoscere il diritto romano possono trovare un'adeguata spiegazione due fatti singolari e sorprendenti; che a Bologna accorressero studenti anche da quelle nazioni nelle quali non era certo ancora possibile parlare d'una generale applicazione del diritto romano (Francia settentrionale, Germania, Scandinavia, regioni slave occidentali) (32); e, d'altro canto, la larga preponderanza dei chierici (cinque a uno) che lo Stelling-Michaud ha riscontrato (33) tra gli studenti venuti a Bologna dalle regioni di lingua tedesca dell'odierna Svizzera. Queste ricerche mostrano anche la direzione verso la quale muoveva questo fabbisogno di chierici-giuristi nei Paesi settentrionali: giacchè più tardi costoro si ritrovano, il più delle volte, insigniti di canonicati, membri di capitoli cattedrali, *praepositi* o decani (34), sempre — cioè — investiti di funzioni amministrative o giurisdizionali.

La conseguenza di tutto ciò non fu soltanto, al momento della cosiddetta protorecezione nei Paesi dell'Europa settentrionale (35), un costante e largo reciproco influsso tra le discipline civilistiche e quelle canonistiche (36). Perchè, come la competenza dei tribu-

(31) TRUSEN, p. 24, nota 9 (Pierre Rebuf, Baldo, Cuiacio); cfr. anche LEGENDRE, *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocence IV (1140-1254)*, Paris, 1961.

(32) Per questo cfr. *infra*, pp. 161 ss.

(33) *L'Université de Bologne et la pénétration des droit romain et canonique en Suisse aux XIIIe et XIVe siècles*, Genève, 1953, partic. pp. 130 ss.; su cui cfr. ZSS (RA), LXXIII (1956), pp. 454 ss.

(34) STELLING-MICHAUD, *op. cit.*, pp. 117 ss.; COING, IRMAE, *cit.*, § 25, 26; cfr. anche *infra*, p. 166.

(35) Cfr. *infra*, pp. 161 s.

(36) Sul benefico influsso esercitato da questo effetto attraverso l'appartenenza al clero di giuristi civilisticamente provveduti cfr. GENZMER, Et. Le Bras, I, 1965, pp. 1216 ss.; LEFEBVRE, *passim*; WIEACKER, Festschr. J. Klein, 1967, pp. 194 ss.; cfr. anche *infra*, p. 167, nota 67.

nali ecclesiastici per le *causae saeculares* impose la loro istruzione a tenore di diritto romano, così la diretta applicazione del diritto romano nella giurisdizione laica (dapprima in Italia e nella Francia meridionale) subì l'influenza del diritto canonico. Nel diritto processuale la Canonistica era addirittura in posizione predominante così come è da gran tempo riconosciuto il suo contributo decisivo alla scienza del diritto penale. Al suo grande influsso anche nel dominio del diritto civile, poi, abbiám accennato or ora.

IL PUNTO D'ARRIVO  
DELLA SCIENZA GIURIDICA MEDIEVALE:  
I *CONSILIATORES*

I. I caratteri distintivi dell'epoca in generale. — II. I *Consiliatores* e gli effetti della loro opera in Europa. — III. Correnti « protoumanistiche » nell'ambito della scienza giuridica. — IV. La funzione politica dei giuristi europei nel Basso Medioevo.

I. I. Torniamo, ora, a ragionare della scienza giuridica più propriamente civilistica. Già i Glossatori avevano avuto, nel tessuto dell'esperienza costituzionale e — più in generale — giuridica del loro tempo, un'autorità pratica non trascurabile: come maestri, come esperti, come redattori di documenti; giacchè fin da principio il loro insegnamento era servito a dare la formazione culturale ch'era indispensabile per operare nella vita pubblica (cfr. *supra*, pp. 58 s.). In questo senso la loro opera non può certo esser considerata come disancorata dalla concretezza storica e dedita solamente alle elucubrazioni teoriche: ma è pur vero che un più stabile influsso sull'applicazione pratica del diritto era stato più lontano dalle loro intenzioni di quanto non corrisponda — per esempio — all'immagine che il giurista odierno dà di se stesso e della sua funzione. I loro sforzi, insomma — diversamente, in questo, da quel ch'era accaduto ai Canonisti, sospinti dalle loro stesse fonti ad un più vigoroso interesse per la realtà contemporanea — i loro sforzi, dicevo, s'erano indirizzati all'interpretazione del *Corpus Juris Civilis*: di testi, cioè, che avevano in Italia un vigore altrettanto indiretto come nel resto d'Europa. Anche là dove l'autorità generale di quei testi non fu messa in discussione — come avvenne in Italia e, in forza d'una celebre

*fictio* dei giuristi francesi <sup>(1)</sup>, in tutta l'Europa occidentale — la dottrina giuridica medievale assegnò sempre una funzione preminente ai diritti personali e locali rispetto a quelli aventi un ambito d'applicazione più vasto, e quindi anche rispetto al diritto romano di cui pur era riconosciuta l'universalità <sup>(2)</sup>. In Italia ed in Francia s'imparava però un metodo, una sorta di « grammatica » giuridica, più che un diritto che dovesse aver realmente vigore entro un determinato territorio <sup>(3)</sup>. Proprio per questo i Glossatori poterono irradiare dappertutto la loro fede nella vigenza universale del diritto romano e nella sua indefettibile conformità alla giustizia, senza dover fare i conti con le situazioni concrete de' singoli luoghi <sup>(4)</sup>; e proprio per questa via

---

<sup>(1)</sup> *Rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*; dov'è chiara la deduzione del vigore del diritto romano dal concetto (medievale) di sovranità. Su questa materia cfr. GIERKE, *Genossenschaftsr.*, cit., II, p. 381; ERCOLE, *Da Bartolo all'Althusio*, Firenze, 1932, pp. 157 ss.; KRAUSE, *Kaiserrecht*, p. 39; KOSCHAKER, pp. 137 ss.; CALASSO, *I Glossatori*, cit., pp. 22 ss., 30 ss. (contro l'origine francese della formula e sulle sue diverse redazioni); GAGNER, pp. 334 ss., 343 ss.; FEENSTRA, *Etudes Le Bras*, 1965, pp. 885 ss.

<sup>(2)</sup> KOSCHAKER, pp. 155 ss.; per alcune precisazioni sul concetto di *jus commune* cfr. CALASSO, *Introduzione*, cit., pp. 33 ss.; diversamente orientata, in parte, la più antica dottrina: cfr. DAHM, *Italiens Strafrecht im ausgehenden Mittelalter*, 1931, pp. 45 s.; cfr. *infra*, p. 197 e *passim*.

<sup>(3)</sup> VINOGRADOFF, pp. 56 ss.; KOSCHAKER, *passim*; DAHM, DR, pp. 32 ss.

<sup>(4)</sup> Questa idea, che si sintetizzava nella significativa concezione d'un *jus commune*, affondò le sue radici nella coscienza giuridica del Basso Medioevo ancor più profondamente di quanto non avrebbe fatto, nel XIX secolo, l'idea del valore scientifico del « diritto delle Pandette » (cfr. *infra*, II, pp. 133 s.). Poichè, diversamente da quanto sarebbe accaduto per quest'ultimo, dietro ogni parola proferita dal giurista colto si celava allora un'autorità spirituale: e dietro la Chiesa v'era la sola autorità che — in mezzo alle lotte di potere del Medioevo italiano ed europeo — avesse una sua propria stabilità al di sopra delle fazioni contrapposte. Nello stesso tempo, di fronte all'infinita frammentazione istituzionale e alla persistente collisione tra i diversi ordinamenti giuridici locali (ch'eran conseguenza dell'autonomia di fatto dei Comuni cittadini d'Italia e del fitto intreccio dei loro reciproci rapporti economici), una dottrina giuridica universale per sua intrinseca vocazione aveva necessariamente — accanto ad una giurisdizione arbitrale fondata sulla propria autorità spirituale — anche la *chance* offerta dal monopolio della capacità di comporre le controversie in modo tecnicamente ineccepibile. Ed è — in questo senso — assai sintomatico che per l'appunto a questa dottrina toccasse in sorte l'elaborazione teorica del primo nucleo di quello che

trovarono subito un così vasto ascolto in tutta l'Europa. Ma i Glossatori non erano ancora convenientemente attrezzati per poter incidere direttamente sull'applicazione pratica del diritto. Perchè nel momento in cui il giurista avesse dovuto assumere in prima persona, come compito professionale suo proprio, la guida della vita giuridica del suo tempo, bisognava che egli sapesse applicare il suo metodo d'indagine al materiale giuridico che quella stessa vita veniva elaborando: alle consuetudini e agli statuti dei Comuni italiani, più tardi anche alle *Coutumes* della Francia settentrionale e dei Paesi Bassi di tradizione romana e ai diritti delle città e dei *Länder* tedeschi. Così come era necessario comprendere appieno quelle multiformi istituzioni giuridiche che, sorte nel Medioevo, erano state del tutto ignote all'ordinamento giuridico giustiniano. Questa autentica conquista di tutta la realtà giuridica contemporanea fu merito delle generazioni di giuristi che vennero dopo i Glossatori e ne uguagliarono il valore, generazioni che un tempo si chiamarono — in un modo un po' incolore <sup>(5)</sup> — dei *Postglossatori*. La sostanziale novità del compito che questi giuristi si assunsero e la bontà degli esiti ch'essi sortirono son forse più puntualmente (quand'anche non completamente) espresse dalle denominazioni « *Commentatori* », *Practici* o — meglio — *Consiliatores* <sup>(6)</sup>.

2. I *Consiliatores*, connazionali e contemporanei di quei grandi italiani che tennero a battesimo un'età nuova — d'un

---

sarebbe poi stato il diritto internazionale privato (cfr. *infra*, p. 113). Per queste ragioni già i Glossatori — fin da Irnerio — furono consultati per risolvere le incertezze in materia di diritto pubblico, per la redazione e la riforma di statuti e come consulenti soprattutto nelle controversie dei Comuni e delle Corporazioni.

<sup>(5)</sup> Difese — con validi argomenti — questa denominazione tradizionale, contro la troppo aspra taccia di « ingenua » (ch'era contenuta nella prima edizione di questo libro) il KUNKEL, ZSS, RA, LXXI (1954), p. 517, nota 15.

<sup>(6)</sup> Questa denominazione — anche se appare troppo restrittiva, se si considera il magistero esercitato da questi giuristi e la loro opera letteraria — ha prevalso sulle altre, perchè la denominazione *Practici* non definisce correttamente coloro che esercitarono il magistero e quella (ancor oggi spesso usata: cfr., da ultimo, COING, IRMAE, cit., §§ 47, 56 e *passim*) di « *Commentatori* » potrebbe applicarsi, con pari correttezza, anche ai Glossatori.

Dante d'un Giotto d'un Petrarca (?) — furono, non meno di costoro (pur se in un campo più appartato rispetto alla più generale coscienza culturale), gli architetti della moderna cultura europea. Con le loro opere non meno che con l'esercitare le pubbliche funzioni essi hanno formato fin dalle sue radici lo stile che ha dominato nella giurisprudenza europea fino al pieno Seicento<sup>(8)</sup>. Nel fatto essi continuarono l'opera teorica d'interpretazione dei testi giustinianeî inaugurata dai Glossatori già con la prosecuzione della medesima opera didattica ed in più — conformemente ad una regola culturale tipica del Basso Medioevo — utilizzando schemi logici ancor più complicati; perciò essi furono in grado, all'occasione, di operare in modo più formalistico e più devoto alla lettera dei testi interpretati di quanto avevan fatto i pionieri dell'età dei Glossatori<sup>(9)</sup>. Come ogni scienza vitale suol fare, però, essi riuscirono ad evitare il pericolo d'una senescenza metodica rinnovando l'oggetto della loro conoscenza e la visione dei loro còmpiti. Dalla teoria essi si volsero progressivamente verso l'esercizio d'una sorta di attività consultiva, che ebbe come principale risultato una penetrazione e una rielaborazione scientifica del diritto statutario (degli ordinamenti giuridici particolari, cioè, d'Italia e d'Europa). Trasformando l'ambiente in cui vissero — non solo quello italiano e della Francia meridionale; ma, assai per tempo, anche quello ormai assimilato dell'Europa occidentale e centrale — in oggetto della loro indagine, i *Consiliatores* fecero per la prima volta del diritto giusti-

---

(7) Sugli stretti rapporti che, anche in quest'epoca, i giuristi intrattennero con la più generale cultura politica e letteraria cfr. FRIEDRICH, *Epoche della lirica*, cit., pp. 20 ss.; cfr. *infra* p. 116 ove partic. nota 24. Sullo studio del Petrarca a Montpellier (fra il 1318 e il 1322) e a Bologna (fino al 1325) e sui suoi rapporti con Cino cfr. EPPELSHEIMER, *Petrarca*, Bonn, 1926, pp. 1 ss.

(8) Sulle loro caratteristiche generali restano suggestive — pur se viziate da una generica sottovalutazione che oggi non convince più — le pagine del SAVIGNY, VI<sup>2</sup>, pp. 1-25; cfr. GENZMER, *Kod.*, pp. 359 ss.; KOSCHAKER, pp. 155 ss.; ottimo, pur se calca forse un po' troppo la mano sulla contrapposizione ai Glossatori, ULLMANN, *The Medieval Idea*, cit., pp. 1 ss. e HAZELTINE, *Introd.*, cit., p. xviii.

(9) COING, Mem. Koschaker, I, p. 81 e *passim* (a proposito di Bartolo; esempi sintomatici sono adottati anche da LANGE, *Schadenersatz*, cit., pp. 31 s., 40 s., 81 e *passim*).

niano il diritto comune dell'intera Europa (*jus commune*)<sup>(10)</sup>; e — nello stesso tempo — ridussero la moltitudine dei diritti non-romani del continente entro gli schemi interpretativi della loro scienza giuridica. Per opera loro l'antica utopia, che faceva del diritto romano la *ratio scripta* della cristianità occidentale, si tradusse concretamente in realtà.

3. A percorrere queste nuove strade essi furono indotti per rispondere alle esigenze poste dalle controversie giuridiche, pubbliche e private, del loro tempo<sup>(11)</sup>. La giustificazione principale di questo loro intervento era offerta dalla necessità di dare un preciso chiarimento in ordine al rapporto che legava tra loro il *jus commune* romano al *jus speciale* dei singoli luoghi (tenuto conto dell'importanza sempre maggiore delle fonti degli ordinamenti cittadini generalmente chiamate *statuta*). Una dottrina degli statuti<sup>(12)</sup> accuratamente elaborata determinò questo rapporto — in armonia con la visione medievale del diritto — come rapporto di precedenza (di specialità, cioè) degli statuti; ma impose — proprio in logica coerenza con questa affermata specialità — un'interpretazione stretta e rigorosa di queste fonti. La prassi italiana si destreggiò in modo equilibrato fra entrambe queste esigenze che, senza smentire l'unità teoricamente affermata, imponevano al contempo il rispetto della pluralità; ma, grazie alla sicura egemonia che su questa prassi esercitarono i giuristi, non poteva mancare una prevalenza —

<sup>(10)</sup> CALASSO, *Introduzione*, cit., partic. pp. 33 ss.

<sup>(11)</sup> Sulla contemporanea ed analoga funzione svolta dai legisti francesi del XIII secolo — e, in particolare, da Pierre de Belleperche e Jacques de Révigny —, la quale si fece sentire anche in Italia attraverso Cino da Pistoia, cfr. in generale KANTOROWICZ, *Epochen*, pp. 65 ss.; KOSCHAKER, p. 132 (nota 67), 155 s., 207, 251; in particolare cfr. CHENON, *Hist. gén. du droit franç.*, I, 1926, pp. 511 s.

<sup>(12)</sup> ENGELMANN, *Wiedergeburt*, pp. 145-171; GENZMER, ZSS, RA, LXI (1941), pp. 316 s.; sulla dottrina degli statuti elaborata dai *Consiliatores* cfr. DAHM, *Italiens Strafrecht*, cit., pp. 45 ss.; CALASSO, *Introduz.*, cit., pp. 33-75; ID., *Medio Evo*, cit., pp. 469-563; WESENBERG, pp. 44 s.; sull'ulteriore applicazione in Germania cfr. *infra*, pp. 198 s. e 311. Sul rapporto dei *Consiliatores* con le altre fonti e gli altri criteri di valutazione è opportuno il rinvio a PIANO MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del dir. nel sec. XVI*; I: *Le premesse*, Milano, 1956; ID., *Annali*, II (1958), pp. 29-109; L. LOMBARDI, *Saggio*, 119 ss.



« naturale », peraltro — del sistema unificante del *jus commune*. Tutto questo avrebbe portato i suoi frutti più cospicui, in epoca più tarda, nelle regioni dell'Europa settentrionale, dove il diritto locale si differenziava più nettamente — quanto ai contenuti — da quello romano ch'era oggetto della recezione (cfr. *infra*, pp. 197 ss.).

Con premesse di tal genere, la vita dell'Italia basso-medievale — che, dopo la morte di Federico II, fu tanto politicamente contrastata quanto economicamente e culturalmente fiorente — offrì alla giurisprudenza pratica (in una delle regioni più ricche e spiritualmente più progredite d'Europa) un campo d'applicazione difficilmente uguagliabile. Forti, com'erano, del loro monopolio intellettuale e del prestigio del diritto romano, i giuristi furon chiamati a funger da arbitri nelle grandi tensioni politiche sociali ed economiche del loro tempo. I *Consiliatores* — come, d'altronde, i giuristi di età successive — assolsero questi còmpiti non senza qualche opportunismo e qualche grettezza, certo; ma anche con una sorta d'*ethos* pratico, che non esitava a far ricorso ad interpretazioni artificiose o a giungere a conclusioni formalmente temerarie <sup>(13)</sup>, quando si trattava di mitigare la durezza delle norme statutarie o d'attenuare il torto dei potenti. Ma, per far questo, essi dovettero interpretare in modo scientificamente corretto, accanto al *jus commune* e al diritto longobardo (ch'era già stato elaborato dai Glossatori), anche gli statuti locali. Quand'essi furon riusciti a sottomettere alla loro tecnica scientifica anche queste fonti senza nel contempo perder di vista l'unità del diritto comune, tutto il diritto allora vigente divenne loro campo di lavoro.

Questo allargamento della materia finì col riflettersi — a sua volta — sul modo di trattare l'ordinamento nel suo complesso. Perchè istituti, e — addirittura — interi complessi normativi per i quali nel diritto giustiniano si sarebbe cercato invano un

---

(13) Esempî tratti dalla prassi consultiva di Bartolo son reperibili in COING, Mem. Koschaker, cit., p. 84 e *passim*; sulle sue conclusioni « umanizzanti » in materia penale raggiunte con procedimenti di tal genere cfr. anche WESENBERG, p. 45; su Paolo di Castro cfr. H. LANGE, Gedächtnisschr. Rud. Schmidt, 1966, pp. 433 ss.

fondamento, o di cui vi era reperibile — magari — solamente qualche sparsa disposizione; istituti e complessi normativi, le cui radici eran da ricercare piuttosto sul terreno del diritto dell'Europa allora nascente, trovarono nei *Consiliatores* (e, in pari tempo, nei canonisti) i primi indagatori scientifici (14). Questo accadde per il diritto penale, per il processuale, per il commerciale e per quello che — con termine moderno — chiameremmo internazionale (15); ed ancora per il regime patrimoniale tra coniugi, per le « situazioni reali », per gli ordinamenti delle corporazioni (16). Tutto ciò li costrinse ancora a un'interpretazione più libera e meno pedissequa dei testi giustiniani. Già i Glossatori — come, d'altronde, deve pur fare ogni dogmatismo quando pretende di dettar regole per la vita — già i Glossatori, dicevo, avevano piegato più che interpretato il testo giustiniano; ma i *Consiliatores* arrivarono fino a stravolgere le fonti con ben altra disinvoltura, ricorrendo spesso a spericolate arditezze dialettiche, e giovandosi — per raggiunger questo loro scopo — del formalismo proprio del loro metodo e della fungibilità delle allegazioni testuali che po-

---

(14) Uno sguardo introduttivo alle caratteristiche particolari di questo lavoro e ai suoi effetti sulla vita giuridica in Germania è offerto dall'ampia introduzione-commento di KUNKEL alle *Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte*, I vol., II tomo, *Landrechte d. 16. Jhs*, Weimar, 1938, partic. pp. IX ss.; per un'analisi più particolareggiata cfr. ID., Mem. Koschaker, I, pp. 1 ss. e COING, *ivi*, pp. 71 ss.

(15) Antesignano una volta di più anche in questa materia SAVIGNY, *System*, cit., VIII<sup>2</sup>, pp. 1 ss.; ENGELMANN, *Wiedergeburt*, pp. 204 ss. Sull'influsso avuto dai *Consiliatores*, per queste materie « nuove », anche in Inghilterra cfr. ULLMANN, St. Bartolo, I, pp. 47 ss. Quest'influsso ebbe il suo tramite nelle Università, le quali — nel Basso Medioevo e nella prima Età moderna — si tennero ferme al *Jus civile* (romano); e si realizzò anzitutto nelle giurisdizioni speciali (Università, Chiesa, autorità marittime) in modo particolare per il diritto commerciale, per quello della navigazione e per l'internazionale privato. L'influsso dei *Consiliatores* si rinnovò ad opera d'Alberico Gentili ad Oxford (cfr. *infra*, p. 126, nota 51).

(16) Sul contributo del diritto canonico cfr. NEUMEYER, *Tijdschr.*, XXXIII (1965), pp. 177 ss.; è ancora fondamentale GIERKE, *Dtsch. Genossenschaftsrecht*, III, pp. 351 ss.; sulle radici della teoria della *fiction* nel concetto di sovranità (*solus princeps fingit quod in veritate non est*) cfr. HAZELTINE, *op. cit.*, p. XIX; KANTOROWICZ, *The King's*, cit., sulla trattazione bartoliana dei patti successorî come esempio di assimilazione del *jus proprium* cfr. VISMARA, St. Bartolo, II, pp. 755 ss.

teveno trarsi dal *Corpus Juris Civilis* (cfr. *supra*, p. 74). Esempi notevoli di questa tecnica sono: la deduzione della tutelabilità dei blasoni e delle ditte dagli interdetti possessori<sup>(17)</sup>; o quella della pluralità dei *dominia* (*dominium directum* e *utile*) da categorie romane affatto diverse; o, ancora, quella del diritto di re-tratto familiare o della comunione fra i coniugi degli acquisti fatti in costanza di matrimonio dalle norme giustiniane in materia di dote<sup>(18)</sup>. Così operando, i *Consiliatores* concorsero coi canonisti a dar vita — e coerenza sistematica — a tutto un insieme di istituti giuridici nuovi; gli uni e gli altri facendo così delle loro discipline i primi coaguli della moderna dogmatica del diritto privato.

4. Quest'impegno pratico finì col riflettersi in una letteratura, il cui programma e il cui ambito andarono oltre a quelli ch'erano stati propri delle opere dei Glossatori gettando le basi di quelli che sarebbero diventati i più importanti filoni della letteratura giuridica moderna.

a) Esse in primo luogo, dall'attività di consulenza svolta dai singoli giuristi, una letteratura consiliaristica, la cui autorità — a partire dal XIV secolo — può esser paragonata soltanto alle odierne decisioni delle corti regolatrici; con in più, però, un prestigio pressochè illimitato nello spazio e nel tempo, un prestigio che fu riconosciuto in tutta l'Europa e che consentì a questa letteratura consiliaristica di dominare la cultura giuridica dell'età del *jus commune* fino alle soglie delle codificazioni giusnaturalistiche. Ancor di più di quelle dei Glossatori, queste opere riempirono le biblioteche europee riprodotte in una serie

---

(17) Taluni elementi in questo senso son reperibili già nella Glossa: LANDSBERG, *Glosse*, p. 97; WESENBERG, p. 51; BENEDETTO, St. Bartolo, II, pp. 27 ss.; sul *dominium utile* MEYNIAL, *Mél. Fitting*, II (1908), pp. 409 ss.; WAGNER, *Das geteilte Eigentum im Naturrecht u. Positivismus*, 1938, pp. 9 ss.; COING, ZSS, RA, LXX (1957), pp. 348 ss.

(18) KUNKEL, *op. cit.* or ora alla nota 14; COING, St. Bartolo, I, pp. 38 ss. Per gli ulteriori apporti dei Postglossatori — concetto di morte presunta, *jus ad rem*, superamento del rigore formale della *stipulatio* e formazione del sistema dei contratti) cfr. WESENBERG, pp. 50 s. Sul concetto di interesse cfr. LANGE, *Schadenersatz*, cit.; sul problema delle variazioni monetarie cfr. TRIFONE, St.

innumerevole di manoscritti <sup>(19)</sup>, e poi in esizioni a stampa succedutesi continuamente le une alle altre. Quanto duraturo sia stato il loro influsso sulla quotidiana prassi giuridica europea fino al Settecento è facile constatare anche solamente scorrendo le citazioni dottrinali contenute nelle sentenze redatte da giudici giuristi e nei *vota* emessi dalle facoltà giusdicenti.

b) Accanto a queste opere altre se ne venivano componendo, commentari e monografie che illustravano istituzioni del tempo facendo ricorso a testi del *Corpus Juris Civilis*, del diritto longobardo o agli statuti locali ed amalgamando così tutto questo materiale nel *jus commune*. Nacque così per la prima volta una giurisprudenza conscia dei propri compiti concreti e capace di saggiare l'utilizzabilità delle fonti romane direttamente confrontandole coi problemi più vitalmente concreti. Gli studenti di Bologna, poi, provvidero a diffondere in breve tempo per tutta l'Europa questa letteratura; la quale, ancor prima dell'invenzione della stampa, raggiunse anche talune biblioteche minori sia ecclesiastiche che laiche <sup>(20)</sup> e si mantenne vitale fino a quando non fu ricacciata o addirittura sostituita dalle letterature giuridiche nazionali <sup>(21)</sup>.

II. 1. Questi meriti valsero ai *Consiliatores* la straordinaria reputazione di cui godettero in tutta l'Europa, e che fu per un certo periodo messa in discussione solamente dal purismo degli Umanisti <sup>(22)</sup>. La lunga serie degli autori, tutti famosissimi — le

---

Bartolo, II, pp. 691 ss.; GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, 1960, pp. 43 ss., 55 ss.

<sup>(19)</sup> Pei manoscritti bartoliani nelle biblioteche tedesche (in maggioranza acquisiti già nel Medioevo), cfr. CASAMASSIMA, ZSS, RA, LXXIX (1962), pp. 169 ss.; COING, IRMAE, cit., §§ 49, 54, *ivi* §§ 48-59 fondamentalmente sulla diffusione e le notizie relative ai manoscritti di legisti italiani e francesi in Germania. Per la Svizzera STELLING-MICHAUD, *Catalogue des manuscrits juridiques (droit canon et droit romain) de la fin du XIIe au XIVe siècle conservés en Suisse*, Genève, 1954.

<sup>(20)</sup> Precisi ragguagli in COING, *op. ult. cit.*, §§ 54-57 (da Accursio fino agli « scritti dei pratici italo-francesi »).

<sup>(21)</sup> Cfr. *infra*, pp. 253 ss., 314 ss.

<sup>(22)</sup> E così ugualmente quello che SAVIGNY (*op. e loc. cit.* alla nota 8 di questo stesso paragrafo) chiamò neoumanesimo.

cui opere sono continuamente citate (e, per la verità, anche lette) fino al XVII secolo — si apre con Cino da Pistoia (1270-1336) <sup>(23)</sup>, contemporaneo e quasi conterraneo di Dante, giurista pratico e ad un tempo quasi presago dell'Umanesimo; e, come poeta lirico del *dolce stil novo* <sup>(24)</sup>, antesignano anche nella cultura letteraria italiana <sup>(25)</sup>. Più d'una generazione più tardi fiorì a Perugia il più celebre di tutti i *Consiliatores*, il cui nome è stato per secoli assunto quasi antonomasticamente a significar « giurista »: Bartolo da Sassoferrato (1314-1357) <sup>(26)</sup>, ingegno di fecondità talmente inesauribile e di così larga risonanza da oscurare nel tempo la fama di tutti gli altri. Lo segue — di poco più giovane, d'interessi meno enciclopedici, ma ancor

---

<sup>(23)</sup> SAVIGNY, VI<sup>o</sup>, pp. 45 s.; CHIAPPELLI, *Vita ed opere giuridiche di Cino da Pistoia*, Pistoia, 1881; ID., *Nuove ricerche su C. d. P.*, in: « Boll. St. pistoiese », XII (1910), pp. 188 ss.; MAFFEI, *La « lectura super Digesto veteri » di C. d. P. - Studio sui mss. Savigny 22 e Urb. Lat. 172*, Milano, 1963; FRIEDRICH, *Epoche*, cit., pp. 46, 52, 55, 61, 64, 141 s., 150, 183, 188.

<sup>(24)</sup> È fondamentale ora FRIEDRICH, *op. cit.*, pp. 45-76. Il giudizio del SAVIGNY, secondo cui la poesia di Cino non corrisponde all'arditezza del suo pensiero giuridico, deve oggi ritenersi infondato.

<sup>(25)</sup> Cfr. *supra*, p. 59, nota 12. È, però, significativo della sempre più netta differenziazione dei due atteggiamenti spirituali, maturata in un clima culturale in profondo rinnovamento, il fatto che — anche nell'opera d'una singola personalità — i due momenti, quello poetico e quello del pensiero giuridico, si trovasero tra loro nettamente differenziati e financo contrapposti. « Da lui (Cino da Pistoia) infatti possiamo capire come la lode stilnovistica della donna fosse un rituale poetico. Quando egli non scrive come poeta ma come giurista le sue parole sulle donne sono dure, il suo giudizio sulla poesia concepita come ardente aspirazione, come trasfigurazione, è ironico. Ciò nasce da una coscienza che non vede nulla di incompatibile o di irresoluto nel fatto che l'uomo naturale pensi in modo completamente diverso dal poeta e che anzi tutti e due possano essere una sola e la stessa persona » FRIEDRICH, *op. cit.*, p. 64.

<sup>(26)</sup> ERCOLE, WOOLF, CURCIO, *Bartolus de Saxoferratis*, Innsbruck, 1939; CALASSO, s.v. *Bartolo da Sassoferrato*, in « Dizionario biografico degli Italiani », VI, pp. 640-669 con un'assai ricca bibliografia. Dai diversi contributi offerti al Congresso bartoliano di Perugia (ora raccolti negli *Studi Bartolo*, largamente da noi utilizzati e citati) son da ricordare soprattutto quelli fondamentali del CALASSO e del PARADISI e quelli sugl'influssi del pensiero bartoliano in Europa: in Inghilterra (ULLMANN), Scozia (CAMPBELL), Francia (LEGENDRE), Germania (COING), Austria (WESENER), Ginevra (KADEN), Basilea (KISCH), Portogallo (ALMEIDA COSTA), Boemia (VANACEK) e Polonia (WYSZYNSKY); notevoli furono anche i contributi del FORCHIELLI e del LE BRAS su Bartolo canonista.

più acuto e geniale — Baldo degli Ubaldi (1327-1400) <sup>(27)</sup>. Appartengono già al Quattrocento Paolo di Castro († 1441) <sup>(28)</sup> e Giason del Maino (1435-1519) <sup>(29)</sup>, personaggi entrambi di minore spicco, vissuti nel declino d'una epoca che volgeva ormai al suo epilogo; eppure, per il loro esser contemporanei della recezione pratica, frequentemente citati a nord delle Alpi e con un influsso sulle successive generazioni di giuristi per lo meno uguale a quello dei grandi maestri che li avevan preceduti. Proprio le opere di questi autori, personaggi per avventura oggi affatto dimenticati fuor dal ceto degli specialisti, son quelle che — fino al XVIII secolo — non mancano in nessuna biblioteca giuridica degna di questo nome <sup>(30)</sup>. Accanto a costoro potremmo rammentare una schiera innumerevole d'altri *Consiliatores*, sia italiani che francesi <sup>(31)</sup>; mentre, sul finire di quest'epoca, anche giuristi spagnoli e tedeschi raggiunsero una fama generale <sup>(32)</sup>. Solamente chi conosce le vite tormentate di queste personalità spesso singolari ma anche forti, vissute in un'epoca culturalmente tanto ricca ma spiritualmente e politicamente così labile; solo costui è in grado d'apprezzare la misura e lo spirito del contributo ch'essi dettero alla cultura europea.

---

<sup>(27)</sup> SAVIGNY, VI<sup>2</sup>, pp. 208 ss.; TARDUCCI, *Il tempo di Baldo*, Città di Castello, 1901; AA.VV., *L'opera di Baldo*, Perugia, 1901; CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 577 s. e *passim*. In mancanza di lavori monografici più recenti è necessario ricorrere, per tracciare un profilo d'insieme di questa figura, alle singole indagini di storia della dogmatica giuridica.

<sup>(28)</sup> SAVIGNY, VI<sup>2</sup>, pp. 281 ss.; CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 581 ss.; LANGE Gedächtnisschr. Schmidt, cit.

<sup>(29)</sup> SAVIGNY, VI<sup>2</sup>, pp. 397 ss.; GABOTTO, *Giason del Maino e gli scandali universitari nel Quattrocento*, Torino, 1888; altra letteratura specialistica è reperibile in CALASSO, *Medio Evo*, cit., p. 583, nota 144. Per altri *Consiliatores* del XIV e soprattutto del XV secolo, cfr. SAVIGNY, VI<sup>2</sup>, pp. 249-418; CALASSO, *Medio Evo*, cit., 579-588.

<sup>(30)</sup> Per la Germania COING, IRMAE, cit., §§ 55-56 per i manoscritti; per le prime stampe § 49 e nota 684.

<sup>(31)</sup> Su Bartolommeo da Saliceto († 1412), Raffaele Fulgosio (1367-1427), Giovanni da Imola († intorno al 1436) cfr. SAVIGNY, VI<sup>2</sup>, pp. 259 ss., 270 ss., 277 ss.; sulla diffusione dei manoscritti (e delle prime edizioni a stampa) delle loro opere in Germania cfr. COING, *op. ult. cit.*, § 56.

<sup>(32)</sup> Sullo spagnolo Nabrisensis (Nebrija: 1442-1522) cfr. SAVIGNY, VI<sup>2</sup>, pp. 453 ss. ed *infra*, p. 122. Sui *consilia* tedeschi del XVI secolo cfr. *infra*, p. 254.

2. Nei Paesi d'Oltralpe i *Consiliatores* esercitarono, con le loro opere, un influsso ancor maggiore di quello avuto in patria dalla loro personale presenza e dalla loro attività d'insegnanti. A partire dal Quattrocento la recezione del diritto romano raggiunse in Germania il suo colmo proprio per merito di questa letteratura; giacchè essa si operò sempre là dove una giurisdizione culturalmente provveduta ne soppiantò una incolta. E questo accadde per la convergenza di diversi presupposti ognuno dei quali appare, all'occhio dello storico, come necessario: l'esistenza — nella vita economica e sociale dell'Europa basso-medievale — di valori universalmente riconosciuti validi; l'unità della Chiesa (e — per ciò stesso — l'uniformità della coscienza giuridica cristiana); la reciproca intima affinità dei diversi ordinamenti giuridici: presupposti che — alla lor volta — riposavano sui comuni fondamenti offerti dalla matrice tardo-antica da quella cristiana e da quella germanica. Se il credito di cui avevan goduto i Glossatori s'era fondato prevalentemente su quell'ideale di Roma che l'anima medievale aveva riscoperto e coltivato; l'autorità dei *Consiliatores* si radicò robustamente in un presente ben conscio dei suoi proprî valori e che li interpretava in modo sostanzialmente uniforme in tutti i territorî europei profondamente permeati dalla nuova cultura cittadina e dai modelli dell'economia monetaria <sup>(33)</sup>. Se i Glossatori avevan creato la figura del giurista e il suo modo di pensare, i *Consiliatores* — con la globalità dei loro interessi e con la totale attualità della loro opera — son diventati gli autentici artefici del diritto comune in Europa; sicchè si spiega perchè sia i fautori (*nemo jurista nisi bartolista*) che gli avversarî del diritto romano (com'erano gli scabini di Frauenfeld) <sup>(34)</sup> li ritennero semplicemente i rappre-

---

<sup>(33)</sup> Un quadro vivace di quest'epoca è offerto da KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus u. d. Strafrecht der Scholastik*, I, *Die Praxis*, 1907; DAHM, *Italiens Strafrecht im ausgehenden Mittelalter*, 1931; cfr. anche ENGELMANN, *Wiedergeburt*, cit., partic. pp. 53 ss., 172 ss. e *passim*.

<sup>(34)</sup> « Nel sec. XVI o XVII un *doctor iuris* di Costanza, perorando davanti al Tribunale provinciale di Frauenfeld nel Cantone di Thurgau, suffragava il suo caso richiamandosi al diritto romano e ai suoi grandi commentatori Bartolo e Baldo. Ma i giudici gradirono ben poco la citazione di tali autorevoli nomi. Smettetela, dottore — così apostrofarono il dotto avvocato — noi confederati

sentanti tipici della giurisprudenza dotta <sup>(85)</sup>. L'influsso esercitato da questi giuristi italiani è uno dei grandi esempî storici che possono addursi per dimostrare quanto costante sia stato lo scambio culturale tra i popoli europei; quell'influsso può esser paragonato alla diffusione che in Europa ebbe — tra il XII e il XV secolo — l'Arte gotica nata nella Francia settentrionale, o — nel Cinquecento — il Rinascimento italiano, o ancora le idee politiche della Rivoluzione americana e di quella francese, o infine la filosofia idealistica tedesca dell'Ottocento. Anche la recezione del Diritto romano in Germania altro non fu, nella sua forma più matura, che un momento particolare dal dispiegarsi di quell'influsso.

3. Tuttavia è importante sottolineare che, proprio nel contesto di questo che or ora definivamo un suo momento particolare, l'incidenza pratica dei *Consiliatores* si trovò a collidere — nel XIII e nel XIV secolo — con quella della scienza canonistica. Questo accadde perchè la canonistica — che, già per suo conto, mirava a raggiungere una sua incisività pratica giovandosi sia della teologia morale che degli strumenti normativi ecclesiastici — perchè la canonistica, dicevo, in un primo tempo — soprattutto dopo l'istituzione dell'ufficiale vescovile — precorse, nell'Europa settentrionale, la recezione del *jus civile*. E mentre era necessario che si determinassero condizioni nuove perchè il *jus commune* potesse affermarsi nei confronti degli ordinamenti locali e d'una giurisdizione esercitata da chi era privo d'una specifica cultura giuridica; il diritto canonico, invece, potè arrivare in tutti i Paesi dell'Occidente sia ad opera di coloro che esercita-

---

svizzeri non vogliamo saperne di nessun Bartoluccio o Balduccio (*Bartele oder Baldele*) e simili dottori; abbiamo i nostri usi locali e le nostre norme particolari. Uscite fuori, dottore! Filate! » (KISCH, *Bartolo e Basilea*, St. Bartolo, I, p. 349); sulla dubbia autenticità e sulla limitata importanza di questo notissimo episodio basta citare GENZMER, ZSS, RA, LXVII (1950), p. 605; più in generale su questo atteggiamento di ripulsa cfr. *infra*, pp. 204 s.

(85) Su Bartolo e Baldo come simboli d'un ceto (*lumina et lucernae; magistri veritatis*) e sui giuristi come *milites Bartoli* (epiteto, questo, esemplato di sul calco *miles Christianus*) cfr. COING, St. Bartolo, I, pp. 44 ss. Ancora Lessing descrive il mutamento di professione d'un giovane intellettuale del suo tempo, dicendo che costui mise da parte Bartolo per far l'attore.



vano gli uffici ecclesiastici che per il tramite dell'amministrazione e della giurisdizione della Chiesa. Così la più raffinata scienza giuridica raggiunse l'Europa centrosettentrionale prima ancora che in quelle terre giungesse il *jus commune*. Tutte queste circostanze sono state storicamente valutate appieno solo in epoca molto recente, quando s'è parlato della cosiddetta *proto-recezione* <sup>(36)</sup>.

III. 1. I *Consiliatores* del XIV e del XV secolo furon già, nella loro terra d'Italia, contemporanei del primo Umanesimo <sup>(37)</sup>;

<sup>(36)</sup> Cfr. *infra*, p. 161 ss.

<sup>(37)</sup> Sulle condizioni generali cfr. BURCKHARDT, *La civiltà del Rinascimento in Italia*, trad. it. D. VALBUSA, nuova ed., introduz. E. GARIN, Firenze, 1968, parte III, *Il risorgimento dell'antichità*; DILTHEY, *Ges. Schriften*, III (1923), pp. 46 ss.; BURDACH, *Über dem Ursprung des Humanismus* (1914). Sull'Umanesimo giuridico in Italia cfr. SAVIGNY, VI<sup>2</sup>, pp. 419 ss.; ALBERTARIO, *Introduzione al diritto romano giustiniano*, I, Milano, 1935, pp. 141 ss.; CALASSO, *Introduzione*, cit., pp. 181 ss.; ID., *Medio Evo*, cit., pp. 597 ss.; PIANO MORTARI, *St. Doc.*, XXI (1955), pp. 276 ss.; ID., *Annali*, I (1957), pp. 293-401; MAFFEI, *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico*, Milano, 1956; ID., *Influssi della rinascita nei giuristi napoletani*, Napoli, 1961; GILMORE, *Humanists and Jurist: Six Studies in Renaissance*, Cambridge (Mass.), 1963; sull'Alciato cfr. anche *infra*, pp. 122 e 236. Per la Francia cfr. DELARUELLE, *Les origines, les idées maîtrises de Budé*, Paris, 1967; sul Budeo (Budé: 1467-1540) cfr. anche BOHATEC, *Budé und Calvin*, Graz, 1950, pp. 177 ss. (dove son reperibili ulteriori ragguagli); PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano, 1962; TROJE, *Tijdschr.*, XXIV, 1966, pp. 294 ss. e le opere che sono indicate *infra*, in questo stesso paragrafo, alle note 57 e 58. Per i Paesi Bassi cfr., per tutti, DEKKERS, *Het humanisme en de rechtswetenschap in de Nederlanden*, Antwerpen, 1938; cfr. anche *infra*, pp. 247 s. e 333 s.; per la Spagna cfr. CAMACHO EVANGELISTA; cfr. anche BENEYTO, *Convegno Accursio*, pp. CCXXVII s.; per le regioni di lingua tedesca cfr. *infra*, pp. 234 ss., ove partic. nota 41.

La precedente storiografia giuridica prendeva ancora le mosse dai concetti cari al Burckhardt, che dell'Umanesimo e del Rinascimento metteva in rilievo la liberazione della personalità individuale dai vincoli del Medioevo. In conseguenza del modo con cui questo genere di problemi è posto da parte della storiografia più recente — che sottolinea la costante connessione della tradizione elaborata dalla cultura medievale con le premesse poste dall'Antichità, e che perciò scorge un rinascimento in ogni riavvicinarsi del Medioevo alla cultura e alla tradizione giuridica antiche (cfr. *supra*, p. 55, nota 1) — una siffatta ricostruzione non è più condividibile. A chi parte da queste premesse già la scienza giuridica dei Glossatori appare come un autentico Rinascimento del diritto (giustiniano) e

« da quest'incontro nacquero suggestioni e tensioni crescenti. Glossatori e *Consiliatores* rappresentavano il secondo ceto d'intellettuali che, al colmo del Medioevo, era entrato in scena accanto al clero; un ceto, il cui prestigio s'era fondato anche sulla coerenza del suo pensiero e delle sue scelte metodologiche con le pieghe più riposte dell'anima medievale. Quando l'Umanesimo mise in dubbio questi valori fondanti e pretese di elaborare un nuovo quadro di valori umani traendolo dalla letteratura e dall'arte dell'Antichità, non poté evitare di scontrarsi con la scienza giuridica (similmente a quanto era accaduto per la teologia e la filosofia), per il fatto che anche i giuristi, dal canto loro, interpretavano le antiche fonti romane con un'ottica del tutto diversa (autoritativa e pratica ad un tempo). In tal modo quella tensione s'approfondì: per via dei contrasti filosofici che correvano tra il nominalismo aristotelico degli scolastici e de' giuristi e l'idealismo platonico degli umanisti <sup>(38)</sup>, e per via della polemica che — sul piano estetico e sociale — questi condussero contro la cultura tradizionalista di cui i giuristi eran portatori <sup>(39)</sup>.

Per la verità anche il sorgere dello *studium civile* a Bologna era stato, a suo tempo, una sorta di rinascimento, una riscoperta creativa della giurisprudenza antica (cfr. *supra*, p. 56), in modo non dissimile da come lo fu, fin dal suo sorgere, l'Umanesimo. Gli è che, uniforman-

---

per conseguenza — in quanto letterario — anche come Umanesimo giuridico. Questa diversa prospettiva emerse con GOETZ, *Die Wiederaufnahme der Antike im Mittelalter*, cit.; e giunse alla più compiuta formulazione (con la sottolineatura delle diverse conseguenze) fin dal titolo del capolavoro di ENGELMANN, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur*, cit.; cfr. anche, tra la successiva letteratura: CALASSO, *Medio Evo*, cit., pp. 345 ss.

<sup>(38)</sup> Sulla critica degli Umanisti Pico della Mirandola e Marsilio Ficino all'aristotelismo scolastico e sul sollecito attecchimento di quella critica in terra di Germania cfr. DILTHEY, *Ges. Schr.*, III, cit., pp. 46 s.; cfr. anche *infra*, p. 238. Sul neo-platonismo fiorentino cfr. principalmente FRIEDRICH, *Epoche*, cit.

<sup>(39)</sup> Una prima testimonianza dell'inimicizia umanistica pei giuristi si può già, in qualche modo, cogliere nel BOCCACCIO, *De genealogia Deorum*, XV (su cui cfr. WIEACKER, *GuB*, p. 73) e nel monaco camaldolese Ambrogio (prima del 1439); su cui cfr. SAVIGNY, VI<sup>2</sup>, pp. 422 ss. Da questa libera critica opera di letterati è da tenere, in via di principio, distinta la satira delle professioni — moralistica e di mestiere — che troviamo nella poesia didascalica tedesca del Basso Medioevo (cfr. *infra*, p. 166) e della prima Età Moderna (cfr. *infra*, p. 233).

dosi al genio del suo tempo, quel rinnovamento s'era adeguato ai principi autoritari e ai metodi d'insegnamento propri della Scolastica; mentre il nuovo Umanesimo dovette appuntare i suoi strali contro quei principi e quei metodi, nato — com'era — in polemica con le *auctoritates* del Medioevo e con gli schemi conoscitivi propri della Scolastica. Quest'opposizione fu malauguratamente ancor più fomentata dal fatto che gli umanisti — negli scritti di Cicerone, alla cui *imitatio* essi s'affidarono pienamente, e soprattutto nella *oratio pro Murena* — ritrovavano la testimonianza dei rozzi atteggiamenti polemici che gli antichi retori avevano assunto nei confronti dei giuristi romani.

Questi contrasti esplosero col Quattrocento: agl'inizi del secolo precedente un personaggio nei cui atteggiamenti già si profilavano alcuni segni dell'imminente Umanesimo — Cino da Pistoia (cfr. *supra*, p. 116) — malgrado qualche occasionale protesta di sapore umanistico contro i metodi dei giuristi <sup>(40)</sup>, e pur indulgendo talvolta alle intemperanze che sarebbero state tipiche di questo movimento « d'avanguardia », restò pur sempre saldamente ancorato al filone dei *Consiliatores*, come uno dei suoi massimi rappresentanti. Nel XV secolo si mossero dapprima personaggi che certo non potremmo definir giuristi, pur se furono conoscitori raffinati ed entusiasti delle fonti giuridiche romane, — un Lorenzo Valla o un Agnolo Poliziano in Italia <sup>(41)</sup>; poco più tardi un Nebrissense in Spagna <sup>(42)</sup> —: e fu la passione per il testo antico restituito alla sua purezza e per la gnoseologia platonica a suggerir loro quelle stereotipate invettive contro il metodo dei giuristi; così come, attraverso la critica delle grandi falsificazioni alto-medievali (lo pseudo-Isidoro o la cosiddetta donazione di Costantino), non poteron fare a meno di scontrarsi con la scienza giuridica canonistica. Passò una generazione; e l'egemonia che l'Umanesimo esercitava ormai in ogni settore della cultura fece nascere anche all'interno della scienza giuridica un movimento di riforma di segno dichiaratamente umanistico: lo inaugurò il milanese Alciato <sup>(43)</sup>, e i suoi scolari Bu-

<sup>(40)</sup> SAVIGNY, VI<sup>2</sup>, p. 433.

<sup>(41)</sup> MAFFEI, *Gli inizi*, cit., pp. 37 ss., 45 ss., 149 ss., cfr. anche 84 ss.

<sup>(42)</sup> SAVIGNY, VI<sup>2</sup>, p. 453; CAMACHO, *op. cit.*

<sup>(43)</sup> Sull'Alciato cfr. MOELLER, *Andreas Alciat*, Breslau, 1907; VIARD, *A. Alciat*, Paris, 1926; GIACOMI, *A. Alciatus*, Basel, 1934; BARNI, *Le lettere di Andrea Alciato giureconsulto*, Firenze, 1953.

deo <sup>(44)</sup> e Zasio <sup>(45)</sup> non tardarono a farlo arrivare in Francia e in Germania. Al di là della caduca polemica quotidiana quest'indirizzo, movendo dalle energie più pure che l'*amor intellectualis* per l'Antichità e l'idealismo platonico erano in grado di liberare, seppe creare tra lo spirito europeo e il diritto romano un rapporto radicalmente nuovo che è diventato poi tratto fisionomico tipico della storia del diritto privato moderno <sup>(46)</sup>. Al programma di questo movimento è necessario dare ora un'occhiata, essendo la sua prima formulazione emersa proprio dalla protesta contro la giurisprudenza dei *Consiliatores*.

2. a) L'impulso intimo, da cui tutto l'Umanesimo mosse, fu il desiderio d'un'esperienza nuova ed immediata dell'Antichità, per dar con essa sostanza a quella sorta di volontà religiosa di rinnovamento dell'uomo dalla quale tutta quest'epoca era come pervasa <sup>(47)</sup>. Da questa sintesi del desiderio d'un ritorno all'antico con la ricerca d'una nuova ed originale visione dell'uomo e del mondo presero corpo — attraverso quella riaffermazione delle idee platoniche, che nel XV secolo ebbe la sua sede più significativa nell'Accademia fiorentina — il *pathos* ed il metodo che furon proprî dell'Umanesimo. Questa riaffermazione del platonismo si tradusse anche in movimento di riforma religiosa nella

---

<sup>(44)</sup> Sul Budeo cfr. DELARUELLE, *Les origines*, cit.; BOHATEC, *Budé u. Calvin*, cit.

<sup>(45)</sup> Cfr. *infra*, pp. 226 s. e 234 ss.

<sup>(46)</sup> Cfr. *supra* pp. v ss., 69; con particolare riguardo alla situazione tedesca cfr. *infra* pp. 210 ss., 234 ss.

<sup>(47)</sup> « E col mio desiderio prepotente non dovrò / io richiamare alla vita quell'immagine unica? » (GOETHE, *Faust II*, Atto II, vv. 7438-7439, trad. it. F. FORTINI, Milano, 1970). Sul nucleo specificamente religioso — soprattutto cristiano-neoplatonico — delle concezioni rinascimentali cfr. WIEACKER, in: *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, 1966, pp. 373 s.; sul destarsi di questo pensiero nell'Accademia fiorentina del Quattrocento cfr. FRIEDRICH, *Epoche*, cit., p. 245: « Da questa affinità (*del cristianesimo e del neoplatonismo*: « entrambi sono dottrine di salvezza ») — non occorre qui parlare delle notevoli differenze — si spiega il facile assorbimento del plotinismo da parte di una religione poggiata su questi due pilastri: peccato originale causato dal pervertirsi della volontà umana, riscatto dell'uomo attraverso l'amore del dio diventato uomo ». Sul rinnovamento dell'uomo come compito religioso già nel Petrarca cfr. EPPEL SHEIMER, *Petrarca*, cit., pp. 60 s.

sostanza viva del modo d'essere del cristiano; e l'Umanesimo, come — attraverso la ricerca dell'originaria purezza testuale ebraica e greca al di là dell'intermediazione della *Vulgata* e del magistero ecclesiastico — mirava alla riforma della Chiesa, così esigeva anche dalla scienza giuridica il ritorno all'autenticità delle fonti. L'esito ultimo di questo atteggiamento — al di là di quelle scoperte filologiche, che da sè sole potevan dare alla cultura giuridica solamente un contributo alla conoscenza del Digesto — fu il rifiuto della mediazione delle *auctoritates* medievali nello studio del diritto romano. E così gli Umanisti schernivano l'*absynthius accursianus* <sup>(48)</sup>, o il culto di cui erano oggetto Bartolo e Baldo; mentre il loro rinnovato culto delle forme rifuggiva dal latino barbaro (ma pur così vitale) e dalla sprovvedutezza filologica e storica dei giuristi di professione. Attraverso queste, che sono palesemente delle esagerazioni, traspare — come dal dileggio del chierico ignorante di cui straboccano le pagine di Ulrico di Hutten — l'attacco del letterato iconoclasta contro le strutture della Chiesa e della scienza giuridica, bisognose entrambe d'una riforma. Ma questo aspetto polemico dell'Umanesimo, che pure non ne esprimeva i motivi più riposti ed autentici, mostrava anche di non intendere quali fossero i còmpiti veri della scienza giuridica, quando pretendeva di mettere al posto delle *auctoritates* concretamente utilizzabili il culto d'un puro ideale letterario.

b) Più in profondo, l'attacco degli Umanisti era diretto contro il modo d'intendere e d'insegnare il diritto ch'era proprio della giurisprudenza del loro tempo. La volontà d'apprendere e il metodo dei Glossatori erano originariamente germogliati dalle forze culturali più vive del Medioevo: ma quando, col trascorrer dei secoli, le questioni controverse s'infittirono e le figure logiche diventaron via via più complicate, scaddero le une e le altre in una pratica abitudinaria piatta e retriva. L'insegnamento ripe-

---

<sup>(48)</sup> Le più risalenti testimonianze italiane son già state richiamate or ora, alla nota 39; sui documenti tedeschi cfr. WIEACKER, *GuB*, pp. 47 ss. e *passim* (Apel, Hegendorf, Chansonette). Come nel testo si esprimeva ancora colui che più tardi moderò ulteriormente le proprie opinioni: ZASIUS, *Lucubrations*, Basileae, 1518, p. 43.

titivo farraginoso ed astratto dell'età dei *Consiliatores*, quale ci è testimoniato dai contemporanei, restava indietro rispetto alle esigenze pratiche che il tempo poneva.

Per contro l'educazione umanistica — nell'ottica dell'idealismo platonico il cui programma pedagogico si trovava enunciato nelle pagine del Menone <sup>(49)</sup> — vide nell'insegnamento una guida al riconoscimento (*ἀναγνώρισις*) delle idee nella loro eternità e realtà (e, tra queste, dell'idea del diritto): « insegnamento giuridico » venne perciò a significare risveglio nel discente delle idee innate intorno al diritto e alle sue specificazioni per avviarlo lungo l'itinerario che dal dato casuale e particolare conduce fino alla realtà ideale e universale <sup>(50)</sup>. Questa stessa indicazione gli Umanisti la riscoprirono — e fu cosa che destò il loro entusiasmo — nell'esigenza prospettata da Cicerone di attingere il diritto *ex intima philosophia*. Ma, così facendo, s'era anche posta l'esigenza d'una nuova sistematica giuridica, la quale — subentrando a quella « legale » tradizionalmente coerente alla struttura del Digesto — avesse in se stessa il proprio fondamento razionale. Anche in questa direzione l'incoraggiamento a procedere veniva da Cicerone: il quale — nella sua opera (perduta) *De jure civili in artem redigendo* — aveva affermato la necessità di disporre la materia giuridica alla stregua d'un'ars (*τέχνη*), d'una scienza — cioè — ordinata in guisa metodicamente corretta. Dell'affermazione di questa necessità l'Umanesimo giuridico fece la parola d'ordine della sua battaglia.

3. La ritrovata purezza delle fonti in luogo della continuità offerta dalla tradizione, l'intelligenza dell'idea al posto della conferma delle *auctoritates* con gli strumenti della logica formale, il

---

<sup>(49)</sup> Sugl'effetti dei dialoghi platonici sull'Accademia fiorentina, specialmente attraverso il Ficino cfr. FRIEDRICH, *Epoche*, cit., pp. 245 ss. (ma cfr. anche pp. 243 s.).

<sup>(50)</sup> Sulla pedagogia dell'Umanesimo italiano e sul suo infusso sull'Umanesimo tedesco a partire da Gregorio di Heimburg, cfr. DILTHEY, *Gesammelte Schriften*, III, cit., p. 49. Un'eco senza pretese di questo pensiero è dato di coglierla nella breve lettera didascalica dell'umanista di Wittenberg Kilian Goldstein (tra il 1550 e il 1560): « tu devi pensare *quod tota doctrina juris sit doctrina rationis quae nobiscum nascitur* » (facsimile, copia e commento in WIEACKER, *GuB*, pp. 98-101).

sistema invece dell'esegesi; nell'affermarsi di queste esigenze emersero per la prima volta le vocazioni che sarebbero state proprie della scienza giuridica moderna: verso la conoscenza delle origini storiche, verso l'idealismo giusnaturalistico, verso un sistema intimamente coerente, verso la concettualizzazione e — infine — verso il « neo-umanesimo » della Scuola storica. Ma, accennando a questa vittoria postuma degli ideali umanistici, anticipiamo troppo quello che sarebbe stato il successivo sviluppo della storia giuridica europea: giacchè, se badiamo agli esiti immediati, dobbiamo constatare che anche in Italia — dove l'Umanesimo era nato — col tramonto della stagione umanistica finì col trionfare la robusta tradizione del *mos italicus* <sup>(51)</sup>; ed anche in Germania la prevalenza dell'insegnamento tradizionale e l'urgenza dei compiti pratici che la Recezione fece propri ebbero il sopravvento sulla permanenza del programma umanistico <sup>(52)</sup>;

---

(51) Sulla reazione del *mos italicus* in generale cfr. già SPANGENBERG, *Eint. in d. röm.-just. Rechtsbuch*, 1818; e, poi, ALBERTARIO, *Introduzione*, cit., p. 142; SCHULZ, *Roman Classical Law*, Oxford, 1951, p. 5; sui suoi più remoti fondamenti MAFFEI, *Gli inizi*, cit., pp. 162 ss. Il suo rappresentante più significativo fu un italiano, giurista e storico del diritto, il quale, perchè protestante, insegnò ad Oxford: Alberigo Gentili (il suo capolavoro è: *Dialogi de juris interpretibus sex*, Londini, 1582; riedito da ASTUTI nel 1937): su di lui cfr. HOLLAND, *An Inaugural Lecture on A.G.* (1874; H. J. VAN DER MOLEN, *Alberico Gentili and the Development of International Law*, 1938; SPERANZA, *Alberico Gentili*, 2 voll., 1876 e 1910; ASTUTI, *Mos italicus e mos gallicus nei dialoghi De iuris interpretibus di Alberico Gentili*, Bologna, 1937; si richiama ancor oggi al Gentili la critica d'una romanistica conservatrice alla ricerca critica, alla quale — movendo da presupposti raramente pertinenti — rimprovera l'estraniarsi della ricerca storico-giuridica dai compiti, sia dogmatici che pratici, che son propri della vita giuridica: così soprattutto RICCOBONO (a tacer d'altro nella prefazione dell'edizione dei *Dialogi* del Gentili curata dall'Astuti); in Germania cfr. soprattutto KOSCHAKER, pp. 185 ss. (partic. pp. 194 s.) su cui cfr. PRINGSHEIM, *ZgStw*, CVII (1951), p. 373; WIEACKER, *Gnomon*, XXI (1949), pp. 192 s. Come atteggiamento latente questa critica è ancor oggi attiva negli attacchi (giustificati ed ingiustificati) che sogliono esser mossi alla critica testuale; il fondamento è da ricercare nella piega presa dalla discussione sulla recezione in Germania (cfr. *infra*, pp. 182 s., II, p. 89 ss.), quando si è identificata la recezione medesima come il venir meno d'un sistema concluso del diritto privato germanico ad opera d'un omologo sistema di norme d'origine romana: cfr. WIEACKER, *Festschrift. Klein*, 1967, pp. 186 s.

(52) Per questo cfr. *infra*, pp. 241 s.

solo in Francia e nei Paesi Bassi <sup>(53)</sup> — invece — la giurisprudenza umanistica aveva di fronte a sè uno splendido avvenire.

IV. 1. La teoria elaborata dai Glossatori e la prassi creata dai *Consiliatores* hanno mutato dalle fondamenta diritto Stato e società in Europa: e questo è successo per via della forza che — tipicamente nel nostro continente — hanno da sempre esercitato, sui rapporti pubblici, lo spirito razionalizzante e la cosciente applicazione d'un metodo. Il prestigio di cui la nuova scienza giuridica si trovò circondata fu appannaggio soprattutto delle istituzioni deputate all'insegnamento di questa scienza e delle realtà corporative in cui il ceto dei giuristi s'organizzò; destinatarie esclusive, le une e le altre, di quella sorta d'unzione che da quella scienza poteva esser dispensata. In realtà il giurista, questo personaggio all'apparenza così distratto dalla vita quotidiana, ha esercitato fin dalla fine del Medioevo una funzione decisiva nell'affermarsi della concezione razionale dello Stato e del diritto; questa funzione egli ha potuto esercitare giovandosi anzitutto del suo strumentario tecnico-concettuale e particolarmente della sua capacità di analizzare logicamente le situazioni di fatto e di argomentare e discutere in modo formalmente coerente con quell'analisi. Così operando, il giurista conferiva « oggettività » alla trattazione degli affari pubblici; e — nei limiti dell'umanamente possibile — reprimeva le emozioni irrazionali e gl'interessi materiali.

L'efficacia di questo intervento del giurista non si è limitata esclusivamente al campo del diritto privato, nè alla sola funzione giurisdizionale. Lo storico del diritto privato constata con facilità <sup>(54)</sup> che — per lo meno a nord delle Alpi — l'attività diplomatica e amministrativa del giurista, nelle istituzioni ecclesiastiche o principesche e nelle città regie, sopravanzava di gran lunga quella ch'egli compiva nell'esercizio d'una giurisdizione « colta ». Perchè là dove il diritto locale conservò lungamente intatto il suo contenuto — come avvenne in gran parte dell'Eu-

---

<sup>(53)</sup> Cfr. *infra*, pp. 243 s. (Umanisti francesi); 245 s. (Olanda); 335 s. (influsso sull'affermarsi della Scuola Storica).

<sup>(54)</sup> Cfr. *infra*, pp. 174 s.



ropa centrale e nord-occidentale — il giurista arrivò a sedere nei tribunali feudali soltanto passando attraverso l'amministrazione del principe; e — se si escludono le principali città — solo da ultimo i giuristi entrarono negli organi giudicanti comuni, dai quali avevan cercato lungamente di tenerli lontani i concretissimi interessi politici ed economici delle diverse classi sociali. Non, dunque, attraverso l'esercizio della funzione giurisdizionale — per lo meno da principio — i giuristi hanno collaborato alla creazione dello Stato moderno. Essi riuscirono anzitutto a dare un fondamento ideologico e giuridico alle pretese di sovranità avanzate dai principi, traendolo dalle fonti dell'assolutismo giustiniano; così come furon capaci — mettendo a profitto la loro tecnica più raffinata nella redazione dei documenti e nella discussione delle diverse questioni — di portare, nella pratica, lo stato principesco ad un livello di maggiore evoluzione e raffinatezza rispetto alle vecchie potenze. Nella misura in cui lo Stato moderno è riuscito per la prima volta a concentrare razionalizzare ed oggettivare le forme d'esercizio della signoria giovandosi d'un apparato amministrativo che restava stabile malgrado l'avvicinarsi degli ufficiali e i diversi e contrastanti interessi personali; nella misura in cui tutto ciò si è realizzato, deve darsene il merito ai giuristi come creatori di queste strutture (così come ai canonisti va il merito d'aver creato quella che a suo luogo abbiamo definito « Chiesa del diritto »).

Solo i giuristi, infatti, padroneggiavano tutto quel complesso di operazioni logiche, attraverso le quali era dato di ordinare il groviglio intricato delle quotidiane incombenze politiche entro schemi di cui fosse possibile venire a capo per via di logica; essi soli possedevan la chiave d'un diritto che aveva in sè una validità universale per essere affrancato da ogni sorta di frammentazione secondo i singoli luoghi e le diverse classi sociali; d'un diritto che ben poteva definirsi in ogni senso oggettivo, fondato com'era su argomentazioni logicamente verificabili.

2. Il giurista ha offerto il suo contributo all'edificazione dello Stato moderno in modi diversi a seconda delle differenti situazioni in cui vennero a trovarsi i principali territorî d'Eu-

ropa <sup>(55)</sup>. Ma, per il fatto che il suo influsso sulla vita pratica si accrebbe proprio al momento in cui venivano meno le potenze universali che avevan dominato durante il Medioevo, egli ebbe la strana ventura di rendere i suoi servigi per l'appunto agli avversari e ai vincitori di quelle forze spirituali, facendo leva sulle quali la scienza giuridica era venuta alla luce: una situazione paradossale, certo, nella quale si è spesso trovato ad esercitare la sua funzione il tecnico del potere, la cui vocazione è di servire sempre i potenti dei suoi tempi. Questi fortunati oppositori delle potenze declinanti furono, nel nostro caso, per l'Italia il Comune, per la Francia la Monarchia, per la Germania lo Stato territoriale.

a) In Italia il prestigio ad un tempo universale e nazionale di cui godeva il diritto romano faceva del giurista un arbitro neutrale nelle contese d'un Basso Medioevo dilaniato e privo ormai dell'autorità imperiale. Ora come consulente giuridico imparziale; ora chiamato, come ufficiale straniero programmaticamente estraneo alle fazioni in lotta, al governo temporaneo del Comune (Podestà) <sup>(56)</sup>; ora come giurista di palazzo d'un Signore che aveva accentrato ormai nelle sue mani tutto il potere, il giurista è sempre riuscito ad imporre un sistema « oggettivo » di principî logicamente coerenti intorno al diritto e allo Stato.

b) In Francia il legista offrì armi idonee alla Monarchia nella lotta ch'essa aveva ingaggiato contro la Chiesa, che — dopo

---

<sup>(55)</sup> Un eccellente panorama del contributo dato dai giuristi di scuola per portare a compiuta elaborazione l'organizzazione giudiziaria nei principali Paesi dell'Europa centro-occidentale è offerto dal LEFEBVRE, *Juges et savants*, cit., pp. 36 ss. (Italia), 56 ss. (Francia), 87 ss. (Spagna), 98 ss. (Inghilterra) e 110 ss. (Germania).

<sup>(56)</sup> Per questa materia resta fondamentale ENGELMANN, *Die Wiedergeburt*, cit., pp. 336 ss. (responsabilità dei giudici, regole sul sindacato e relativo procedimento) con un'accurata elaborazione delle fonti propriamente giuridiche, non confusa con una discutibile valutazione del procedimento in prospettiva di generica « giustizia politica ». Engelmann vede nei gelosi controlli e nelle irraguardose richieste di rendimento del conto di cui erano oggetto i Podestà stranieri il segno dell'alta cultura giuridica; Dahm crede piuttosto di scorgervi il sintomo d'una « psicosi dell'odio » che alimentava le tremende lotte che infuriavano nei Comuni basso-medievali (cfr. WIEACKER, *ZiStrafWiss.*, LX [1940], pp. 591 ss.; ed anche GENZMER, *ZSS, RA*, LXI [1941], pp. 276 ss.).

la caduta dell'Impero d'Occidente — era rimasta la sola potenza universale ad esser dotata d'un fondamento spirituale e perciò sostenibile con argomentazioni di natura giuridica; e, alla fine, consentì alla Monarchia medesima d'affermare la propria egemonia sull'avversario. E mentre più tardi — con la forza degli argomenti e col sussidio d'una raffinata tecnica del potere — sostenne la Corona nella sua battaglia contro le potenze feudali e regionali, egli divenne, specie a partire dal XV secolo, il creatore dello Stato nazionale francese (57). Le dure crisi del Cinquecento e del Seicento lo videro — per il vero — anche a fianco del partito degli Ugonotti e della Fronda; ma, alla fin de' conti, egli favorì la composizione della guerra civile di religione, da cui — per opera del Richelieu — uscì vittorioso l'assolutismo (58).

c) In Germania, più che in altre terre, fu compito peculiare del giurista — nell'estrema frammentazione degli ordinamenti giuridici e della coscienza dello Stato e del diritto in una nazione disgregata in se stessa — di mantenere in vita per lo meno un libero cetto di giuristi e una comune consapevolezza giuridica che operasse magari solo sur un piano scientifico. Certo, così facendo, egli non aiutava lo Stato nazionale, ma quel particolarissimo Stato principesco allora in auge, prestando così il proprio aiuto alla distruzione dell'Impero ad opera dei principi tedeschi. Non fu però colpa sua se la monarchia tedesca — dopo la fine della dinastia sveva — non riuscì più a trasformare il *Regnum teutonicum* in uno stato nazionale che avesse un avvenire. Tutte queste complesse situazioni saranno meglio chiarite, quando tra poco ci occuperemo più in particolare dello sviluppo storico-giuridico della Germania.

---

(57) GILMORE, *Arguments from Roman Law in Political Thought 1200-1600*, Cambridge (Mass.), 1941; SCHMITT, *Die Formung d. französischen Geistes durch die Legisten*, Paris, 1942; KOSCHAKER, pp. 294 s.

(58) NÜRNBERGER, *Die Politisierung des französ. Protestantismus*, 1948; esauriente il DE CAPRARIIS, *Propaganda e pensiero politico in Francia durante le guerre di religione*; I, 1959; SCHNUR, *Die französischen Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg des 16. Jhs. Ein Beitrag zur Entst. d. mod. Staats*, 1962.

PARTE SECONDA

**LA RECEZIONE DEL DIRITTO ROMANO  
IN GERMANIA**



## LO STADIO DI SVILUPPO DEL DIRITTO IN GERMANIA ALLA VIGILIA DELLA RECEZIONE

I. La situazione generale. — II. Il venir meno del potere statale. — III. Il mutamento dell'ordinamento giudiziario. — IV. La frammentazione degli àmbiti di esperienza giuridica nel Basso Medioevo. — V. La prima fase della recezione nell'ordinamento canonico e in quello 'civile': gl'inizi del diritto romano in Germania.

I. 1. La Germania s'era affacciata alle soglie del Basso Medioevo in condizioni assai diverse da quelle degli altri principali Paesi europei, in conseguenza delle vicende ch'essa aveva vissuto prima d'allora. Coerede dello Stato carolingio, la Germania fu, fin dai tempi degli Ottoni, portatrice e vittima ad un tempo dell'idea imperiale. L'eredità relitta dallo Stato romano aveva ripreso vita in queste terre in una forma arcaica, tale da restare indietro rispetto a quel processo di rinnovamento spirituale e culturale che prese le mosse dall'Italia e dalla Francia intorno al 1100. E non bisogna, poi, dimenticare che d'una tradizione autentica e diretta dell'Antichità poteva parlarsi solamente per le terre occidentali della Germania (una tradizione che, anche in queste contrade, s'era ben presto estinta): ai popoli tedeschi delle regioni centrali l'eredità culturale dell'Evo antico — come la tecnica architettonica che utilizzava la pietra, l'uso dell'alfabeto latino, la tradizione scolastica del *Trivium* ed il concetto di legge — arrivò soltanto quando ve la portarono i missionarî cristiani e l'amministrazione franca. Perciò i valori originarî propriamente germanici sopravvissero, nella coscienza giuridica e nelle stesse istituzioni, più tenacemente qui che non nelle terre ch'erano state incluse nel *limes* romano, senza — però — che riuscisse a conservarsi, pur in una così netta chiusura verso l'esterno, una cul-

tura giuridica germanica « preletteraria », come invece accadde in Scandinavia (specialmente in Norvegia ed in Islanda).

2. Su un terreno siffatto c'eran da aspettarsi sviluppi più spettacolari che nel Sud o nel Nord dell'Europa. Solo nel Basso Medioevo quel complesso di civiltà, che aveva già dato frutti tanto alti — nell'arte romanica, nella poesia degli antichi *Lieder* e nella prima grande epica — sotto le dinastie di Franconia e di Svevia, trovò modo d'esprimersi anche in monumentali compilazioni giuridiche redatte in lingua volgare. Soprattutto nello Specchio Sassone (*Sachsenspiegel*) Eike di Repgow <sup>(1)</sup> — rappresentante d'una cultura laicale e cavalleresca formatasi nelle scuole clericali — tracciò un quadro d'insieme di quel diritto locale sassone e tedesco che — non diversamente dall'architettura e dalla poesia dell'epoca — dev'esser considerato, non solo come monumento della cultura d'una nazione, ma anche come testimonianza d'uno stile culturale ch'era proprio dell'intera Europa. Lo Specchio Sassone si colloca in un più generale contesto di complesse ed elaborate compilazioni giuridiche, che — sotto l'influsso della scienza giuridica ecclesiastica e laica — furon redatte un po' dappertutto in Europa, dalla Castiglia alla Scandinavia, in quello stesso periodo (le *Ley de las Siete Partidas* di Alfonso il Saggio, la redazione delle *Coutumes* della regione di Beauvais opera di Filippo di Beaumanoir, il *De legibus et consuetudinibus Angliae* di Enrico di Bracton, il *Tractatus de legibus et consuetudinibus Regni Angliae* opera di Ranolfo de Glanvill) <sup>(2)</sup>. Perciò in queste compilazioni taluni elementi specificamente « medievali » — come l'uso d'un linguaggio cifrato, simbolico o allegorico, per esprimere le realtà dello spirito <sup>(3)</sup>; la struttura gerarchica dei

<sup>(1)</sup> Cfr. *infra*, nota 29.

<sup>(2)</sup> Per una visione d'insieme su questa materia, cfr. VINOGRADOFF, *Diritto romano nell'Europa medievale*, cit., pp. 60 ss.; 74 ss.; KOSCHAKER, pp. 75, nota 1, 144 s., 217 s.; WESENBERG, pp. 59, 72, 76; e soprattutto, con una panoramica intorno alle premesse di storia delle idee, GAGNER, pp. 319 ss.; 338 s. cfr. anche *infra* la nota 42.

<sup>(3)</sup> Sulle premesse generali di questo modo di presentazione del problema è fondamentale il rinvio a CASSISER, *Philosophie d. symbolischen Formen* (1929); sull'esperienza giuridica medievale — oltre gli Autori già citati alla nota 11 del § 2 (WACKERNAGEL, SCHWERIN, F. BEYERLE, SCHÖNFELD) — sono ancora da

rapporti intersoggettivi; l'etica del vincolo di fedeltà ch'era propria della società feudale — confluirono con altri più propriamente « germanici » (come la pregnanza tutta naturalistica del modo di concepire la realtà giuridica, l'uso di certi criterî nel tipizzare le situazioni, la icasticità ed evidenza delle forme, il riferimento all'*ethos* di clan (*Sippe*) come regola dei rapporti parentali) (4).

3. Dalla fine della dinastia sveva, però, questa cultura non riuscì più ad esprimere una coscienza unitaria, e cedette il passo a forze tra loro contrastanti, feconde — sì — e vitali, ma legate ognuna alle singole classi sociali e alle diverse situazioni storiche locali. A questa frammentazione seguì — ma solamente agl'inizî dell'Età moderna — una nuova tendenza verso un'unità d'espressione culturale determinatasi per l'influsso dei nuovi e coerenti modelli culturali che giungevano dal sud. Il diritto, in quanto espressione della cultura e della vita, seguì questa linea di sviluppo. A quella cosciente unità d'esperienza giuridica, che — pur sentendosi minacciata — aveva trovato ancora una volta modo d'esprimersi nello Specchio Sassone, tenne ben presto dietro una differenziazione e un'estrema frammentazione anche degli ordinamenti giuridici.

La causa più profonda di tutte queste trasformazioni è da ricercare in un mutamento delle forze storiche traenti, politiche sociali e culturali. Se fino all'età sveva *élites* lungimiranti, formate ad un modo di pensare non provinciale, affermarono nei ranghi più elevati della nobiltà e nell'alto clero uno stile culturale di livello europeo; la ricchezza, invece, e la varietà del Tardo Medioevo tedesco fu determinata proprio dalla diversità delle classi dirigenti di ciascuna regione, dall'emergere delle signorie territoriali, dalla piccola nobiltà cavalleresca degli *officia* e dalla borghesia delle città (5). Queste forze, che spesso si contrastavano

---

ricordare BORCHLING, *Rechtsymbolik im germ. u. röm. Recht* (1927); e REHFELDT, *Recht u. Ritus*, in: *Festschr. H. Lehmann* (1956), pp. 45 ss.

(4) Anche per questo è istruttivo rifarsi a GRØNBECHE, *Kultur u. Religion*, cit.; ed ancora — per taluni profili — a W. BAETKE, *Vom Geist u. Erbe Thule*, 1944, pp. I ss., 33 ss.

(5) Su questa iniziale separazione e differenziazione cfr., per tutti, H. HEIMPEL, *Deutschl. Mittelalter - Deutschl. Schicksal*, 1933, partic. pp. 19 ss.



reciprocamente, erano però tra loro alleate nell'impresa d'indebolire la potenza statale. Mentre la grande borghesia mercantile delle città costiere i cavalieri e i proprietari terrieri delle antiche stirpi estendevano la propria influenza sulle terre orientali da poco colonizzate, lo Stato unitario dell'età salica e di quella sveva s'infranse per via d'un nuovo dislocarsi dei poteri signorili, la cui espressione più appariscente fu il passaggio delle funzioni amministrative e di quelle giurisdizionali (ch'eran già state prerogativa del re) ai principati territoriali e alle città maggiori. E come l'indebolimento e la disarticolazione della coscienza giuridica comune era conseguenza diretta dello sfacelo del potere regio, così la razionalizzazione della vita giuridica tedesca mediante il diritto romano si fondò essenzialmente sulla volontà pianificatrice dei nuovi signori territoriali e delle città maggiori. Il punto di partenza d'un rivolgimento così radicale è da cogliere là dove la vita giuridica s'innesta direttamente nella struttura dell'organizzazione politica: nell'ordinamento giudiziario, cioè; il quale resta incomprensibile allo storico, se questi non lo guarda nella prospettiva di tutto lo sviluppo costituzionale del Tardo Medioevo.

II. 1. Il regno tedesco (*regnum Teutonicum*) era stato, fino all'estinguersi della dinastia sveva, uno Stato, magari malfermo, ma « unitario » (anche se a questo termine non si può dare lo stesso significato che gli si dà quando si ragiona dello Stato moderno). Con questa sua fondamentale caratteristica esso era sorto dalle rovine della monarchia carolingia, come Stato burocratico — amministrato da una nobiltà investita dal re di questo ufficio — ed aveva soppiantato, anche in terra di Germania, quello che — pur fra non pochi dubbî e con molte cautele — potremmo forse chiamare « Stato popolare ». Fino a quest'epoca è da farsi risalire la formazione d'un diritto comune a tutto il territorio, un diritto secondo il quale era stata tracciata quella distinzione tra le classi che lo Specchio Sassone descrisse poi con l'immagine degli scudi dell'esercito.

Questo Stato era però, allo stesso tempo, uno Stato feudale: i suoi funzionari eran dotati e mantenuti dal re mediante l'investitura d'una signoria feudale sur un territorio; la gerarchia degli ufficiali era fondata sul rapporto, tipicamente feudale, della *fide-*

*litas*. L'istituzione feudale — nata, probabilmente, da una fusione tra i rapporti di concessione fondiaria della tarda Antichità e il vincolo di fedeltà personale tipico delle stirpi germaniche (*Gefolgschaft*) <sup>(6)</sup> — univa in sè la concessione d'un territorio con un rapporto personalissimo di servizio e di fedeltà. L'esercizio delle funzioni pubbliche (quali la leva militare, la giurisdizione e il potere di batter moneta) non era di per sè connesso all'investitura del territorio; ma di fatto il re conferiva questi poteri ai grandi signori feudali a titolo di *officium*.

2. Il decadere del *Regnum teutonicum* fu conseguenza del particolare sviluppo che ebbe in Germania l'assetto costituzionale della società feudale <sup>(7)</sup>. A differenza di quanto accadde nel Regno anglonormanno ed in terra di Francia, i re tedeschi non riuscirono — alla lunga — a consolidare i propri poteri di fronte alla multiforme realtà della vita politica e sociale: e questo principalmente perchè la lotta che gli Svevi condussero contro i Guelfi le città lombarde e la Curia fu resa possibile soprattutto grazie alle grandi concessioni fatte alla feudalità di rango più elevato <sup>(8)</sup>. Queste concessioni consistarono nell'ereditarietà dei feudi, nella predeterminazione rigorosa delle prestazioni dovute dai vassalli e nella stabile acquisizione dei poteri regi da parte dei principi ed in particolare dei principi elettori (questo processo si sarebbe concluso più tardi, con la Bolla d'oro del 1356). Tutte queste situazioni di privilegio, le quali erano già state ottenute in anticipo dai più potenti feudatari dell'Impero (*statutum in favorem prin-*

---

<sup>(6)</sup> Una panoramica su queste controversie — che in questa sede non è il caso di approfondire — e i necessari ragguagli bibliografici sono offerti, per tutti, da SCHWERIN-THIEME, pp. 85 ss., 106 ss.; e da CONRAD, DRG, pp. 309 ss., con ulteriori approfondimenti pp. 320 ss.

<sup>(7)</sup> MITTEIS, *Lehnrecht u. Staatsgewalt*, 1933; ID., *Le strutture giuridiche e politiche dell'età feudale*, trad. it. L. MENCARELLI FICHTE, Brescia, 1962; sulle continue e multiformi controversie cfr., per tutti, soltanto SCHWERIN-THIEME, pp. 103 ss., 108 s.; CONRAD, DRG, I, pp. 309 ss.

<sup>(8)</sup> Sulle questioni di fondo e sulla sostanza del problema qui si può anche fare a meno di entrare in dettaglio: cfr. T. MAYER, *HistZ*, 159 (1939), pp. 457 ss.; SCHLESINGER, *Die Entstehung d. Landesherrschaft*, I, 1941; O. BRUNNER, *Land u. Herrschaft*, IV ed., 1959; indagini particolari di storia del territorio in SCHWERIN-THIEME, pp. 192 ss. e soprattutto in CONRAD, DRG, I, pp. 310 s.

*cipum*, 1231; *confoederatio cum principibus ecclesiasticis*, 1232), furono trasferite ai feudatari ricorrendo allo strumento dell'investitura o della concessione a tempo indeterminato o anche della falsificazione di privilegi sovrani (*privilegium maius*). Già alla fine del XII secolo questi principi godevano — in conseguenza di questi privilegi — d'uno *status* di autentici signori territoriali (*domini terrae*). I pilastri fondamentali di questo potere ereditario de' principi erano (accanto al diritto di batter moneta, di esercitare o concedere le miniere e di percepire i dazi doganali) il potere di render giustizia e, per i principati maggiori, l'affrancazione dalla devoluzione al tribunale regio quale giudice d'appello<sup>(9)</sup>. Questo stabile trapasso degli antichi poteri pubblici ai titolari dei feudi maggiori fece sì che in Germania la vicenda storica delle istituzioni statuali e dell'intera esperienza giuridica si legasse da allora in poi a quella degli Stati principeschi sorti nel Tardo Medioevo dalla signoria territoriale.

3. Alla decomposizione del potere regio corrispose una concentrazione di quelli che già si esercitavano all'interno de' singoli territori.

L'organizzazione feudale di più basso rango fu sostituita con una struttura burocratica signorile<sup>(10)</sup>: venne così man mano costituendosi tutta una trama di rapporti tra i sudditi d'uno stesso territorio. Per la storia del diritto fu decisiva la circostanza che, tra i poteri che i principi esercitavano sui territori loro soggetti, fosse compresa anche la potestà di render giustizia; e, so-

---

<sup>(9)</sup> Invero una parte della letteratura coglie in questo insieme di facoltà anzitutto un primo nucleo di « potere statale » inteso in senso moderno (cfr., per tutti, SCHWERIN-THIEME, p. 192, nota 7). Su queste controversie sul sorgere del potere statale cfr. BRUNNER, *Land*, cit., pp. 3 ss. eppoi GERNHUBER, *Landfriedensbewegung in Deutschland bis z. Meinzer Landfrieden*, 1952, partic. pp. 60 ss. Su questo discorso non sono prive di influsso tutte le diverse sistemazioni delle discipline connesse alla storia del diritto pubblico (*Verfassungsgeschichte*) e della storia generale (su questo cfr. WIEACKER, *Evangelion*, cit., p. 359; ID., *Notizen*, cit., 6 ss.) e la questione attinente all'oggetto specifico della storia giuridica.

<sup>(10)</sup> SPANGENBERG, *Vom Lehnstaat zum Ständestaat*, 1912; v. BELOW, *Territorien u. Stadt*, II ed., 1923; BRUNNER, *Land*, cit.; per una panoramica sulla problematica odierna può vedersi CONRAD, DRG, I, pp. 302, 314 s., 320 ss. (ove ragguagli bibliografici).

prattutto, quella di condannare alle pene capitali (*bannum sanguinis*) gli uomini liberi non appartenenti alla nobiltà: perchè attraverso l'esercizio di questo potere — ed in particolare tramite i consigli di giuristi di cui i principi si circondarono — si crearono le premesse alla recezione del diritto romano.

Questo sviluppo non si compì senza momenti di reazione, specialmente nel XIV secolo. Soprattutto la scarsità di disponibilità finanziarie, resa più acuta ed evidente dal rinascere d'un'economia monetaria, costrinse molti principi ad alienare od impegnare i loro beni alla nobiltà, alle istituzioni ecclesiastiche o alle città; ed anche il formarsi di vincoli stabili tra cavalieri o fra città entro àmbiti più vasti dei confini d'un solo principato rappresentavano una minaccia ai troppo recenti poteri dei principi <sup>(11)</sup>. I più lungimiranti e spregiudicati dei quali fronteggiarono queste crisi stringendo più ampî vincoli di pace, mettendo in opera una duttile e scaltra politica ecclesiastica e finanziaria; e, soprattutto, con una razionalizzazione delle strutture di potere tale da riuscire a prevalere — alla distanza — sulle più arretrate forze disgregatrici. Questi strumenti, che nel resto dell'Europa occidentale giovarono al costituirsi delle monarchie nazionali, non furono più sufficienti in Germania a ridar vigore a quel potere regio che avrebbe dovuto esercitarsi sur un territorio troppo vasto e che proprio per questo era soggetto, qui più che altrove, all'attacco delle forze centrifughe.

La consolidazione delle sovranità territoriali si compì attraverso la razionalizzazione del potere statale, giovando così alla recezione del diritto romano. Nello « Stato di stati » quattrocentesco il Principe riuscì a prevalere sugli « stati » proprio in virtù di quell'uso degli strumenti dell'amministrazione e della tecnica giuridica di cui lui solo possedeva la chiave: e la possedeva perchè gliel'avevan procurata i giuristi. Inserendo nel suo consiglio privato — nel quale in origine avevan seduto i rappresentanti delle classi (*Stände*) — dei funzionari « tecnici » e spesso stranieri, il Principe si provvide — forse secondo un modello d'origine franco-burgunda <sup>(12)</sup> — uno strumento amministrativo

<sup>(11)</sup> O. BRUNNER, *Politik u. Wirtschaft in d. dtsh. Territorien (Vergangenheit u. Gegenwart)*, 1937, pp. 404 ss.; cfr. anche GERNHUBER, *Landsfriedensbewegung*, cit.; la letteratura più risalente è reperibile in FEINE, *Dtsch. Verfassungsgeschichte d. Neuzeit*, 1943, §§ 2 e 3.

<sup>(12)</sup> HARTUNG, *Dtsch. Verfassungsgeschichte vom 15. Jh. bis z. Gegenwart*, VIII ed., 1964, pp. 74 s.

efficiente, nel cui ambito al giurista era riservata una posizione-chiave. E quando dal Consiglio privato, accanto alla Cancelleria generale (una sorta di ministero degli'interni) e alla Camera dei conti (una specie di ministero delle finanze), si distaccò e divenne autonomo anche un Tribunale principesco (*Hofgericht*), l'influsso dei giuristi si fece sentire anche sull'amministrazione della giustizia<sup>(13)</sup>. Inoltre, per il fatto che gli « stati » continuavano a partecipare al Consiglio di corte (*Hofrat*), s'impose come necessario il distacco da questo Consiglio d'un Consiglio segreto o Gabinetto, da cui in sèguito sarebbero derivati tutti i massimi organi dello Stato assoluto, e nel quale le questioni eran trattate esclusivamente da giuristi. L'antico Consiglio del principe, formato dagli « stati », si ridusse talvolta a tribunale territoriale d'appello: nacque così, nel Brandeburgo, dalla « Camera di consiglio » (*Ratsstube*) del Principe il Tribunale camerale (*Kammergericht*).

La formazione degli Stati territoriali ha avuto una parte decisiva nella recezione del diritto romano. Questi Stati, infatti, fin dal loro sorgere, per il solo fatto di porsi come unica fonte di produzione del diritto, resero impossibile la conservazione e lo sviluppo d'un unico ordinamento giuridico tedesco sovraregionale; ed inoltre essi — avvalendosi in così larga misura dell'opera dei giuristi — apriron le porte a quel diritto comune ch'era, per l'appunto, un diritto di formazione giurisprudenziale.

4. Un effetto analogo ebbe — seppur per vie diverse — l'affermarsi dell'autonomia delle città. Secondo una pur discussa opinione, le città più importanti si svilupparono da un mercato annesso al castello o all'episcopio<sup>(14)</sup> e caratterizzato da un suo proprio complesso di regole consuetudinarie; e, sviluppandosi, per un verso compressero l'autorità di chi aveva fino ad allora eser-

(13) Cfr. *infra*, pp. 260 ss.

(14) Sui fondamenti sociologici resta ancora classico M. WEBER, *Economia e società*, trad. it., Milano, 1961; uno sguardo d'insieme sul complicato panorama delle controversie storico-giuridiche sull'origine della città (da SOHM, *Die Entst. d. dtisch. Städtewesens* [1890] e BELOW, *Entst. d. dtisch. Stadtgemeinde* [1889] e ID., *Ursprünge d. dtisch. Stadtverfassung* [1892] fino al PLANITZ, *Die dtisch. Stadt im MA* [1954] e al volume collettaneo *Studien z. Anf. d. europ. Städtewesens*; Konstanz, Vorträge 1955/56 edito a cura di TH. MAYER) è offerto per tutti dal CONRAD, DRG, I, pp. 322 ss.; e, da ultimo, da ESEL, pp. 53 s.

citato sulla città la propria signoria, e — d'altra parte —, instaurando il rapporto nuovo di cittadinanza, infransero la stratificazione per classi ch'era stata propria della società agraria e feudale, conquistando alla fine una giurisdizione loro propria. Queste città si crearono progressivamente un ordinamento: o attraverso il giuramento che i cittadini eran chiamati a prestare, o usurpando i poteri <sup>(15)</sup>, o recependo quest'ordinamento dalle città dominanti per via di concessione o in forza d'una *deditio*.

L'influsso che questo processo di formazione delle istituzioni cittadine ebbe sulla recezione del diritto romano, però, fu assai meno unitario di quello esercitato dagli Stati territoriali principeschi. Certamente anch'esso tendeva a determinare — nel tessuto dell'esperienza giuridica — quelle differenziazioni, che — in genere — ebbero una funzione così stimolante per la recezione; ma si formarono per questa via — tramite le masse di ordinamenti cittadini tra loro simili — anche quei complessi giuridici sovraregionali (fortemente omogenei al proprio interno), che alla recezione si opposero tenacemente <sup>(16)</sup>. Il superamento degli ordinamenti giuridici fondati sulla struttura feudale delle classi, il maggior bisogno di tipizzazione proprio dell'economia cittadina e del grande commercio indussero ad una più marcata intellettualizzazione nell'inquadramento delle fattispecie giuridiche ed a una più netta razionalizzazione nell'applicazione delle norme. Dove queste esigenze presero vigore per tempo ed attraverso la formazione d'un complesso normativo locale — come accadde nelle città anseatiche della Germania settentrionale — ne nacque una sorta di « immunizzazione » nei confronti del diritto romano. Al contrario, nelle città della Germania meridionale ed in epoca di poco successiva, per un verso i rapporti coi centri commerciali dell'Italia del nord e il crescente bisogno di documentazione per i trasferimenti immobiliari per il traffico delle merci e per i negozi del credito aprirono la strada al notariato latino, e — d'altronde —

---

<sup>(15)</sup> EBEL, negli scritti che son citati *infra*, in questo stesso paragrafo, alla nota 35.

<sup>(16)</sup> Cfr. *infra* pp. 152 s.; è ricco di riferimenti e di notazioni anche il lavoro del REIBSTEIN, *Das Völkerrecht d. dtisch. Hanse*, ZföfRuVR, 17 (1956), pp. 38 ss.

la maggiore apertura dell'orizzonte culturale facilitò la via alla penetrazione della nuova scienza giuridica.

5. Ma anche al di fuori dell'ambiente cittadino l'emergere della nuova economia monetaria e di scambio attaccava alla radice la coscienza giuridica dell'età precedente, mentre distruggeva la trama de' rapporti feudali e le signorie terriere che vi si fondavano. Se fino ad allora lo scambio delle prestazioni all'interno della signoria e della concessione fondiaria s'era basato su un rapporto personale di servizio e di fedeltà destinato a rinnovarsi alla morte d'ogni soggetto che vi avesse partecipato, ora questi medesimi rapporti vennero sentiti come incorporati alle *res* che ne erano oggetto nella misura in cui i titoli dei possessi e i loro trasferimenti si perdevano in un passato immemorabile. Obbligati e legittimati erano, ora, gli attuali titolari dei rapporti, senza che s'avvertisse la necessità d'un'indagine volta ad accertare l'esistenza in passato d'un fondamento socialmente adeguato alla prestazione del mantenimento a favore del primo concessionario; i compiti a cui erano obbligati i concessionari si ridussero a gravanze pecuniarie d'importo negoziabile ed i servizi personali ad utilità puramente economiche. Questa pietrificazione dell'antico assetto sociale, agl'inizi del Cinquecento, portò alle sollevazioni dei più bassi strati dei beneficiari feudali e dei contadini, ed incoraggiò — durante la Riforma protestante — la confisca de' beni ecclesiastici <sup>(17)</sup>. Ma, già nel Basso Medioevo, il radicale mutamento nella struttura del possesso aveva determinato il forzato superamento delle eccezioni « causali » mediante il riconoscimento del valore dell'immemorabilità, ed aveva così favorito la valorizzazione del concetto romano di proprietà al quale è estranea una precisa connessione fra diritto e onere reale.

III. I. Il venir meno del potere regio e l'emergere delle forze particolari coinvolsero anche — coi poteri giurisdizionali — l'ordinamento giudiziario, la formazione del diritto e gli *status* giuridici.

---

(17) Cfr. SCHWERIN-THIEME, pp. 115 s. Quel che segue è dovuto alle preziose indicazioni date da F. BEYERLE in una comunicazione (inedita) tenuta al Rechtshistorikertag di Magdeburgo nel novembre del 1942 ed avente per titolo *Rezeption, Rezeptionskritik und Überwindung*.

Fin dai tempi più remoti l'idea germanica di tribunale s'era fondata sulla distinzione tra funzione di « presidenza » dell'organo giudicante e soggetti incaricati della redazione delle sentenze ma al contempo privi d'ogni potere formale. Il giudice, in quanto titolare d'un potere giurisdizionale, era colui che pronunciava la « pace » giudiziaria e dirigeva il dibattimento; i redattori della sentenza si limitavano a « trovare » la decisione che spettava poi al giudice di far eseguire. La coscienza giuridica germanica aveva — dalle origini fino alle soglie di quest'età — trovato in questa ripartizione de' còmpiti attinenti alla giustizia una garanzia di partecipazione dei consociati all'accertamento del diritto e una protezione contro ogni pericolo d'arbitrio <sup>(18)</sup>. Solo al termine della Recezione — in esito ad un contrasto pluriscolare — il processo affidato a « funzionari della giustizia », che affondava le proprie radici nella tradizione bizantina, finì col prevalere su quella distinzione tra giudici e redattori della sentenza.

Mentre nello « Stato nazionale » germanico a decidere le sentenze era la comunità, nell'ordinamento giudiziario franco ed in quello salico — fondati entrambi sullo scabinato — la redazione della sentenza era una funzione riservata ad un àmbito assai ristretto di soggetti: e non si trattava solamente d'una divisione sociale del lavoro, ma anche dell'esplicito affermarsi d'una nobiltà sul resto dei consociati liberi. A partire dall'età franca il giudice era un ufficiale regio (*comes, centenarius*) o un suo sostituto stabile; più tardi (e fu circostanza significativa) un ufficiale alle dipendenze del signore feudale; nel tribunale regio era lo *scultetus* in quanto ufficiale del signore territoriale. Questi antichi tribunali dei distretti e delle *centuriae* propri dello « Stato nazionale », in conseguenza del fatto che la loro presidenza venne affidata a ufficiali regi, si trasformarono in tribunali regi.

2. Dal tribunale distrettuale (*Gaugericht*) del conte franco e dall'intervento (*Ding*) — autonomo o richiesto — della centena (d'un più ristretto àmbito giudiziario ed amministrativo, cioè) nacquero nel Medioevo i tribunali territoriali di grado più o meno elevato, nel senso che i *centenarii* divennero gli assistenti del conte ed in sèguito i suoi stabili sostituti <sup>(19)</sup>. Le competenze per materia, in origine, erano diverse per i tribunali più elevati ri-

---

<sup>(18)</sup> A questo proposito cfr. BOEHM, *ZfStrafrechtswiss.*, 60 (1940), pp. 155 ss. (con riferimento alla sede scabinale di Lipsia).

<sup>(19)</sup> Cfr. PLANCK, *Das dtisch. Gerichtsverfahren im M.A.*, I, II (1878-79); HIRSCH, *Die hohe Gerichtsbarkeit im dtisch. M.A.*, II ed., 1958; valutazioni diverse e correttive in GERNHUBER, *ZSS, GA, LXXVI* (1959), pp. 401 ss.; CONRAD, *DRG, I, 2*, pp. 140 ss. e 374 ss.



spetto a quelli di rango inferiore: ai primi, infatti, era affidata la cognizione delle *causae maiores*.

Questa ripartizione delle competenze secondo le materie fu, in prosieguo di tempo, sostituita da un'altra fondata sulle diversità di classe dei giudicabili. I tribunali territoriali più elevati vennero alle dipendenze dei signori locali e attrassero alla propria cognizione le controversie tra i liberi, mentre quelli meno elevati si trasformarono spesso in tribunali di corte e di villaggio competenti a conoscere le cause dei servi della gleba. In tutti e due questi casi chi per il passato era stato un ufficiale regio si trovò a capo del tribunale in virtù dei poteri suoi propri: la giurisdizione di grado più elevato fu voluta e conseguita, da chi già esercitava la signoria sul territorio, come elemento qualificante e decisivo della propria asserita sovranità; mentre — significativamente — i proprietari terrieri cercarono di ottenere il riconoscimento della propria giurisdizione inferiore da parte del signore territoriale.

Questa sistemazione delle competenze secondo la stratificazione delle classi determinò la rottura dell'originaria unità dell'ordinamento giuridico dell'intera stirpe.

3. Dall'originario ed indifferenziato ordinamento giudiziario territoriale tesero a differenziarsi anche i tribunali cittadini (20). Presieduti in un primo tempo dal signore della città, questi organi giudiziari diventarono poi — in seguito al nascere e al consolidarsi delle immunità giurisdizionali delle città — tribunali « generali » entro un ambito territoriale urbano, presieduti da un ufficiale appartenente all'amministrazione cittadina. Alcuni di questi tribunali acquistarono — affiancandosi ai consigli cittadini, come istanza giurisdizionale (21) — una rilevanza che andò al di là dei limiti territoriali della loro competenza come sede scabinale (22). In particolare quelle città, le quali — al momento della loro fondazione — si erano potute riallacciare ad un più antico ordinamento cittadino, solitamente si fecero istruire sul-

(20) Cfr. soprattutto CONRAD, pp. 325 s., 382 s.

(21) La funzione fondamentale esercitata dalle sentenze del Consiglio di Lubecca nella formazione e nello sviluppo dell'ambiente giuridico che prese forma intorno a quella città è diventata comprensibile specialmente attraverso la pubblicazione e l'utilizzazione fattane dallo EBEL (cit. *infra* alla nota 35). Per la letteratura precedente cfr. PLANITZ, ZSS, GA, L (1935), pp. 2 ss.

(22) Cfr. *infra*, pp. 264 ss.

l'ordinamento della « città-madre » dagli scabini di questa. I responsi degli scabini così interpellati non avevano di per sè valore di sentenza: essi erano espressione di quel costume, tipicamente tedesco, in virtù del quale « trovare » il diritto oggettivo — secondo la bella espressione di Jacob Grimm — sarebbe come prendere in prestito il lume del vicino. Per questo tramite ebbe modo di svilupparsi un influsso generalizzato delle sedi scabinali più autorevoli (Francoforte sul Meno, Ingelheim, Eisenach, Lipsia e Magdeburgo), specialmente nei territorî orientali che subirono la colonizzazione tedesca: gli unici luoghi, cioè, dove il diritto autòctono lasciava già di per sè largo spazio al formarsi d'una coscienza riflessa di tipo casistico-forense e d'un'esperienza propriamente giuridica.

4. Una crescente importanza assunsero, per via del successo conseguito dalla progressiva centralizzazione dei poteri principeschi, i tribunali di corte dei signori territoriali. Soprattutto nei territorî più importanti, che si eran conquistati dall'Impero il *privilegium de non evocando* (che si riferiva al potere del sovrano di avocare a sè le controversie prima che fosse stata pronunciata la sentenza) e quello *de non appellando* (attinente al procedimento d'impugnazione delle sentenze), l'autorità centrale — il Consiglio di corte — diventò anche il Tribunale supremo del principe, anche se non sempre gli fu riconosciuta una competenza esclusiva. Membri del tribunale di corte erano i rappresentanti degli « stati »: cavalieri, ecclesiastici e città. Ma, nella misura in cui il principe li sostituì con suoi consiglieri personali, ovvero ottenne che gli « stati » vi deputassero giuristi colti, la giurisdizione « colta » trovò così un'occasione propizia per affermarsi: e tanto più facilmente essa potè affermarsi, quanto più proprio nei territorî più grandi non v'era un patrimonio giuridico unitario, ed era perciò giocoforza ricorrere al diritto romano (per assicurare quell'unità giuridica, di cui era avvertita la necessità politica e che i principi più avveduti sentivano anche come esigenza di giustizia). Ed è ovvio che il tribunale del principe, col dare tanta importanza all'unità di contenuto e d'indirizzo dell'attività giurisdizionale, finì — di fatto — con l'imporre anche ai giudici di grado inferiore la recezione del diritto comune.

5. Così tutti quegli organi giurisdizionali che erano destinati a svolgere in futuro una funzione particolarmente rilevante tendevano tutti verso quel decentramento che rappresentava la conseguenza naturale del venir meno del potere imperiale. Fino ad un certo periodo, se in Germania vi fosse stato un tribunale — regio o imperiale — capace di imporre la propria autorità, sarebbe stato possibile mantenere l'unità del diritto patrio, dandogli anche una coerente struttura logica e di principî: così come avvenne in Inghilterra, ad opera della *Chancery* reale <sup>(23)</sup>; o in Francia, grazie all'amministrazione centrale del re e ai grandi tribunali costituiti dai Parlamenti <sup>(24)</sup>, e grazie alle *Ordonnances* regie che — a partire dal XV secolo — dettero ordine (secondo un piano lucidamente prestabilito) e selezionarono quelle *Coutumes* che erano in tutto omologhe ai diritti locali che vigevano in terra di Germania. Dove, invece, la giustizia del re era per tempo svanita senz'alcuna speranza di risorgere: organo del potere centrale ancora in epoca franca e titolare d'una giurisdizione d'equità esercitata da alti dignitari ecclesiastici <sup>(25)</sup>, il tribunale regio venne meno successivamente (al contrario di quel che accadde nell'Europa occidentale) per via della mancanza d'una residenza stabile del re, d'un centro amministrativo altrettanto stabile e di giudici-funzionari anch'essi stabili. Quello che prese il suo posto — il tribunale imperiale (*Reichshofgericht*) dei secoli seguenti — non fu più in grado di far riconoscere la propria competenza ai *domini terrae* che nel frattempo s'eran fatti più forti. I tribunali territoriali regi non potevano assolvere i compiti che sarebbero stati tipici d'un tribunale regio unico (e perciò « generale »); i tribunali dei governatori imperiali avevano solamente limitate competenze per materia, e le singolari Sante Feme si sottrassero presto al potere regio. Quando, da ultimo, alla fine del XV secolo, la riforma che dette vita allo « Stato degli stati » sottrasse all'Impe-

<sup>(23)</sup> Che per lo meno fino al Cinquecento era formata da chierici eruditi di diritto canonico e romano. Sul precedente comune cfr. KOSCHAKER, pp. 249 ss. ed ora LEFEVRE, *Juges et savants*, cit., pp. 102 ss., 106.

<sup>(24)</sup> KOSCHAKER, p. 251; LEFEVRE, partic. pp. 72 ss. e 77 ss.

<sup>(25)</sup> Riferimenti sono reperibili in WOHLHAUPTER, *Aequitas canonica*, 1931; sugli effetti e sui fondamenti equitativi cfr. da ultimo KAUFMANN, *Aequitatis iudicium*, 1959.

ratore il Tribunale della camera imperiale (*Reichskammergericht*), riorganizzandolo con successo e sottoponendo alla sua competenza i più deboli tra i sudditi dell'Impero, essa non trovò più un'organica e coerente tradizione giuridica tedesca e non ebbe altra via d'uscita, per poter disporre d'una procedura unitaria e raggiungere l'uniformità nell'applicazione del diritto, che affidarsi al Diritto comune.

Così, quest'ultima significativa creatura costituzionale d'un Impero ormai irrimediabilmente invecchiato si trasformò proprio nel principale veicolo della recezione del Diritto comune in Germania.

IV. 1. Al venir meno dell'ordinamento giudiziario generale corrispose la reciproca disarticolazione di molteplici àmbiti d'esperienza giuridica. Perchè, secondo l'originario modo d'intendere dei popoli germanici <sup>(26)</sup>, il diritto diveniva una realtà constatabile solo al momento della sua applicazione e della pronuncia della sentenza, la quale soltanto era in grado di far affiorare una coscienza giuridica che non poteva giovare del sussidio della scrittura. In conformità a questa concezione del diritto l'uso dei re germanici di redigere in scritto le loro leggi (un uso ch'essi avevano appreso dalla tradizione risalente alla Tarda Antichità, e che aveva trovato impulso nell'età franca dalle *leges barbarorum* e dai Capitolari) cedette poi per secoli il passo al consolidarsi d'una tradizione giuridica non scritta. È opinione comune <sup>(27)</sup> che le tipiche norme scritte dell'età franca — i Capitolari — siano cadute in desuetudine con la fine dell'epoca carolingia; gli ordinamenti delle diverse stirpi di ceppo germanico continuarono il loro itinerario di formazione e di sviluppo attraverso la tradizione giudiziaria e occasionalmente furono accertati attraverso le raccolte di consuetudini, ma non trovarono più chi desse loro una rinnovata ed organica forma scritta. Perciò la loro stessa esistenza

---

<sup>(26)</sup> KERN, *HistZ*, 120 (1919), pp. 1 ss.; SCHULTE, *HistJb*, 53 (1936), pp. 131 ss.; fondamentale, per un verso KRAUSE, *ZSS, GA*, LXXV (1958), pp. 206 ss., e — per un altro verso — EBEL, pp. 11 ss. e *passim*.

<sup>(27)</sup> Da BESELER (*Über d. Gesetzeskraft d. Capitularien*, 1871) in qua. Sui capitolari è eccellente il lavoro del GANSHOF, *Was waren die Kapitularien?*, 1961, EBEL, pp. 36 ss.

era vieppiù minacciata; perchè, mentre negli ordinamenti minori la mancanza di norme scritte poteva venir compensata, o dalla coscienza giuridica che si veniva formando nel contesto d'una comunità locale forte della sua stessa quotidiana effettività (come dimostrano certe raccolte di consuetudini agrarie redatte assai tardivamente, addirittura in epoca moderna), o — nelle città — dal continuo esercizio della giurisdizione arbitrale, tutto ciò non era più possibile quando si trattava dell'ordinamento « generale » d'un intero popolo. Già in pieno Medioevo i diritti nazionali — che fino ad allora avevano avuto vigore sulla base del principio di personalità della legge — s'eran trasformati in ordinamenti territoriali in conseguenza delle migrazioni interne, della colonizzazione delle terre orientali e del progressivo affermarsi del potere locale esercitato dai signori feudali; e perciò da gran tempo era venuto meno l'antico legame tra il vigore di questi ordinamenti e la coscienza viva dell'appartenenza ad un determinato popolo.

Ed una prova puntuale di quanto fosse vivo il presentimento dell'imminente perdita di questi antichi patrimoni<sup>(28)</sup> può vedersi nella circostanza che un nobile scabino della Germania centrale entrato a far parte del ceto dei *ministeriales* — Eike di Repgow — avvertisse la necessità di mettere in scritto nello Specchio Sassone (tra il 1220 e il 1235, pochi decenni dopo l'epopea dei Nibelunghi) il più imponente tra i diritti nazionali, e che lo facesse non senza volgere indietro uno sguardo preoccupato all'originaria unità di quel diritto.

Lo Specchio Sassone è « figlio » di quella stessa cultura laica, nobile e cavalleresca, a cui l'età sveva fu debitrice della fioritura della poesia in lingua volgare: d'un terreno culturale — cioè — sul quale ebbero la ventura di confluire la tradizione germanica e la più universale cultura del Medioevo<sup>(29)</sup>. Al ramo basso-tedesco di questa fioritura appartenne lo stesso Eike con la sua Cronaca universale sassone. Se non si tien conto di questa sua appartenenza culturale, non si riesce a capire nemmeno la sua impresa; perchè il suo modo d'intendere il diritto era ben saldamente radicato nel contesto culturale europeo del suo tempo, ed egli stesso fu molto meno distante dalla mentalità dei Glossatori di quanto possa sembrare a prima vista<sup>(30)</sup>.

(28) *Specchio Sassone*, versi introduttivi tedeschi, 33 ss.

(29) Sulla personalità di Eike cfr. FEHR, ZSS, GA, XXXVII (1916), pp. 131 ss.;

Il successo senza pari che arrise a quest'opera molto al di là dei suoi naturali confini etnici e addirittura al di fuori dei limiti geografici ch'eran segnati dall'uso del parlar tedesco <sup>(81)</sup>, creò nella Germania settentrionale ed in quella centrale un'isola assai cospicua di tradizione giuridica di ceppo germanico, la quale resistette a lungo anche molto tempo dopo la Recezione: ma — non ostante il suo successo — quest'opera non poté impedire

---

PALMER, *Eike v. Repgow als religiöse Persönlichkeit*, 1925; SCHWERIN, *Lexicon d. dtsh. Mitt.*, I (1933), pp. 518 ss.; THIEME in *Die grossen Deutschen*, I (1956), pp. 187 ss. e, soprattutto, ERIK WOLF, GRD, pp. 1 ss. La più recente critica della tradizione mostra con certezza l'esistenza di stratificazioni nello Specchio Sassone (che resta pur sempre il più significativo dei documenti biografici su Eike), le quali rendono incerte le illazioni a proposito dei dati riguardanti la personalità del suo autore.

<sup>(80)</sup> Su queste connessioni cfr. ora, per tutti, GAGNER, pp. 305 s. La testimonianza di Eike a proposito dell'origine divina del diritto («*Got is selve recht*») è di chiara matrice cristiana — teologica, anzi; e, più specificamente, agostiniana (*fons justitiae Deus*) —: cfr. EBEL, p. 12.

<sup>(81)</sup> Traduzioni in alto-tedesco, polacco e latino: vedi la relativa bibliografia in CONRAD, pp. 360 s.; derivati da questa compilazione, che aprirono altre regioni germaniche all'influsso dello Specchio Sassone, sono lo Specchio Tedesco (*Deutschenspiegel*) (prima del 1259 oppure 1273: in parte versione alto-tedesca ed in parte rielaborazione d'una compilazione giuridica generale non più legata ad un preciso ordinamento di stirpe) e la più importante rielaborazione dello Specchio Tedesco, il «*diritto imperiale territoriale e feudale*» (il cosiddetto *Schwabenspiegel*, dopo il 1273), il quale — a giudicare da una traduzione ceca e da una francese — raggiunse anche le popolazioni non tedesche dell'Impero. Nel Quattrocento si formò a Lipsia — in chiave di diritto territoriale sassone — una concordanza dello Specchio Sassone con questi testi da esso derivati. Rielaborazioni locali dello Specchio Sassone, particolarmente importanti per i territori colonizzati ad oriente, furono il Libro di Görlitz, le Leggi territoriali di Breslavia, il diritto scabinale del Libro della Città di Berlino (1357), lo Specchio livone (XIV sec.). Sul cosiddetto Specchio Sassone d'Olanda cfr. la bibliografia in CONRAD, I, 2, p. 360 (HIRSCH, VAN ITERSÓN); su altre compilazioni di leggi territoriali o cittadine dell'area tedesca, cfr. *infra*, pp. 283 ss. e 291 ss.

Un analogo riassunto dallo *Schwabenspiegel* è il Libro delle leggi territoriali (*Landrechtsbuch*) di Roberto di Frisinga (1328?) — così importante per la consolidazione dell'ordinamento territoriale bavarese — a cui d'altronde è da riferire il Libro delle leggi bavaresi del re Lodovico di Baviera (per il vero quello dei suoi figli, 1346): cfr. KUNKEL, *Qu. z. neueren Privatrechtsgeschichte*, II Abt., *Landrechte* (1935), pp. XIII s. con ulteriori ragguagli; cfr. anche *infra*, p. 291.

nè arrestare il processo di dissoluzione dei diritti nazionali o la decadenza delle legislazioni locali.

2. a) Nazionale nella sua essenza fu anche il diritto territoriale (*Landrecht*), pur se riuscì a conservare differenti gradi di compattezza: mentre, infatti, l'unità di quello franco e di quello svevo s'infranse, assai per tempo, una maggior coesione interna — in territorî più decentrati, anche se meno estesi — conservarono l'antico diritto bavarese e quello frigio. Le deliberazioni prese dalle Comunità territoriali frigie a conclusione delle loro riunioni (che in epoca più recente si tenevano ad Upstalboom presso Aurich), gli ordinamenti dei *Länder* e le deliberazioni che via via si aggiungevano alle prime costituiscono il primo esempio di raccolte (in lingua volgare) di norme di diritto ad un tempo nazionale e territoriale che il Medioevo ci abbia tramandato. Compilate a partire dal XII secolo, tramandate ed elaborate in diverse redazioni frisie ed in lingua medio-basso-tedesca (*mittel-niederdeutsch*) <sup>(32)</sup>, mostrano — accanto a residui antichi molto risalenti — un'alta potenza espressiva nella quale l'antico e ormai consolidato linguaggio giuridico delle regioni occidentali germaniche si fonde mirabilmente con l'eloquenza clericale e predicatoria <sup>(33)</sup>: esse costituiscono il maggior monumento dell'antica lingua frisia, e — al tempo stesso — uno dei più vigorosi documenti dell'esperienza giuridica tedesca nel suo insieme.

b) Nell'ambito dei tribunali competenti a giudicare i *ministeriales* si venivan formando diversi complessi normativi in ordine alle prestazioni dei servizi, e nei tribunali signorili ordinamenti innumerevoli, validi ognuno nell'ambito della propria *curtis*: di entrambe queste categorie di ordinamenti lo Specchio Sassone non tenne conto, per via del loro gran numero e della loro estrema frammentazione. In conseguenza della ristrettezza dell'ambito territoriale del loro vigore,

---

<sup>(32)</sup> Prima edizione condotta con rigore scientifico, quella del RICHTHOFEN, *Friesische Rechtsquellen* (1840; ristampa 1960); HETTEMA, *Oude friesche Wetten*, I/II (1846-1851); eppoi BORCHLING, *Die niederdeutschen Rechtsquellen Ostfrieslands*, I (1908). Ultima edizione quella di BUMA-EBEL, *Das Rühringer Recht* (1963) con una aderente e viva traduzione dello EBEL (pp. 24 ss.). In argomento cfr. RICHTHOFEN, *Untersuchungen üb. fries. RGesch.*, I/III (1880-1886); HIS, ZSS, GA, XX (1899), pp. 39 ss. e LVII (1937), pp. 58 ss.

<sup>(33)</sup> A. HEUSLER, *Altgerm. Dichtung*, II ed. (1943), pp. 50 s.

questi stessi ordinamenti di rado furon redatti per iscritto: le norme restaron consuetudinarie, ed annualmente si provvide ad accertare, mediante un'*inquisitio* tutte le consuetudini vigenti.

Soltanto più tardi, e qualche volta già per un interesse antiquario, queste consuetudini d'ambiente rurale — *Teidinge* (come le si chiamarono, dalla voce medio-alto-tedesca *tagedinc*) o *Öffnungen* — vennero redatte in forma scritta: e quella loro così amabile limpidezza era destinata a far la gioia della storiografia giuridica romantica <sup>(84)</sup>.

c) La cosa di gran lunga più significativa, però, fu che presero forma, e s'individuaron differenziandosi gli uni dagli altri, gli **ordinamenti cittadini**. Essi nacquerò in virtù d'un privilegio del signore della città; e, a partire dal XIII secolo, anche attraverso l'esercizio d'una giurisdizione arbitrale legata al « diritto patrio » dei singoli luoghi: W. Ebel ha mostrato, nelle sue fondamentali ricerche, le connessioni profonde del processo formativo di questi ordinamenti cittadini con l'originaria concezione germanica del diritto, per un verso; e, per un altro verso, con l'affermarsi delle città quali realtà istituzionali politicamente autonome <sup>(85)</sup>. Per questo la redazione scritta, per lo meno nei luoghi in cui i singoli ordinamenti vennero formandosi, non fu la regola: questo processo di formazione è ricostruibile, piuttosto, attraverso la prassi giudiziaria degli scabini. L'impulso alla redazione scritta venne per il solito dalla fondazione di nuove città legate ognuna ad una sua « città-madre » (è il caso di Lubecca 1243-1297 e di Magdeburgo 1235-1361). A partire dagli ordinamenti di queste città si vennero formando — sia nell'ambito della madrepatria germanica che, soprattutto, nei territori di colonizzazione — delle correnti di imitazione legislativa: quella che partiva da Lubecca e si espanse sulle coste baltiche fino a Reval, quella che moveva da Magdeburgo e si estese nell'area continentale di colonizzazione fino a Lublino e nell'Ucraina, e

---

<sup>(84)</sup> È classica la raccolta del GRIMM, *Weistümer*, I/VI (1840-1869); cfr. *infra*, II, p. 88. Una antologia assai ben assortita è quella del KÜNSSBERG, *Deutsche Bauernweistümer* (1926). Sulla consuetudine come concetto base della forma normativa cfr. EBEL, pp. 12 ss.; sulla consuetudine agraria in senso stretto, pp. 16 ss. Ulteriori ragguagli in CONRAT, I, 2, pp. 362 s.

<sup>(85)</sup> Principalmente in: *Die Willkür* (1959); *Bursprake, Echteding u. Eddach*, in: « Gott. Festschr. d. dtsh. Stadtrecht » (1958); *GeschdGes*, 2, pp. 53 ss.



quella — infine — che nasceva dai dominî degli Zähringen (le due Friburgo — di Selva Nera e di Svizzera —, Berna, Villingen ed altre città) ed era il « prodotto » d'una dinastia feudale dell'Alemannia meridionale divenuta per tempo assai potente ed altrettanto per tempo decaduta.

3. Non rientra fra gli scopi che ci siam prefissi una ricostruzione storica più dettagliata di queste redazioni legislative: nell'economia del nostro discorso ha molta più importanza sottolineare l'influsso che, sulla Recezione ormai imminente, ebbero il processo di differenziazione delle singole esperienze giuridiche locali, o il fatto stesso della redazione in iscritto dei varî complessi normativi, o — infine — le peculiarità di contenuto ch'eran proprie di ciascuno di questi ordinamenti di recente formazione. Mentre la frammentazione territoriale degli ordinamenti giuridici — insieme ad altre circostanze — favoriva il processo di recezione (nella misura in cui a questa frammentazione si veniva contrapponendo una vigorosa volontà di progettazione unitaria), la redazione scritta degli ordinamenti locali ebbe — per conto suo — effetti diversi.

a) Questa redazione potè ritardare la Recezione, là dove essa, nel fatto, si trovò a contrastare questa o quella delle sue cause storiche (il difetto di certezza del « diritto patrio », o la sua polverizzazione). Ciò accadde per quelle redazioni che si guadagnarono fama al di là del loro originario ambito territoriale, più spesso nelle terre orientali — da poco aperte alla colonizzazione, e quindi bisognose d'un'organizzazione — che non nei territorî d'antico insediamento più ricchi (e più carichi) di storia. Questa forza frenante ebbe modo di emergere e di operare sia in quel vasto spazio in cui si esercitò l'influsso dello Specchio Sassone sia nelle terre orientali dove s'eran venute formando quelle aree legislative consolidate (*Stadtrechtsfamilien*) di cui ora facevamo cenno.

Anche nei territorî soggetti alla signoria feudale dei Witten, invero, la persistente autorità dello Specchio Sassone non potè ostacolare la penetrazione del diritto giurisprudenziale <sup>(36)</sup>. Ma la

<sup>(36)</sup> Con questa formula diritto giurisprudenziale — che da noi ha avuto recentemente una certa fortuna (cfr. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967) — traduciamo quella tedesca *das gelehrte Recht*,

giurisdizione « culta » delle Facoltà giuridiche di Lipsia e di Wittemberg e delle sedi sabinali che furono in parte occupate da maestri di queste medesime Facoltà si sviluppò entro la cornice della tradizione e per lo meno conservò integro il tessuto dell'ordinamento. Nel contempo la prassi erudita sassone conservava, proprio in forza di questa sua tradizione, un vantaggio — anche sul piano della coerenza scientifica — rispetto a quei territorî, nei quali invece la Recezione si operò in modo indiscriminato e con una acriticità tipicamente scolaresca.

Ma fu anche l'antica fama di queste Corporazioni di giuristi a far dei giudici collegiali di Lubecca <sup>(37)</sup> e degli scabini di Magdeburgo <sup>(38)</sup> un baluardo duraturo del diritto patrio. Qui, però, il travaso nella giurisdizione « culta » non era possibile, per il fatto che i principi stranieri — per ragioni attinenti al contenuto delle norme e per motivi confessionali o di politica nazionale — eran sempre più ostili ad assorbire elementi estranei al patrimonio tradizionale proprio dei loro domini.

Al di fuori di questi territorî i primi accenni di formazione d'un'attività giurisdizionale che sopravanzasse i limiti territoriali d'una singola regione si arrestarono già durante il Basso Medioevo: questo accadde per il tentativo del tribunale d'appello che sedeva in **A q u i s g r a n a** d'acquisire un'ulteriore competenza territoriale nella Germania orientale; e per l'opera — così feconda agli inizi — dell'altro tribunale d'appello che aveva sede ad **I n g e l h e i m** <sup>(39)</sup> (entrambi — ed è circostanza che merita d'esser sottolineata — operosi dove avevano avuto sede palazzi ed amministrazioni regie).

---

pur senza nasconderci la non perfetta corrispondenza tra le due espressioni. Altra volta (in « Quad. fior. », 3/4, 1974-75, p. 704), di fronte alla medesima espressione al plurale, ci parve meglio renderla con *jura communia*. Ma si tratta sempre di approssimazioni, che certo non contentano mai appieno nè chi le adopra nè chi le legge (*N.d.t.*).

<sup>(37)</sup> Edizioni: EBEL, *Die Lübecker Ratsurteile* (1955-1958); sulla materia cfr., dello stesso EBEL, *Lübisches Kaufmannrecht* (1951); *Die Lübische Rechtsfindung, Urteilsbildung u. Zuständigkeit.*, in: « Gedächtnisschr. Rörig » (1953), pp. 297 ss.; *Bürgerliches Rechtsleben d. Hansezeit in Lübecker Ratsurteilen* (1955).

<sup>(38)</sup> Edizioni: WASSERSCHLEBEN, *Sammlung dtsh. Rechtsquellen* (1872); FRIESE-LEISEGANG, *Magdeburger Schöffensprüche*, I (1901); WEISZÄCKER, *Die Magdeburger Schöffensprüche für Leitmeritz* (1943) e *für Posen* (1944); per Görlitz: ZSS, GA, LXV (1947), p. 344; per Lipsia: KISCH, *Leipziger Schöffenspruchsammlung* (1919); per Stendal: BEHREND, *Das Stendaler Urteilsbuch* (1868).

<sup>(39)</sup> ERLER, *Die älteren Urteile des Ingelheimer Oberhofs*, I/IV (1952-1963); cfr. *infra* alla nota 47.

b) Invece, dopo ch'ebbe avuto inizio la Recezione generalizzata, le redazioni scritte delle legislazioni ebbero per lo più effetti contrastanti perchè, se spesso vi si pose mano sotto l'impressione suscitata dalla nuova scienza giuridica, esse finiron poi con lo spianar la strada proprio al diritto romano.

c) Ma soprattutto nelle legislazioni cittadine trovò posto la disciplina di quelle nuove materie a cui dava consistenza la progressiva razionalizzazione della vita giuridica basso-medievale. Vi si espresse (e vi trovò una regolamentazione nazionale e coerente) quella struttura ch'era germogliata nel rigoglio economico dei singoli territori, e che aveva sostituito i rapporti di produzione « naturali » con quelli monetari, il vincolo delle prestazioni personali proprio dell'economia curtense col libero lavoro artigianale. Nell'esercizio dei mestieri, nel commercio che veniva assumendo un'ampiezza geografica fino ad allora sconosciuta, nella produzione delle materie prime, alla mentalità propria d'un'economia di sopravvivenza sottentrava ora uno sconfinato desiderio di guadagno che innescò un processo esplosivo anche nell'economia cittadina <sup>(40)</sup>.

Queste tendenze imponevano un po' dovunque l'adozione di forme giuridiche che sopravanzavano i limiti propri degli ordinamenti territoriali <sup>(41)</sup>. Nel campo dei diritti reali una parte del patrimonio immobiliare urbano si venne affrancando dai legami della signoria fondiaria di tipo feudale e dai vincoli familiari, commercializzato al pari d'ogni altra « merce », e — al tempo stesso — si trovò disponibile al crescente bisogno di credito. La presenza di questi beni immobili suscettibili di circolazione favorì

---

<sup>(40)</sup> Sui presupposti sociologici ed economici cfr. WEBER, *op. cit.* alla nota 14, e lo scritto di GILISSEN a cui accenneremo alla nota seguente, vol. 8, pp. 5 ss.

<sup>(41)</sup> Un panorama fondamentale è offerto ora dallo EBEL, *Die rechtsschöpf. Leistung d. dtsh. Bürgertums* (Konstanz u. Stuttgart, 1966).

Sul panorama europeo degli ordinamenti cittadini son da vedere i volumi collettanei dei *Rec. Soc. Bodin*, 6-8 (Bruxelles, 1954-1957) *La ville*; e soprattutto gli scritti di FONT Y RIUS, TIMBAL, BOULET-SAUTEL, CHEVRIER, DOLLINGER, GILISSEN, FEENSTRA (vol. 6, 1954); AMMAN, FISHER, VAN WERVEKE (vol. 7, 1955); TIMBAL, OURLIAC, YVER, THIEME, GIBERT, FEENSTRA (vol. 8, 1957, *Le droit privé*). Per la Spagna si può vedere lo scritto del GIBERT, *Annario Hist. Der.*, 12 (1956), pp. 183 ss.

il nascere di gravezze monetarie e d'oneri reali la cui documentazione legale dinanzi al Consiglio portò all'impianto dei primi libri fondiari cittadini. Con lo sviluppo del commercio a distanza e col rinvigorirsi della circolazione monetaria, nella produzione delle materie prime e nell'incipiente grande industria si venne formando — con un suo strumentario tecnico sempre più differenziato dalle altre branche dell'ordinamento — il diritto commerciale, il diritto della navigazione e quello cambiario. Nel contempo emergeva anche la società di persone, differenziandosi progressivamente dai rapporti di comunione familiare o ereditaria. Diversamente da quanto era accaduto nell'epoca in cui aveva avuto vigore la normativa sui servizi rurali e domestici, la mancanza di prestazioni servili lasciava spazio al contratto di lavoro libero, pur se la struttura stessa delle Corporazioni (*artes, officia*) — che, in Germania come in Italia, crebbero nelle maglie della stessa costituzione cittadina — poneva ancora dei limiti al libero dispiegarsi della libertà contrattuale nel campo dei rapporti di lavoro.

Questo sviluppo così complesso — lo abbiám già notato — non era necessariamente destinato a render più fecondo il terreno per la Recezione. In quei luoghi nei quali l'esigenza di liberarsi da tutti i vincoli feudali di disporre d'una più articolata tipologia negoziale e di attingere un più elevato livello di razionalizzazione dei rapporti era stata soddisfatta mediante l'adeguamento del diritto proprio, la Recezione si trovò ad essere ostacolata (a meno che — come accadde nelle regioni meridionali e sud-occidentali della Germania — una consuetudine di rapporti culturali ed economici particolarmente stretti non avesse aperto, già da lungo tempo, dei facili varchi alla penetrazione del diritto romano).

4. Di fronte alla crescente tendenza dello Stato verso la razionalizzazione un ordinamento germanico comune fondato sul diritto patrio avrebbe avuto possibilità di conservarsi e di svilupparsi solo a condizione d'un approfondimento scientifico e d'una « sistematizzazione » del proprio antico tessuto normativo: ma tutto ciò fu reso praticamente impossibile proprio da quella frammentazione degli ordinamenti e degli ambiti d'esperienza giuridica di cui abbiám parlato or ora; ed un discorso non dissimile

può ripetersi per la maggior parte del continente europeo. Specialmente nei Paesi Bassi, nell'Italia settentrionale e centrale, in Spagna ed in gran parte della Francia il diritto patrio — assai diverso dal diritto giustiniano e più vicino, nei suoi principi fondamentali, a quello germanico — era assai frazionato territorialmente e privo d'una sua propria riflessione scientifica. Perciò, questo diritto patrio soggiacque sempre alla giurisprudenza « colta » del diritto comune là dove particolari motivi politici non indussero i sommi organi giurisdizionali e darsi un ordinamento a raccogliere le proprie norme e ad elaborare un loro metodo. Quest'ultima ipotesi si verificò soprattutto in Inghilterra, dove già nel XII secolo le *Leges Angliae* di Bracton applicavano all'ordinamento autoctono il metodo della giurisprudenza erudita: a voler usare un paragone suggestivo, diremo che si trattò d'una « vaccinazione » contro il diritto romano (42). E in misura minore ciò accadde anche in Francia, dove — più che la raccolta delle *Coutumes* composta da Filippo di Beaumanoir — l'organica e coerente giurisprudenza del *Parlement de France* che sedeva a Parigi riuscì, fin dal XIV secolo, ad operare sul complesso unitario dell'ordinamento giuridico impedendo così l'influsso del diritto romano nella Francia settentrionale e centrale (43). Nell'Italia settentrionale e centrale, invece, e perfino nei Paesi Bassi, il di-

---

(42) VINOGRADOFF, pp. 74 ss.; sulla stessa materia cfr. KOSCHAKER, pp. 249 ss. (con una riserva contro l'estensione, accolta in questi scritti, degli influssi del diritto romano nella società medievale britannica); GENZMER, ZSS, RA, LXVII (1950), pp. 601 s.; LEFEBVRE, pp. 99 ss. Sull'opera di Bracton (ed. WOODBINE, I/III, 1915-1940) cfr. KANTOROWICZ, *Bractonian Problems*, Glasgow, 1941; KOSCHAKER, pp. 364 ss. (dove son reperibili ulteriori ragguagli); SCHULZ, *Bracton on Kingship*, Mem. Koschaker, I, pp. 21 ss., su Ranolfo di Glanville e il suo trattato cfr. VINOGRADOFF, pp. 76 ss.

(43) Cfr. AUBERT, *Hist. du Parlement de Paris*, II, Paris, 1894, pp. 384 ss. e *Nouv. Rev. Hist.*, 1916, pp. 63 ss.; KOSCHAKER, pp. 208 s., 224, 291 ss., 306 s., 388, 403 ss.; WESENBERG, pp. 57 ss.; MEIJERS, *Et. Hist. Dr.*, III (1959), pp. 293 ss.; LEFEBVRE, pp. 78 ss. (*Coutumes* regionali più risalenti). Per i Paesi Bassi cfr. GILISSEN, *Tijdschr.*, 18 (1950), pp. 36 ss., 293 ss.; FEENSTRA, *Verkenningen op het gebied der receptie van het romeinse recht*, Zwolle, 1950; ID., Mem. Koschaker, I, pp. 245 ss.; GENZMER, *Festschr. Laun* (1953), pp. 524 ss.; è istruttivo, ora, leggere il lavoro del VAN CAENEGEM, *Les arrêts et jugés du Parlement de Paris sur appels Flamands*, I: 1320-1453, Bruxelles, 1966.

ritto comune potè affermarsi in modo più incisivo. Ed anche in Germania, mancando una forza che fosse tempestivamente in grado d'unificare e di governare — attraverso una volontà politica centralizzata — i molti ordinamenti nei quali il diritto patrio s'era frammentato, la recezione del diritto romano fu inevitabile.

5. La polverizzazione delle giurisdizioni e dei fatti di normazione nel Basso Medioevo fu la più vistosa tra le cause estrinseche della recepibilità del diritto romano; ma, nel profondo, operarono mutazioni più radicali nel modo di considerare il diritto <sup>(44)</sup>, le quali — a lungo andare — fiaccarono perfino nell'antico ordine giudiziario tedesco la coscienza del proprio valore, scuotendo così anche il suo prestigio.

I giudici germanici « trovarono » le loro sentenze, attingendone il contenuto ad una coscienza giuridica che s'impose con la forza dell'evidenza, fin tanto che essa coincise con la più generale coscienza comune. Nella più antica concezione il diritto appariva, non tanto come norma (anche il diritto scritto dell'epoca s'intendeva più che altro come strumento di trasmissione o, al più, di rielaborazione d'un materiale di formazione consuetudinaria) <sup>(45)</sup>, quanto — piuttosto — come contenuto significativo del concreto rapporto oggetto di giudizio; sicchè — come è facile intendere

---

<sup>(44)</sup> Cfr. MICHAELIS, *Wandlungen d. Rechtsdenkens seit dem Eindringen d. fremden Rechts*, in: « Grundfragen d. neuen Rechtswissenschaft » (1935), pp. 10 ss.; BEYERLE, *Rezeption* cit. *supra* alla nota 16; DAHM, *HistZ*, 167 (1943), pp. 225 ss.; WIEACKER, *GuB*, pp. 9 ss.; KUNKEL, *ZSS, RA, LXXI* (1954), pp. 520 ss.; *Heidel. Jb.*, 1957, pp. 1 ss.

<sup>(45)</sup> Cfr. *supra*, la nota 26. Questo vale, del resto, anche per un diritto giurisprudenziale altamente sviluppato, come quello romano classico o quello anglosassone moderno. Sul profilo sociologico di questo tipo cfr. MAX WEBER, *op. cit.*, alla nota 14, pp. 456 ss. (dottrina giuridica « empirica » e « razionale »); è da vedere ora anche, proprio in questa materia, LOMBARDI, *Saggio*, cit., pp. 111 ss. Sul diritto romano cfr. per tutti WIEACKER, *Vom rom. Recht*, cit., pp. 148 ss. sulla giurisprudenza repubblicana partic. pp. 139 ss., 168 ss.; KASER, *Zur Methode der röm. Rechtsfindung*, *NachrGöttAkWiss.*, 1962, 2; sul diritto inglese cfr. DE BOOR, *Die Methode d. engl. Rechts u. d. dtsh. Rechtsreform* (1934); RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese*, ed. it. a cura di BARATTA, Milano, 1962; SCHWARZ, *John Austin u. d. Rechtswiss. seiner Zeit* (1934; ora anche in: *Rechtsgesch. u. Gegenwart*, 1960, pp. 73 ss.).

dalle sentenze scabinali che ci sono pervenute <sup>(46)</sup> — il diritto stesso era in assai modesta misura concettualmente comprensibile e suscettibile d'un insegnamento teorico. Nell'antica esperienza giuridica germanica l'autorità di chi pronunciava la sentenza non aveva fondamenti nè scolastici nè teorici — non s'identificava, cioè, con una disposizione avente un contenuto meramente concettuale — ma si basava, piuttosto, sull'esperienza concreta e sulla perizia acquisita; e, soprattutto, sul prestigio sociale. Nel fatto i giudici appartenevano per lo più alla nobiltà terriera al patriziato e a quelle famiglie della borghesia mercantile che partecipavano agli organismi politici collettivi.

Un tal modo d'amministrare la giustizia presupponeva però che il giudice fosse sempre in grado di valutare nitidamente e senza difficoltà la fattispecie che veniva sottoposta al suo esame, e che la sua personale coscienza giuridica si trovasse in naturale sintonia con quella degli altri consociati. Fintanto che ci furono da giudicare (e perciò, in qualche modo, da « dominare ») le situazioni di fatto proprie d'un'economia e d'una società in prevalenza agrarie, questi presupposti continuarono a sussistere in misura sufficiente. Quando, però, ebbe preso l'avvio quel processo di differenziazione sociale ed economica che fu tipico del Basso Medioevo, cominciò a non esser più tanto facile avere il quadro d'insieme dei singoli ambienti di vita, alla coscienza giuridica di ciascuno dei quali divenne più arduo per il giudice tener dietro in misura adeguata.

Nacque a questo punto quell'insicurezza che indusse coloro ch'eran chiamati a giudicare a chieder pareri sulle questioni di diritto ai collegi scabinali più rinomati (*Oberhöfen*) e più tardi anche alle Facoltà giuridiche.

Se, non ostante la progressiva varietà dei modi di vita, si fosse dovuta conservare l'unità della coscienza giuridica, sarebbe stata necessaria — a questo scopo — un'istituzione professionale a struttura corporativa e con una forte coesione al suo interno,

---

<sup>(46)</sup> Cfr. *supra* le note 37 e 38. Per la loro valutazione cfr. gli scritti di EBEL già citati alla nota 35 ed ora GUDIAN, *Die Begründung in d. Schöffensprechen d. 14. u. 15. Jhs.* (1960); le motivazioni vengono fuori dalla dettagliata esposizione delle circostanze di fatto.

composta da uomini che alla conoscenza del diritto avessero unito una profonda esperienza dei fatti della vita, come accadde nell'antica Roma e — più tardi — anche in Inghilterra. Tentativi in questo senso non mancarono nelle maggiori sedi scabinali <sup>(47)</sup>; ma, anche in questi casi, il diritto generale patrio non fu compreso in modo organico (se si esclude quanto accadde in Sassonia dopo la Recezione: cfr. *supra*, p. 148 e *infra*, p. 342): soprattutto non riuscì a prender consistenza un insegnamento giuridico, che rappresentava invece la condizione imprescindibile perchè potesse formarsi un « corpo » di specialisti tra loro stabilmente integrati. Oltre a ciò il mutamento intervenuto nei rapporti di potenza politica per via dell'emersione delle sovranità territoriali impedì che nell'ambito dell'antico ceto dei giuristi tedeschi si formasse un vincolo corporativo unitario o anche soltanto che vi si avesse il senso della comune appartenenza ad una tradizione; senza contare, poi, che assai per tempo i signori territoriali presero a respingere sistematicamente, considerandolo straniero, l'influsso « sovraregionale » delle sedi scabinali che si trovavano fuor dei

---

<sup>(47)</sup> Di fronte al panorama di sconnesione offerto dalle sentenze scabinali di Lipsia e di Magdeburgo finora pubblicate, il GUDIAN (*Ingelheimer Recht im 15. Jh.*, 1967), nelle sentenze di Ingelheim della prima metà del Quattrocento da lui studiate, ha trovato il segno d'un ordinamento completo e coerente, che quei giudici sapevano maneggiare correttamente e senza contraddizioni; un ordinamento, che — durante un periodo di più che sessant'anni — aveva consentito di decidere, secondo regole costanti, tutte le questioni controverse. Egli perciò conclude affermando che, in ogni caso, questi giudici avevano compreso in modo lucidissimo questi complessi normativi, al segno che le loro decisioni ben possono esser considerate il « prodotto » d'un'autentica attività di concettualizzazione. Similmente il fondamentale lavoro di EBEL sulle decisioni di Lubecca (cfr. *supra*, nota 35) ha messo in luce la trama d'un'attività giudiziaria ancor più solida e più « differenziata », in sintonia con un complesso di norme oggetto di generale e puntuale osservanza; ed una più acuta coscienza dell'obbligatorietà di questi principi. C'è, però, da considerare che queste constatazioni si riferiscono a corporazioni dotate d'una robusta coesione interna e stabilmente integrate; e che proprio qui la rinuncia all'astrazione concettuale o anche alla formulazione testuale delle norme avrebbe condannato questi ordinamenti a perdere il loro vigore di fronte alla letteratura romanistica. A ciò si aggiunse quel processo di riduzione del più esteso vigore territoriale di questi ordinamenti — conseguenza della nuova potestà giurisdizionale di portata regionale acquisita dai signori territoriali — a cui abbiamo alluso nel testo.



loro dominî (cfr. *infra*, p. 264). Per questo, in Germania, una sistematica elaborazione della scienza giuridica e il suo insegnamento dovevano germogliare, non già da radici autoctone, ma dal modello offerto dalle Università italiane e da quelle tedesche che s'eran venute formando in un secondo tempo ad imitazione del precedente d'Oltralpe. Insomma, un ceto di giuristi in Germania si formò, fin da principio, come portatore d'una scienza giuridica arroccata in se stessa.

Di fronte a questo ceto di giuristi colti e coscienti di sè, portati in palma di mano nelle cancellerie principesche e nei palazzi pubblici delle città, lo scabino incolto perse il suo prestigio: quella sua prassi giudiziaria incomprensibile secondo le leggi della logica formale (e perciò priva di certezza) non poteva più soddisfare le esigenze d'un'esperienza giuridica che s'era venuta profondamente razionalizzando. Come ha scritto un valente storico del diritto <sup>(48)</sup>, da questi giudici privi di cultura « si poteva tutt'al più ricever degli oracoli al posto d'una *ratio decidendi* »; e la gente non era più disposta ad accettare di questi oracoli, da quando il giurista colto fu in grado d'offrire la precisione logica (dando per ciò stesso la possibilità di controllare in modo razionale la motivazione delle sue decisioni): proprio su questo fatto trovò il proprio fondamento la giurisdizione dei signori territoriali e dei loro funzionarî. Per molti segni ci è dato d'intendere che proprio costoro non si contentaron più del richiamo alla consuetudine locale o alla coscienza giuridica tradizionale; sicchè, quando — per di più — concreti interessi politici di quegli stessi signori entrarono in gioco per far respinger la vecchia struttura giudiziaria, la sconfitta degli antichi scabini di fronte ai giuristi colti fu cosa fatta.

Poichè è ovvia la connessione fra questo rinnovamento e il processo di trasformazione che portò dalla società medievale allo Stato moderno, è ozioso anche domandarsi — come pure un tempo si fece — se sarebbe stato possibile « risparmiare » alla Germania la Recezione. Il corso stesso della storia costringeva a dare una risposta ovvia a questa falsa domanda: perchè i nuovi quadri di valori propri dello Stato moderno — con le loro esigenze di potenza e insieme di legalità — non potevan più tollerare una giurisdizione così totalmente

---

<sup>(48)</sup> A questo proposito si potrebbe ricordare la comunicazione inedita del BEYERLE che abbiám già citato *supra* alla nota 17.

priva di qualunque fondamento razionale. Nel patrimonio giuridico tradizionale di certe società latifondiste e aristocratiche (quella della Roma repubblicana, per esempio, o dell'antica Inghilterra o dell'antica Islanda) si può anche riscontrare un elevato contenuto ideale, una coscienza giuridica lucidamente consapevole di sé e perfettamente integrata (come, d'altronde, è comprovato da più d'un segno): gli è che l'Europa — ed in essa anche la Germania — ha mirato, nel bene come nel male, ad altri traguardi. Resta, semmai, da risolvere la questione (che può esser decisiva per una compiuta valutazione del pensiero giuridico), se alla giustizia tra gli uomini si rende miglior servizio percorrendo l'una o l'altra strada. In generale si può affermare che la parte più avveduta del pensiero giuridico europeo ha preferito la via della costruzione cosciente della struttura dei rapporti sociali alla stregua d'un parametro coerente anche da un punto di vista teorico: e questo ha comportato anche il riconoscimento del primato della scienza giuridica <sup>(49)</sup>.

V. 1. Con ciò si è già anticipato il discorso intorno alla recezione del diritto romano. È pur vero che nei secoli di cui stiamo ragionando — quelli, cioè, della crisi tardo-medievale dell'esperienza giuridica — non c'era ancora, di certo, in Germania quel ceto di giuristi laici che — a partire dalla metà del Quattrocento — operò l'applicazione del *jus commune* europeo nella giurisdizione civile e nella legislazione privatistica: non si può ancora parlare per quest'età d'un'autentica recezione (*Vollrezeption*) <sup>(50)</sup> del diritto romano. Ma già da tempo alcuni studiosi della letteratura tedesca tardo-medievale avevan richiamato l'attenzione sul fatto che già dal tredicesimo e soprattutto dal quattordicesimo secolo il diritto romano era largamente arrivato nell'Europa centrale per il tramite della giurisdizione ecclesiastica e della scienza canonistica <sup>(51)</sup>. Attraverso l'esame delle

<sup>(49)</sup> Cfr. *supra*, pp. 74, 89; ed *infra*, II, pp. 41, 52 ss.

<sup>(50)</sup> Vi era compresa la prevalente e principale applicazione del *jus commune* — specialmente per i rapporti di diritto privato — nei più elevati tribunali laici e nella legislazione generale, che — nell'Ottocento — fu l'oggetto principale delle ricerche in tema di Recezione e delle controversie a proposito di valore e disvalore della Recezione stessa. Sui fondamenti di questo fissarsi del positivismo scientifico nel concetto di recezione collegandolo alla Recezione « profana » cfr. WIEACKER, *Eranion* e ID., *Festschr. Klein* (1967), pp. 186, 189.

<sup>(51)</sup> In generale STOBBE, I, pp. 609-655: ma son già da vedere SCHAEFFNER, *Das röm. Recht in Deutschland während d. 12. u. 13. Jhs* (1859); MÜTHER, *Zur*

matricole universitarie italiane e francesi — specialmente di Bologna, Padova e Perugia, e in un secondo tempo anche di Montpellier e d'Orléans — fu possibile constatare quanto alta fosse, in quelle Università, la frequenza di studenti provenienti dalle regioni dell'Europa Centrale. Se è vero che la recezione del diritto romano nella pratica intervenne solamente a partire dalla metà del Quattrocento, vuol dire che quei giuristi che — a costo di grandi spese e dedicandovi una parte così significativa della propria vita — erano andati all'estero per formarsi una cultura giuridica rimasero, si può dire, disoccupati per quasi due secoli: e allora — a voler ragionare con un po' di logica — nasce spontanea la domanda quale fosse, in questo non breve periodo di tempo, la funzione di questi intellettuali. Negli ultimi anni si è attribuita grande importanza a questo processo che si è convenuto di chiamare « P r o t o r e c e z i o n e » (*Frührezeption*) <sup>(52)</sup>. Il qua-

---

*Geschichte d. Rechtswiss. u. d. Univers. in Dtschl.* (1876); ID., *Zur Gesch. d. röm.-can. Prozesses in Dtschl.* (1872); STINTZING, *Gesch. d. pop. Lit. d. röm.-kan. Rechts in Dtschl.* (1867; rist. Aalen, 1959); SECKEL, *Beitr. z. Gesch. beid. Rechte im M.A.*, I (1898). In particolare: ROCKINGER, *Über Formelbücher vom 13. bis z. 16. Jh. als rechtsgesch. Quellen* (1855); ID., *Über Briefsteller u. Formelbücher in Dtsch. während d. M.A.*, München, 1863, rist. New York, Franklin, 1961; la ricerca successiva — attraverso nuove conoscenze sulla formazione, sull'ascesa e sulle mutazioni delle élites istruite e alfabete del Medioevo — ha approfondito questi vecchi lavori, confermandone il fondamento: che la storia del diritto romano nel Medioevo nelle regioni a nord delle Alpi s'identificò in sostanza con la formazione, la presenza e l'incidenza nella vita pubblica degli esperti nell'arte dello scrivere e nella redazione degli atti, dapprima dei chierici e poi anche dei giuristi laici (cfr. gli scritti di GENZMER, COING, TRUSEN, STELLING-MICHAUD cit. alla nota seg.).

<sup>(52)</sup> Fondamentali, per quanto stiamo per dire, i seguenti contributi: KRAUSE, *Kaiserrecht*; GENZMER, Mem. Koschaker, I, pp. 279 ss., partic. pp. 324 ss.; ora anche ID., Conferenze romanistiche Trieste, Milano, 1960, pp. 157 ss.; ID., IRMAE, I, 1, a-d, § 37; ID., *Études Le Bras*, Paris, 1965, pp. 1207 ss.; COING, *Das Eindringen d. röm. R. in d. dtsh. R. d. Hochmitt.* (1955); ID., *Annali*, 3/4 (1959-60), pp. 1 ss.; TRUSEN; e, più tardi, REINCKE, *Festschr. Haff* (1950), pp. 170 ss.; KISCH, *Juridical Lexicography and the Reception of Roman Law*, Seminar 2, Washington, 1944, pp. 3 ss.; KUNKEL, Heidelberg, Jb. 1957, pp. 1 ss.; WIEACKER, *Festschr. Klein*, pp. 188 ss. Una prima ricostruzione globale da questo punto di vista è offerta ora dal COING, IRMAE, §§ 13-79; per l'Austria cfr. BALTL, IRMAE, V, 7, §§ 4, 5; per la Svizzera cfr. partic. STELLING-MICHAUD, *L'Université de Bologne et la pénétration du droit romain et canonique*, Genève,

le non è limitato alla recezione del diritto canonico, ma lo si fa cominciare con l'inizio dell'attività dei chierici colti di diritto romano e canonico.

Il concetto di protorecezione, quando lo si riferisca al diritto canonico, non è del tutto corretto. Perchè, diversamente da quanto accadde per il *jus civile*, la giurisdizione ecclesiastica e il diritto canonico furono introdotti — anche nell'Europa Centrale e Settentrionale — non già in un secondo tempo, ma tosto che la Chiesa, con la sua presenza, ebbe introdotto ed applicato il proprio ordinamento in tutte le regioni d'Europa <sup>(58)</sup>: la funzione di battistrada di questo processo di estensione fu assolta dagli *judices delegati* pontifici. Proprio per questa via costoro precorsero di tanto quella giurisdizione « secolare », che, esercitata nel campo dei rapporti giuridici privati, avrebbe per la prima volta fatto emergere la necessità d'una *recezione*. Con riferimento alla recezione del diritto romano, però, l'uso di questo termine vuol mettere in rilievo che la giurisprudenza colta (o, se si preferisce, il diritto giurisprudenziale) riuscì ad esercitare un suo influsso in Germania assai prima della recezione del diritto privato comune da parte dei tribunali laici (prima, cioè, di quella che poc'anzi abbiám definito *Recezione autentica* [*Vollrezeption*]): e questo poté accadere, non soltanto per il tramite dei tribunali ecclesiastici e della canonistica, ma anche nell'ambito degli ordinamenti « secolari ». Per questo sembra ancora opportuno, seguitando questo nostro discorso, mantener ferma la distinzione tra una « *protorecezione* » canonica e una protorecezione « profana »: avendo cura, però, di precisare che solamente nel secondo caso il termine *protorecezione* è usato in senso proprio.

2. Le prime volte che — a partire dal XIII secolo — il diritto romano fu utilizzato in Germania, questo accadde quasi sempre ad opera della Chiesa, e più in particolare della scienza

---

1955; S. et S. STELLING-MICHAUD, *Les juristes suisses à Bologne*, Gèneve, 1960; ELSENER, *Notare u. Stadtschreiber. Zur Gesch. d. Sweizer. Notariats*, Köln-Opladen, 1962; CLAVADETSCHER, *Mém. soc. hist. droit pays bourgign.*, 18 (1956), pp. 5 ss. (Rezia); ID., *Die geistl. Richter d. Bistums Chur*, Basel-Stuttgart, 1964; WALLISER, *Römisch. Einflüsse im Gebiet d. heut. Kantons Solothurn*, Basel-Stuttgart, 1965; per i Paesi Bassi cfr. i lavori del GILISSEN e del FEENSTRA cit. *supra*, alla nota 43; HERMESDORFF, *Tijdschr.*, 30 (1962), pp. 141 ss.; ID., *Tyðskref vir Hedendagse Rom.-Holl. Reg.*, Pretoria, 1957, pp. 97 ss.; per la Francia LEVY, *Tijdschr.*, 25 (1957), pp. 1 ss.; e, più in generale, LEFEVRE, pp. 56 ss. anche per le regioni di *droit coutumier*; per la Polonia cfr. TAUBENSCHLAG, *Mnemos. Pappoulias*, Atene, 1954, pp. 253 ss.

<sup>(58)</sup> Cfr. *supra*, p. 102.

canonistica <sup>(54)</sup>. Che, poi, queste influenze si facessero sentir subito anche nell'ambito dell'ordinamento secolare, fu dovuto al fatto che i tribunali ecclesiastici avevan competenza a decidere anche le *causae saeculares*; e che, poi, questi tribunali applicassero anche il diritto romano, era conseguenza di quel continuo scambio tra *jus civile* e *jus canonicum* sul quale abbiám già avuto modo d'intrattenerci (*supra*, p. 101). Tutto questo è confermato, per la Germania come per le altre nazioni d'Europa, dal gran numero di studenti tedeschi che frequentarono — fin già dal XII secolo — le Università italiane e francesi <sup>(55)</sup>; e se ne ha una puntuale riprova osservando al tempo stesso che la stragrande maggioranza di coloro che poi potranno essere identificati come studenti della Svizzera tedesca all'Università di Bologna compaiono di nuovo come investiti di importanti uffici dell'amministrazione ecclesiastica <sup>(56)</sup>. Verosimilmente questa situazione fu tipica di tutte le regioni di lingua tedesca (e, più in generale, dei paesi transalpini). Bisogna così — fin dagli inizi del Basso Medioevo — fare i conti con una larga infiltrazione dei canonisti e del diritto canonico anche nelle controversie secolari <sup>(57)</sup>, nella misura in cui gli uni e l'altro ebbero ingresso <sup>(58)</sup> nei tribunali ecclesiastici <sup>(59)</sup> (anche in quanto organi di giurisdizione arbitrale) <sup>(60)</sup>. In virtù della

<sup>(54)</sup> MUTHER, *Zur Gesch. d. röm.-can. Proz.*; GENZMER, *Kleriker*, cit.; TRUSEN; LEFEVRE. E, soprattutto, COING, IRMAE, §§ 5, 8, 21, 27-29.

<sup>(55)</sup> Da ultima cfr. COING, *op. ult. cit.*, §§ 15-17; cfr. anche *infra*, p. 222.

<sup>(56)</sup> STELLING-MICHAUD, *Les juristes suisses*, cit., pp. 39-191; WIEACKER, ZSS, RA, LXXVIII (1961), pp. 540 ss.

<sup>(57)</sup> TRUSEN, 34 ss.; COING, IRMAE, § 25. Sulla prima penetrazione del diritto ereditario romano per il tramite dell'esercizio della giurisdizione ecclesiastica nelle cause ereditarie, e della lotta fra clero e autorità temporali a proposito delle rispettive competenze anche nella Germania Settentrionale cfr. PIPER, *Das Testament im Braunschweiger Stadtrecht* (Gött. Dissert., 1959).

<sup>(58)</sup> Sulle *causae mixtae* dei tribunali ecclesiastici cfr. FEINE, pp. 433 s.; e sulle *causae saeculares* TRUSEN, pp. 34 ss.; cfr. anche *supra*, pp. 101 s.

<sup>(59)</sup> Per tutti cfr. TRUSEN, pp. 69 ss.

<sup>(60)</sup> La quale — liberata attraverso il *compromissum* dall'applicazione del diritto « laico » (patrio o romano che fosse) — conformemente ai dettami fondamentali della teologia morale ricorreva anche al diritto canonico che, nel proprio ambito, teneva luogo di *jus commune*: cfr. KRAUSE, ZSS, GA, LXXIII (1956), p. 452; sulla giurisdizione arbitrale in genere cfr. KRAUSE, *Die geschichtl. Entw. d. Schiedsgerichtswesens in Dtschl.* (1930) e TRUSEN, pp. 148 ss.; cfr.

competenza degli ufficiali ecclesiastici nella stesura dei documenti pubblici, un discorso analogo può farsi per la prassi della documentazione negoziale, e questo anche dopo che fu sorto un notariato laico: perchè in Germania, diversamente da quanto accadde in Italia, anche la formazione dei notai restò lungamente in mano alle istituzioni ecclesiastiche <sup>(61)</sup>. Per questa via la redazione degli atti pubblici si trasformò assai per tempo anche in Germania in un efficace veicolo di romanizzazione nel campo soprattutto del diritto delle obbligazioni e di quello successorio; ed in un'analoga direzione operò la collaborazione (via via crescente e sempre più ricercata) dei chierici dotati d'una specifica preparazione giuridica nei tribunali arbitrali.

Gli effetti di questa « protorecezione » canonistica non si limitarono all'affermazione del pensiero giuridico di origine specificamente ecclesiastica anche nel campo più generale del diritto privato (cfr. *supra*, pp. 102 s.). Forse ancor più importante fu il fatto che, con l'espandersi della giurisdizione ecclesiastica, si estese anche alle materie secolari la conoscenza e l'applicazione del processo canonico; ed ancor più rilevante è la circostanza che, per questa via, trovò modo di diffondersi anche quel metodo specificamente proprio della scienza giuridica che la canonistica aveva a comune con la tradizione scolastica dei Glossatori e dei *Consiliatores*. Sol che si consideri adeguatamente ciò che ha potuto significare, nel Basso Medioevo tedesco, la costante presenza di quest'influsso per creare i presupposti d'una scienza giuridica profana, si potrà adeguatamente correggere l'immagine convenzionale, che solitamente si offre, d'una Recezione avvenuta tardi e quasi all'improvviso.

Il panorama, però, rimarrebbe incompleto se ci si dimenticasse di richiamar l'attenzione sulla funzione in certo modo esemplare e propedeutica che l'amministrazione ecclesiastica svolse nei confronti di quella statale (dimenticanza, questa, per la quale lo storico del diritto privato mostra sovente una particolarissima propensione). Nel processo di razionalizzazione e di « giuridicizza-

---

anche BADER, *Das Schiedsverfahren in Schwaben vom 12. bis z. ausgehenden 16. Jh.*, Frankfurt, 1929.

<sup>(61)</sup> TRUSEN, pp. 82 ss.

zione » dei modelli di comportamento attinenti alle relazioni politiche ai rapporti finanziari e — più in generale — all'amministrazione pubblica, la Curia pontificia era molto più avanti, non solamente dell'amministrazione imperiale, ma anche di quelle dei regni dell'Europa occidentale. Queste amministrazioni centrali (con la sola eccezione, forse, di quella normanna in Sicilia) erano già « scolare » (per dir così) della Curia romana per il solo fatto che gli esperti d'ogni amministrazione che tenesse alla razionalità mediante l'impiego di strumenti adeguati (quali il protocollo e l'organizzazione per la redazione e la tenuta degli atti) erano da gran tempo esclusivamente dei chierici, anche nelle cancellerie di corte dell'Impero, di Borgogna, di Francia e d'Inghilterra. Nè diversamente accadde nell'apparato delle Curie vescovili (operanti sotto la direzione dei Vicarî generali) arcidiaconali e capitolari, dove — con l'affermarsi del diritto canonico e d'una più sofisticata tecnica di redazione degli atti — il canonista tendeva a sostituire i vecchi *beneficiari* ecclesiastici (tesoriere, *scholastici*, *cantor*) <sup>(62)</sup>, offrendosi così come modello alle amministrazioni dei signori laici e delle città. Questo legame trova conferma nel fatto che — a stare ai risultati delle ricerche compiute da Stelling Michaud sull'ulteriore carriera percorsa da coloro che, provenendo dall'Europa centrale, erano stati studenti a Bologna — prevalsero le funzioni canonicali, esercitate nelle amministrazioni signorili <sup>(63)</sup>.

3. a) Accanto a questa recezione specificamente canonica, vi fu anche una Protorecezione immediatamente profana, i cui molteplici segni sono stati accuratamente raccolti e studiati in questi ultimi tempi <sup>(64)</sup>. Il termine di origine straniera « Giurista », e il concetto che da quel termine era significato — a stare ai riscontri testuali compiuti dal Genzmer <sup>(65)</sup> sul poema didascalico di Ugo da Trimberg (*Der Renner*) e sulle fonti ad esso collegate — costituivano, fin dagli inizi del Trecento, un quadro concettuale che

<sup>(62)</sup> FEINE, pp. 433 s.

<sup>(63)</sup> *L'Université de Bologne*, cit., pp. 160 s., 170 ss., 203 s.

<sup>(64)</sup> Cfr. *supra*, la nota 51.

<sup>(65)</sup> Mem. Koschaker, I, pp. 279 ss.; per i Paesi Bassi cfr. BARTHIER, *Légistes et gens de Finance au XVe siècle: les conseillers des Ducs de Bourgogne*, in: *Mém. Ac. Roy. Bel.*, 50 (1955), fasc. 2; 52 (1957).

la coscienza comune aveva già fatto proprio e fissato <sup>(66)</sup>. Ma quel termine e quel concetto non designarono mai i rappresentanti dell'antico ceto germanico degli operatori del diritto, ma si riferirono sempre ai giuristi « colti », e dapprima ai canonisti <sup>(67)</sup>.

---

<sup>(66)</sup> A questa situazione faceva ancora riferimento la celebre invettiva di Lutero « giuristi, cristiani indegni »: cfr. *infra*, p. 205 nota 62.

<sup>(67)</sup> Di fronte alla domanda: « canonista o giurista? » è necessario, certo, distinguere ulteriormente (cfr. GENZMER, in Et. Le Bras, cit.). Intanto c'è da chiedersi in qual misura i laureati dello *Studium civile* appartenevano nel contempo al ceto dei chierici; erano, cioè, insigniti degli ordini maggiori. A questo proposito non è da dimenticare che nelle Università transalpine il « legista » (come gli altri studenti) — diversamente da quanto accadeva in Italia, dove un decimo (forse) dei personaggi studiati da STELLING-MICHAUD (*L'Université de Bologne*, cit.) li aveva ricevuti — il legista, dicevamo, doveva aver ricevuto gli ordini minori, i quali non gl'impedivano nè di contrarre matrimonio nè d'esercitare una professione « laica »; e, d'altronde, questa sua appartenenza all'ordine clericale, otteneva al giurista taluni privilegi, quali la capacità ad essere investito d'un beneficio ecclesiastico e altri privilegi ch'eran riservati ai chierici. Da questa è da tener distinta l'altra questione relativa all'assunzione e all'impiego di chierici nel servizio di principi e di città, nel quale di fatto troviamo — durante il Medioevo — costantemente dei chierici (appartenenti solitamente al clero secolare) in tutta l'Europa occidentale e settentrionale. Un esempio istruttivo ci è dato dalla carriera percorsa da un professore di Heidelberg, Job Vener (1366-1446): giurista al servizio di Roberto principe elettore del Palatinato (e poi re) ed in séguito del vescovo di Spira; contemporaneamente prebendario del capitolo di S. Pietro il Giovane in Strasburgo e giudice in controversie arbitrali (dobbiamo queste notizie biografiche alla cortesia di Hermann Heimpel; sul giurista delle città imperiali Corrado Düvel di Hildesheim cfr. gli scritti citt. *infra* alla nota 68). Del quinto degli studenti bolognesi provenienti dai territori dell'odierna Svizzera identificati da STELLING-MICHAUD, che finirono poi con l'approdare nelle amministrazioni laiche, la metà era costituita da chierici. L'ultima questione — infine — è quanti fossero i canonisti che avevano ricevuto anche una formazione da « legisti », e viceversa: entrambe queste ipotesi costituiscono assolutamente la regola durante il Basso Medioevo.

A questo proposito si dovrà infine considerare che anche le amministrazioni e la giurisdizione della Chiesa richiedevano una preparazione civilistica. Una tale esigenza derivava già dal valore sussidiario — generalmente riconosciuto — che il *jus civile* aveva nell'ordinamento giuridico della Chiesa; a soddisfare quest'esigenza erano ordinati, sia lo studio dell'*utrumque jus* a cui per il solito attendevano i canonisti, che le numerose « concordanze » dei due diritti: dalla *Tabula juris utriusque* di Giovanni di Erfurt (1285) al *Vocabularium juris utriusque* di Magister Jodocus (dal 1452). Ma la pur grande estensione delle competenze ecclesiastiche — principalmente nelle *causae saeculares* e nella prassi documentale —



A questo processo linguistico (e, insieme, concettuale) corrispose, nei fatti, che — tra coloro che occupavano posti di prestigio alle corti signorili e che s'erano addottorati a Bologna — accanto ai canonisti vi fossero, fin da principio, alcuni (seppur pochissimi) giuristi « profani ». Allo stesso tempo, fin dalla fine del XIII secolo, nelle cancellerie delle più ragguardevoli corti europee, s'insediaronο personaggi addottorati in entrambi gli *jura*; poco più tardi questi giuristi si ritrovano anche tra i balivi, i consiglieri de' principi e i borgomastri <sup>(68)</sup>. Ed è significativo che tutto questo sia successo secoli prima della recezione « pratica » del diritto privato comune nei tribunali laici e nella legislazione.

b) In questo quadro non dovrebbero più sorprendere quegli esempî d'un'assai precoce applicazione del diritto privato romano <sup>(69)</sup> anche in territori periferici, che un tempo si rilevavano con un tal quale stupore: tra questi potremmo ricordare il ricorso alla *operis novi renuntiatio* nel monastero di Hiddensee (XIII sec.; ad opera, certamente, di chierici) <sup>(70)</sup>, oppure l'applicazione delle

---

non mutò nulla in quella cospicua sfera dei rapporti giuridici (si pensi alle amministrazioni laiche, ai tribunali generali, più tardi anche alla prassi notarile) che restò al di fuori d'ogni possibile ingerenza clericale. Quest'ambito, nel Trecento e nel Quattrocento, se lo dividevano tra loro canonisti, legisti « puri » (ordinati *in sacris* o no, poco importa) e i vecchi incolti *honoratiores* della pratica forense; ma in questo quadro l'importanza del legista « profano » — che non possedeva lo *status* clericale — crebbe costantemente a spese degli altri due gruppi.

<sup>(68)</sup> HEIMPEL, *Festschr. Hugelmann* (1959), pp. 213 ss. (sull'attività del giurista Corrado Düvel da Hildesheim [† 1430] per la città imperiale di Regensburg al Concilio di Costanza); TRUSEN, pp. 209 ss., 222; COING, IRMAE, § 26; LIEBERICH, in: *ZfbayerLandG*, 27 (1964), pp. 120-189; BOECKMANN, *Laurentius Blumenau...* (1965) e soprattutto STELLING-MICHAUD, *L'Université de Bologne*, cit.: un autentico spaccato d'una parte del *Regnum Teutonicum* particolarmente aperto all'Europa meridionale e sud-occidentale. Per la Borgogna cfr. BARTHER, *Légistes et gens de Finance*, cit.

<sup>(69)</sup> Su questo punto cfr. partic. SCHAEFFNER, *Das röm. R. in Dtschl.*, cit.; MÜTHER, *Zur Gesch. d. Rechtswiss.*, cit.; REINKE, in: *Festschr. Haff* (1950), pp. 174 ss.; una sintesi è ora offerta dal COING, IRMAE, §§ 27 ss. (partic. §§ 34, 38, 45, 46, 47).

<sup>(70)</sup> SCHAEFFNER, *op. cit.*, p. 64; MÜTHER, *op. cit.*; COING, IRMAE, § 46; cfr. ancora WRIEDT, *Der kan. Prozess um die Ansprüche Mecklenburgs und Pommerns auf das Rügische Erbe*, Köln-Graz, 1963.

regole romane in materia di tutela al tempo di Alberto I († 1308) o a Colonia nel 1346 <sup>(71)</sup>. Si ricorderà, a questo proposito, che anche ad un laico colto — com'era Eike da Repgow — il *Corpus Juris* (o, per lo meno le *Institutiones* giustiniane) non era sconosciuto <sup>(72)</sup>. Ma queste prime applicazioni appaiono rese possibili, non da una conoscenza diretta del *Corpus Juris* o della letteratura bolognese, ma attraverso la mediazione della dottrina canonistica, ed in taluni casi anche per il tramite delle fonti romane d'occidente (com'è il caso dell'*Epitome Aegidii* al *Breviarium Alaricianum*). Esse, insomma, si fondarono su una cultura di tipo canonistico, e non già sullo studio diretto del *jus civile*.

c) Era, anzitutto, naturale che — insieme con lo strumento negoziale notarile d'origine italiana — venisse accolto anche l'ordinamento giuridico che costituiva il presupposto di questo accoglimento, poichè era inevitabile che l'introduzione della pratica documentale offrisse il destro all'estendersi della competenza dei tribunali ecclesiastici: ma in generale si trattava pur sempre, ancor prima della comparizione del notariato laico, d'un tramite di infiltrazione del diritto romano. La generale diffusione di formulari a partire dal XIII secolo <sup>(73)</sup> è la prova incontestabile d'un'esigenza già allora diffusa ed anche della convinzione del vigore dell'ordinamento giuridico al quale i documenti facevano

---

<sup>(71)</sup> Su questo cfr. già STOBBE, I, pp. 622 s.; su un alto caso — accaduto a Lubeca prima del 1348 — cfr. COING, IRMAE, § 33 con richiamo agli artt. 206-207 dell'edizione del KORLEN (*Das mittelniederdeutsche Stadtrecht von Lübek*, Lund-Coopenagen, 1951) che contengono un esplicito riferimento al diritto imperiale. Per Soletta cfr. ora WALLISER, *Römisch. Einflüsse*, cit. *supra* alla nota 52, p. 163.

<sup>(72)</sup> Le prove puntuali di questa conoscenza si hanno ora dalle concordanze offerte dall'edizione curata dallo ECKARDT (II ed., 1955); su questo punto cfr. GAGNÉR, pp. 305 ss., e — da ultimo — COING, IRMAE, § 36; ed anche HERMESDORFF, *Tijdschr.*, 29 (1961), pp. 306 ss. Sul *Deutschenspiegel* cfr. COING, *op. loc. ult. cit.* (fonti, dirette o indirette, le Istituzioni di Giustiniano, le Decretali di Gregorio IX, la *Summa Confessorum* di Raimondo di Peñafort, ma non i Glossatori della Scuola di Bologna).

<sup>(73)</sup> ROCKINGER, *Über Formelbücher*, cit.; TRUSEN, pp. 67, 92 ss., 125 ss.; COING, IRMAE, §§ 6, 7, 40 (dove son reperibili taluni ragguagli sulla rinnovata fioritura di documenti intorno alla fine del XII secolo per via dell'introduzione dei documenti sigillati).

riferimento. In questo contesto sono particolarmente istruttive le cosiddette *renuntiationes*, quelle clausole cioè che si leggono nei documenti e con le quali le parti rinunciavano all'applicazione in sede giudiziaria del diritto privato romano <sup>(74)</sup>. Queste clausole, che già agl'inizi del secolo furon giudicate dal Meynial e dal Below come sintomo d'un'infiltrazione del diritto romano, trovano ora l'occasione d'una loro più coerente valutazione viste come momento della « Protorecezione ».

Si trattava, in realtà, di clausole che comportavano l'esclusione o di interi complessi normativi — il *jus civile*, per esempio — o di singoli istituti, i quali (per ragioni che non è difficile comprendere) potevano risultare particolarmente fastidiosi in vista d'un più fluido svolgimento dei rapporti giuridici: questo accadeva spesso per il *Senatusconsultum Macedonianum* — che dichiara nulli i mutui fatti ai figli di famiglia — e per il *Senatusconsultum Velleianum* — che dichiara parimenti nulle le garanzie prestate (e, più in generale, le obbligazioni assunte nell'altrui interesse) da parte delle donne (*intercedere*) —; o, infine, si trattava qualche volta anche dell'eccezione di mancato pagamento di somma liquida di denaro (*querela, exceptio non numeratae pecuniae*). È degno di nota che le prime due norme rappresentano entrambe dei poco felici interventi normativi degl'inizi del Principato, che in sèguito finirono da sè soli fuori delle strutture sistematiche proprie del diritto privato romano.

Se dalla presenza di queste clausole, così presto e così largamente diffuse, si vuol trarre argomento per parlare d'una Proto-

---

(74) Fondamentale il lavoro del MEYNIAL, *NRHist*, 24 (1900), pp. 108 ss.; 25 (1901), pp. 241 ss., 657 ss.; 26 (1902), pp. 49 ss., 649 ss.; 28 (1903), pp. 698 ss.; v. BELOW, *Die Ursache, d. Rez. d. röm. R. in Dtschl.* (1905), pp. 115 ss.; ma potrebbe già leggersi SCHAEFFNER, *Das röm. R. in Dtschl.*, cit., o FRANKLIN, *Beiträge z. Gesch. d. röm. R. in Dtschl.* (1863), pp. 94 ss.; o SCHLOSSER, *Die Rechts- u. Einredeverzichtformeln d. dtsch. Urk. d. MA vom 13. bis z. 15. Jh.* (Aalen, 1963). Fra la letteratura tedesca più recente son da vedere: GENZMER, *Mem. Koschaker*, I, pp. 324 ss.; TRUSEN, pp. 91 ss.; cfr. anche COING, *Annali*, 3/4 (1959-60), p. 8; ID., *IRMAE*, § 44; per la Svizzera STELLING-MICHAUD, *L'Université de Bologne*, cit., pp. 231 ss.; CLAVADETSCHER, *ZfSchwR*, 77 (1958), I, pp. 101 ss., 363 ss. (per il Canton dei Grigioni); SOLIVA, *Die Renuntiationen in d. Zürcher Urk.*, Zürich, 1960; WALLISER, *Röm. Einfl.*, cit., pp. 107 ss.; per i Paesi Bassi GILISSEN, *RIDA*, I, 1950, pp. 513 ss.; VERCAUTEREN, *Etudes N. Didier* (1960), pp. 325 ss.; in particolare per il Belgio: HERMESDORFF, *Tijdschr.*, 32 (1964), pp. 396 ss., 434 ss.

recezione già avanzante, ciò significa che queste clausole le si assumono come indizio d'un'infiltrazione del diritto romano comune (un po' come accade nella medicina moderna con l'impiego degli isotopi per l'accertamento degli effetti dei medicinali nel corpo umano). Gli è che non si può dire con sicurezza in che misura la presenza di queste clausole sia la prova d'una reale « virulenza » del diritto romano nella coscienza giuridica generale: perchè una loro interpretazione in questo senso dà per scontato che le parti contraenti abbiano consensualmente escluso l'applicabilità d'un certo istituto giuridico romano sul presupposto — cosciente e concreto — del suo vigore nei tribunali che sarebbero stati competenti a conoscere le eventuali controversie relative all'esecuzione del contratto. Una simile interpretazione contrasta, però, col fatto (facilmente constatabile) che in ogni tempo certe clausole contrattuali stereotipe tendono a diffondersi meccanicamente <sup>(75)</sup>, per via soprattutto della tendenza tutta umana ad uniformarsi pigramente alla consuetudine. Le clausole che contengono le *renuntiationes* son piuttosto la prova certa del semplice fatto che il testo del contratto fu originariamente redatto da un giurista « colto », che tenne conto del vigore del diritto romano e della sua possibile applicazione da parte d'un tribunale (ecclesiastico o laico), ma non provano assolutamente nulla circa la presenza d'una simile coscienza giuridica negli stessi contraenti <sup>(76)</sup>. E resta parimenti irrisolta la questione, se anche il funzionario ecclesiastico o il notaio che utilizzarono in concreto il formulario, fecero questo in modo meccanicamente ripetitivo oppure se redassero l'atto in quel modo tenendo realmente presente la possibile applicazione di quel certo istituto (in ordine al quale inserirono la clausola di *renuntiatio*). Un'effettiva forza probatoria circa un reale progresso della Recezione la clausola di rinuncia può averla — com'è ovvio — solamente se dal concorso di particolari circo-

---

<sup>(75)</sup> Soprattutto non si deve presupporre offerta la prova d'un vigore generalizzato del *jus commune* ogni qual volta ci s'imbatte in una semplice *renuntiatio* all'applicazione del *jus civile*.

<sup>(76)</sup> Così la pensavano già FRANKLIN (*Beiträge*, cit., pp. 102 s.) e BELOW (*Ursachen*, p. 117, nota 1); ora, per avere un parere decisamente contrario cfr. TRUSEN, pp. 93 s., nota 103, ma senza tener conto delle necessarie distinzioni in materia di « psicologia dei contraenti ».

stanze sia lecito dedurre che il notaro che formò il documento inserì la clausola prevedendo che altrimenti al suo cliente avrebbe potuto essere opposta una specifica eccezione e volendo così preservarlo da questo rischio. Tutto questo diventa — con assoluta verisimiglianza — impossibile nei casi di *renuntiatio* generale al *jus civile* nel suo complesso (in atti, magari, che contengono anche una clausola compromissoria).

d) La prova principale dell'attenzione e della cura che per la scienza giuridica romanistica si ebbe durante il Basso Medioevo in Germania è costituita dalla comparsa d'una *letteratura giuridica* (77). A questo proposito son da ricordare anzitutto i manoscritti di opere dei Glossatori e dei primi *Consiliatores* esistenti nelle biblioteche tedesche, nella misura in cui il loro originario possesso può esser provato per mezzo dei cataloghi o attraverso altre testimonianze (78). Trattandosi di biblioteche ecclesiastiche, il possesso di questi manoscritti corrisponde probabilmente ad un interesse di tipo canonistico; la loro esistenza in biblioteche laiche meno importanti e più difficili a scoprirsi o in possesso di privati laici sarebbe invece una prova diretta d'una vera « Protorecezione » profana.

Un sintomo ancor più istruttivo è perciò il nascere già durante quest'epoca più risalente, in terra di Germania, d'una letteratura giuridica più o meno colta. I suoi autori erano per lo più eruditi

---

(77) Su questa materia, dopo i lavori (che abbiám già citato *supra* alla nota 51) di ROCKINGER, SCHAEFFNER, MÜTHER, STINTZING e SECKEL, cfr. ora COING, IRMAE, §§ 48-79: fondamentale per via dell'esauriente inventario — secondo l'attuale stato degli studi — della metodica di rilevazione delle fonti (§§ 49-50) e della elaborazione dei generi letterari nella scienza civilistica tedesca sulla base delle forme ch'erano state già elaborate in Italia e in Francia (§ 60): letteratura propedeutica (*Modus legendi*, *Tabula utriusque iuris*, Introduzioni, *Vocabularium iuris utriusque* e altre enciclopedie giuridiche disposte in ordine alfabetico; *Summae dei tituli*; vocabolari latino-tedeschi; somme penitenziali); letteratura erudita di diritto patrio (glosse dello Specchio Sassone e delle compilazioni da questo derivate: Buch, Wurm, Bocksdorf, Langenbeck; e più tardi, letteratura politico-pubblicistica); da ultimo la letteratura erudita sul diritto romano (*Lecturae* e commentari, trattati e *Repetitiones*, letteratura pratica e consiliaristica). Molto istruttiva anche la lettura di FEENSTRA, *Livres anciens de droit d'origine étranger, imprimés aux Pays-Bas*, Amsterdam, 1958.

(78) Eccellente a questo proposito il COING, IRMAE, §§ 4, 50, 51.

in entrambi gli *jura*: assai spesso membri del clero secolare, che avevano studiato sia il diritto canonico che quello civile. La parte di questa letteratura riguardante ad un tempo il *jus canonicum* e il *civile* — come la *Tabula juris utriusque* di Giovanni da Erfurt (1325), o l'*Introductorium pro studio sacrorum canonum* di Ermanno di Schildesche <sup>(79)</sup>, o ancora il celebre *Vocabularium juris utriusque* di Jodocus (1330) <sup>(80)</sup> — ha un'efficacia probatoria più limitata per la Protorecezione « profana » di cui ci stiamo occupando ora. Un interesse assai maggiore per noi hanno opere esplicitamente destinate ad un'applicazione del diritto laico (sia pure per mezzo del notariato e dei tribunali ecclesiastici). Ciò vale specialmente per le opere nelle quali veniva dottamente esposto il contenuto delle compilazioni di diritto patrio, i cui autori — evidentemente — non erano più soltanto dei canonisti, ma anche dei legisti al servizio di signori e di città.

In questo contesto son da ricordare gli apparati allo Specchio Sassone redatti nel Trecento <sup>(81)</sup>: la glossa di Giovanni di Buch (1325-1335) cavaliere della Marca Brandemburgo che s'era addottorato a Bologna, e — verso la fine del secolo — quella di Nicolaus Wurm e ancora — prima del 1434 — la « Glossa di Stendal »; o — in epoca più tarda — talune rielaborazioni locali, quali il « Fiore » (*flos* = florilegio, antologia) del Magdeburgo <sup>(82)</sup>, o il Libro delle Distinzioni giuridiche di Eisenach. A giuristi colti risalgono anche le esposizioni delle norme processuali vigenti nel Tribunale territoriale ed in quello feudale della Sassonia (« Richtsteige »), che si ricollegano agli apparati di glosse allo Specchio Sassone: tali sono una sintesi (*Richtsteig* [= scorciatoja] *Landrechts*), la Glossa della legislazione del *Land* (*Landrechtsglosse*) <sup>(83)</sup> (composti dopo il 1335) e tutti gli scritti di Dietrich di Bochs) dorf († 1446) (un'opera, questa, di cui sarebbe molto difficile offrire una sintesi) <sup>(84)</sup>. La letteratura giuridica scientificamente

<sup>(79)</sup> COING, *op. ult. cit.*, §§ 62 s.

<sup>(80)</sup> Fondamentale SECKEL, *Beiträge*, cit., pp. 1 ss.; COING, *op. ult. cit.*, § 65.

<sup>(81)</sup> Da ultimo cfr. COING, *op. ult. cit.*, §§ 70-73.

<sup>(82)</sup> COING, *op. ult. cit.*, § 72.

<sup>(83)</sup> COING, *op. ult. cit.*, § 70.

<sup>(84)</sup> COING, *op. ult. cit.*, § 73.

provveduta venne dunque largamente maturandosi nel commento alle compilazioni non ufficiali del diritto tedesco; essa è la prova che, già dal XIV secolo, la conoscenza e la rielaborazione scientifica dell'*utrumque jus* eran venute avvicinandosi l'una all'altra ed avevan già cominciato a passare ai giuristi laici.

4. La più approfondita valutazione di quella che abbiám definito « Protorecezione » ha concorso a chiarire ancor meglio tutto il processo storico della Recezione in Germania in taluni suoi aspetti che fino ad ora non erano stati convenientemente illuminati. Essa conferma alcune constatazioni che la storia della Chiesa, quella dell'amministrazione e quella costituzionale già per loro conto avevan suggerito: che il « luogo » istituzionale in cui originariamente operò il giurista colto fu, non già la funzione giurisdizionale « generale » e laica in materia di diritto privato, ma piuttosto la trattazione degli affari diplomatici e costituzionali, l'amministrazione (ivi compresa quella finanziaria), e la redazione scritta delle leggi delle più estese signorie ecclesiastiche e laiche e delle maggiori città <sup>(85)</sup>. Perchè gli antichi tribunali territoriali di tipo feudale si opposero finchè poterono a che i giuristi colti entrassero al servizio dei principi: in parte per salvaguardare la loro posizione di potere, in parte per tutelare i loro concretissimi interessi a conservare profitti e rendite.

La piena e diretta applicazione del diritto privato comune nei tribunali ordinari laici ad opera di giudici provveduti d'una

---

<sup>(85)</sup> Cfr. *supra* pp. 167 s., nota 67 e 68. Così nel Quattrocento vediamo un giurista appartenente all'Ordine Teutonico, come Lorenzo Blumenau, impiegato tipicamente in missioni presso la Curia papale, presso la Corte di Vienna e soprattutto in trattative con la Corona polacca; mentre nella regione anseatica e in Inghilterra l'Ordine invia per lo più uomini d'affari assai navigati, e nei tribunali dei territori soggetti all'Ordine le antiche classi feudali non consentono in genere l'ingresso ai giuristi: cfr. BOOCKMANN, *Laurentius Blumenau*, cit.; cfr. anche BLAËSE, *Rechtsschulen d. Deutschen Ordens, eine Legende*, in: Z OstGesch, 6 (1957), pp. 273 ss. Altri esempi particolari sono reperibili in COING, IRMAE, § 26, note 417-424, su Federico di Landshut († 1286) e su Giordano di Boitzenburg notaio del Consiglio di Amburgo († dopo il 1274) § 34; sul borgomastro amburghese Langenbeck e sulla sua glossa alle leggi di questa città, § 74; su questi due ultimi personaggi e sul canonista M. Horbord (anch'egli amburghese) cfr. H. REINCKE, *Grosse Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Hamburg, 1954, pp. 2-13.

specifica preparazione culturale e la sua presenza nelle più recenti compilazioni legislative a partire dalla seconda metà del Quattrocento rappresenta perciò solamente l'ultima fase (quella conclusiva, se vogliamo) del processo di espansione della scienza giuridica romanistica nei Paesi d'Oltralpe e in modo particolare in Germania. La datazione, ormai tralatizia, della Recezione « pratica » del *jus commune* senza la mediazione della canonistica (la Recezione « piena » [*Vollrezeption*]) non diventa per questo inutile. Questa Recezione « pratica » si distingue pur sempre chiaramente dalla Protorecezione, per via dell'applicazione diretta del diritto privato comune ad opera di giuristi colti nell'ambito della giurisdizione laica. Nel quadro della storia del diritto privato l'età della Recezione in Germania va ancor oggi fatta cominciare con l'inizio di questa applicazione giurisdizionale del diritto comune.





## CAUSE E CONDIZIONI DELLA RECEZIONE « PROFANA » IN GERMANIA

I. Il concetto di recezione. — II. Oggetto della Recezione. — III. Promotori e avversari della Recezione. — IV. Sulle cause della Recezione.

I. 1. Il dato fondamentale che caratterizza la storia del diritto privato moderno in Germania è costituito dalla Recezione « pratica », e, cioè, dal processo di sostituzione dell'antico diritto privato tedesco in conseguenza del vigore assunto dal diritto giustiniano — in materia di diritto privato — sia nella teoria che nella legislazione che, infine, nell'attività di applicazione giurisdizionale. Il fatto che un popolo muti il proprio ordinamento giuridico in materia di diritto privato — sostituendolo con un altro — è accadimento che desta, nell'osservatore impreparato, una sorpresa (e financo uno sconcerto) tale, da render necessario anzitutto ricordare che le recezioni costituiscono tutt'altro che un'eccezione nella storia giuridica <sup>(1)</sup>. Il processo di recezione,

---

(<sup>1</sup>) Sul concetto giuridico di recezione in generale cfr.: A. B. SCHWARZ, *Rez. u. Assimilation*, ora in: *Rechtsgeschichte u. Gegenwart* (1960), pp. 149 ss.; PRINGSHEIM, *RIDA*, 4 (1957), pp. 301 ss.; FEENSTRA, *Verkenningen*, cit.; GENZMER, *Mem. Koschaker*, II, pp. 324, e (criticamente) *Id.*, *IRMAE*, I, 1, a-b, §§ 37 ss.; KUNKEL, *ZSS, RA*, LXXI, pp. 520 ss.; *Id.*, in *Heid. JB*, 1957, pp. 1 ss.; COING, *La prerecezione*, cit., pp. 1 ss.; WIEACKER, *Vom rom. R.*, cit., pp. 288 ss.; *Id.*, *Fortwirkungen*, cit., pp. 149 ss.; *Id.*, *Festschr. J. Klein* (1967), pp. 196 ss.; HIRSCH, *Festgabe F. Bülow* (1960), pp. 121 ss.; KATSUTU in *Hitsubushi Journal of Law and Politics*, 4 (Tokyo, 1965), pp. 31 ss. Sulla recezione del diritto romano in Germania, oltre alle opp. or ora citt. e a quelle rammentate *supra*, a p. 000, nota 48, cfr. anche: WINDSCHEID, *Das röm. R. in Dtschl.* (1858); C. A. SCHMIDT, *Die Recept. d. röm. R. in Dtschl.*, Rostock, 1868; W. ARNOLD, *Studien z. dtsh. Kulturgesch.* (1882); BROCKHAUS, *Der Einfl. fremder R. auf d. Entw. d. dtsh. R.* (1883); BORETIUS, *Preuss. Jb.*, 52 (1883), pp. 105 ss.; BELOW, *Die*

infatti, non rappresenta affatto un caso straordinario; soprattutto in Europa, dove anzi la diffusione del metodo scientifico e della dogmatica giuridica dei Glossatori e dei *Consiliatores* ha interessato la maggior parte dei Paesi del Continente; e perfino in Italia — che ne fu la culla — questo processo ha ugualmente mutato la struttura originaria dell'ordinamento e dell'esperienza giuridica.

La recezione, da parte d'un popolo, di dati culturali alla cui elaborazione non abbia originariamente cooperato è soltanto una delle molte forme in cui posson manifestarsi quei trapianti culturali stabili sui quali generalmente si fonda la continuità della civiltà umana. L'idea stessa di recezione esprime la nostra convinzione circa la sostanziale continuità della storia universale degli uomini (o anche soltanto delle grandi culture). Quest'idea — come, d'altronde, quella di continuità — presuppone la stabile sopravvivenza di taluni schemi culturali pur nel fluire della storia; e questo presupposto è conseguenza, a sua volta,

---

*Ursachen d. Rez. d. röm. R. in Dtschl.* (1905), eppoi SCHWERIN-THIEME, pp. 252 s.; COING, *Die Rez. d. röm. R.*, in Frankfurt a. M. (1939); DAHM, *HistZ*, 167 (1943), pp. 225 ss.; KOSCHAKER, pp. 215 ss., 247 ss., 361 ss. e *passim*; WIEACKER, *Vom röm. R.*, cit., pp. 222 ss.; ID., *GuB*, pp. 9 ss.; WESENBERG, pp. 78-104, con un sintetico ma eccellente panorama sui principali territori tedeschi pp. 89 ss., ragguagli e dimostrazioni p. 230; KUNKEL, *Heid. Jb.*, 1957, pp. 1 ss. Sulla recezione del Diritto romano negli altri Paesi europei in generale e con riferimento alle principali regioni, cfr. WESENBERG, pp. 57-73; LEFEBVRE, pp. 56-119; in particolare: per l'Olanda VAN KUYK, *Tijdschr.*, 1 (1918-1919), pp. 422 ss.; FEENSTRA, *Verkenningen*, cit.; ID., *Mem. Koschaker*, I, pp. 242 ss.; per il Belgio GENZMER, *Festschr. Laud* (1953), pp. 524 e VAN CAENEGEM, *IRMAE*, V, 5, b; per la Savoia CHEVAILLER, *Recherches sur la réception d. dr. rom. en Savoie des origines à 1789* (1954); per la Svizzera CLAVADETSCHER, cit., a p. 000 nota 71; HAGEMANN, *Jurispr. u. Rechtsleben in den ersten Jahrzehnten d. Univ. Basel* (Basler Rektoratsprogramm, 1960), pp. 29 ss.; cfr. GENZMER, *ZSS, RA, LXVII* (1945), pp. 60; THIEME, *Mem. Koschaker*, I, pp. 139 ss.; per l'Austria WEISS, *Mem. Koschaker*, I, pp. 393 ss.; BALTL, *IRMAE*, V, 7 (1962); RINTELN, *Landbrauch u. Gem. R.*, *Festschr. Steinwenter, Graz-Köln*, 1958, pp. 78 ss.; per i Paesi baltici, BLAESE, *IRMAE*, V, 9; per la Scozia KERMACK, *Sources and Literature of Scots Law* (1936); STEIN, *StDoc*, 23 (1957), pp. 149 ss.; per la Boemia cfr. BOLLA, *Mem. Koschaker*, I, pp. 375 ss. (diritto successorio); per l'Ungheria cfr. ZAJTAY, *Mem. Koschaker*, II, pp. 181 ss.; BONIS, *IRMAE*, V, 10 (1964); per la Polonia TAUBENSCHLAG, *Mem. Koschaker*, I, pp. 225 ss.; ID., *IRMAE*, V, 8 (1962).

del nostro modo di considerare lo sviluppo storico (che poi condiziona senz'altro — coi suoi margini di problematicità — la possibilità stessa d'una storiografia che pretenda ad una qualche reale espressività) <sup>(2)</sup>.

Lo stesso termine « continuità » contiene certamente in sè un duplice significato. Per un verso, infatti, esso designa la sopravvivenza dei « soggetti » storici — dei popoli, cioè — non ostante i mutamenti di forme della loro cultura (si parla così, per esempio, d'una « continuità germanica »); altre volte, invece, quel termine significa addirittura il sopravvivere delle forme culturali malgrado che ne siano mutati i « portatori » (si parla in questo senso di « continuità della cultura antica »). Il termine è da intendersi in quest'ultimo senso, quando si parla della Recezione come d'una sopravvivenza del diritto romano presso i popoli moderni. Così, quando Goethe paragonò — limpida-mente e drasticamente insieme — il diritto romano a un'anatra che nuota sott'acqua riemergendo di quando in quando, volle sottolinearne proprio la capacità di sopravvivenza, malgrado le temporanee sparizioni e le successive ricomparsa alla luce.

Simili modelli interpretativi conducono, però, con facilità a fraintendimenti nell'interpretazione e nella valutazione dei processi storici <sup>(3)</sup>. Un fenomeno così ampio e così rivoluzionario

<sup>(2)</sup> Sulla « continuità » come dato fondamentale della storia giuridica europea cfr. *supra*, pp. 51 ss.

<sup>(3)</sup> Non per caso si parla di recezione soprattutto a proposito degli ordinamenti giuridici: l'immagine d'un'accettazione è più confacente per questi casi di effetti storici tra loro connessi, nei quali talune realtà culturali e civili nettamente individuabili — come sono, appunto, gli ordinamenti giuridici — sono chiaramente oggetto di appropriazione attraverso un atto di volontà cosciente. A questa prospettiva si riconnette però la tentazione di tracciare un'indebita analogia tra i sistemi di « cause » storiche e i complessi di concause meccaniche chimiche o biologiche (cfr., a questo proposito già il MEINECKE, *HistZ*, 137 [1928], pp. 1 ss.; ROTHACKER, *Einl. in d. Geisteswiss.*, II ed. [1930], pp. 117 s. e *passim*); analogia che può esser suggerita da certe descrizioni così esatte che talvolta è dato di leggere, e che (com'è nel caso del diritto romano) può perfino render possibili effetti puramente emotivi simili a quelli che possono esser determinati da uno slogan o da una fase ad effetto. Senza contare, poi, che il sostantivo *recezione* suggerisce l'immagine mitica d'una forza autonoma, e il verbo *recepire* quella d'una volontà collettiva che agisce o che subisce. Nella realtà, invece, la recezione è un processo storico più complesso, i cui presunti elementi (soggetto, oggetto e procedimento) dovrebbero essere accertati con metodo rigoroso se ci si vuol garantire una comprensione scientificamente coerente

come « la » Recezione, è — in realtà — la risultante d'innumerabili comportamenti accadimenti e processi riposti: di fatti di normazione, di atti di giurisdizione, di momenti d'esperienza riflessa, e perfino del mutato senso del diritto di molti milioni di persone. E lo storico del diritto, di fronte alle difficoltà che gli presenterebbe una descrizione puntuale di processi tanto complessi, è costretto a far di necessità virtù e a contentarsi d'una ricostruzione che metta a profitto schemi descrittivi estremamente semplificati. La rappresentazione concettuale della recezione come « accettazione » (*Aufnahme*) costringe preventivamente la ricostruzione dei processi storici entro un preciso modello rappresentativo: che il popolo A abbia ricevuto dal popolo B qualcosa <sup>(4)</sup>, vale a dire che ne abbia ricevuto l'ordinamento giuridico nella sua interezza. Ma, utilizzando questo modello interpretativo, se ne tralasciano a priori altri che di per sè potrebbero essere parimenti utilizzabili: che A — per esempio — muti in modo del tutto

---

del fenomeno nel suo insieme. Eppure, se questo dovesse verificarsi ad ogni istante, diventerebbe impossibile una narrazione storiografica sufficientemente distesa e fluida: anche nella esposizione contenuta in queste nostre pagine rimane irrisolto il dilemma tra descrizione interpretazione o illustrazione dei fatti attraverso modelli semplificanti.

(4) La costante prevalenza di questo modello interpretativo fu favorita anche dalla concezione che del diritto ebbe la storiografia giuridica dell'Ottocento, alla quale pur si deve la scoperta della Recezione come problema specifico della storia giuridica tedesca (cfr. *infra*, II, p. 90). Per questa storiografia era ovvio considerare il diritto tedesco (tale definendo quello che non si fondava sulla tradizione risalente al *Corpus Juris Civilis*) nella stessa ottica in cui considerava quello romano: come un ordinamento giuridico positivo, cioè, in sè perfettamente autonomo e conchiuso, ricostruito con un particolare rigore metodologico in strutture concettuali reciprocamente coerenti (cfr. *infra*, II, pp. 85 s.). Ma, poi, gli ordinamenti giuridici storici dovevano esser considerati anche come sistemi di istituti e rapporti giuridici indipendenti dalle situazioni di fatto, e la Recezione come lo scontro storico fra due sistemi normativi così fatti; come il sottentrare — cioè — a tutto il sistema normativo di diritto privato di origine germanica d'un analogo sistema di provenienza straniera, e cioè dell'ordinamento romano. L'essersi la storiografia giuridica formata sullo schema interpretativo offerto dallo Stato nazionale (cfr. *infra*, pp. 546 s., II, 89) e, nel contempo, l'isolamento mantenuto dalla dottrina romanistica e da quella germanistica fra di loro e nei confronti dei più vasti orizzonti che sarebbero stati offerti dalla storia culturale sociale e costituzionale, hanno rafforzato ancor di più questo schema interpretativo.

autonomo il proprio ordinamento, che passi — cioè — da sè solo da una situazione precedente ad una diversa e successiva; oppure, ancora: che quella realtà storica che oggi noi chiamiamo A (poniamo: l'attuale struttura statale della nazione tedesca o d'un'altra qualunque delle nazioni moderne) si sia formata percorrendo un itinerario affatto autonomo ed utilizzando, magari, dapprima un procedimento di recezione che sia però da qualificare nella sostanza come un fatto di razionalizzazione dello Stato e del suo ordinamento <sup>(5)</sup>. Torneremo ancora a ragionare di questi possibili fraintendimenti.

2. Il concetto di recezione fatto proprio dagli storici del diritto era finora precisato con prevalente riferimento al primo dei modelli ai quali or ora alludevamo. Anche la recezione d'un diritto veniva rappresentata come l'adozione di elementi d'una diversa cultura, vale a dire come volontaria appropriazione di parti d'un ordinamento giuridico « straniero » (appartenente, cioè, a un'altra nazione o ad un'altr'epoca) da parte d'un popolo, senza che ciò fosse causato dal suo annientamento o dalla sua *debellatio* (perchè, se questa fosse stata la causa dell'appropriazione, l'identità stessa del soggetto collettivo che operava quest'appropriazione sarebbe venuta meno, mentre esso è di per sè assunto come soggetto — e non come oggetto — di quel *facere* o di quel *pati* che si conviene di significare col termine « recezione »).

Non vengono perciò <sup>(6)</sup> considerati come fatti propriamente di recezione l'introduzione dell'antico diritto romano nelle province del-

---

<sup>(5)</sup> Questo terzo schema interpretativo potrebbe comportare un'altra possibile descrizione del processo di recezione che non sarebbe di per sè priva di fondamento, in quanto lo Stato moderno fu davvero creato in Europa coi mezzi offerti dalla razionalizzazione del patrimonio giuridico (cfr. *supra*, pp. 127 ss.). Gli è che il discorso dello storico del diritto, necessariamente, sta e cade con la più generale coscienza storica dell'identità dell'Europa medievale con quella moderna e della perdurante identità delle antiche nazioni europee con se stesse.

<sup>(6)</sup> Su questi problemi cfr. SCHWARZ, *op. cit.*, pp. 149 s.; PRINGSHEIM, *op. cit.*, or ora alla nt. 1. Il concetto di recezione non è applicabile neppure alla estensione del vigore del diritto canonico nell'Europa centrale e settentrionale in connessione diretta col mutare dell'ordinamento giuridico della Chiesa uni-

l'Impero d'occidente, l'espansione del diritto islamico in conseguenza delle conquiste arabe, di quello franco-normanno in Inghilterra o di quello tedesco nei territorî orientali che furono oggetto di colonizzazione; mentre lo sono l'accoglimento del Cristianesimo da parte della maggior parte dei popoli germanici, o del Buddismo nell'Asia orientale, o del diritto volgare da parte dei « giovani » popoli della nascente Europa (?), o degli ordinamenti cittadini tedeschi da parte di città non tedesche dell'Europa settentrionale e orientale, oppure l'introduzione o la conservazione del *Code civil* nei Paesi di lingua neolatina o nella Germania occidentale anche dopo la fine della dominazione napoleonica (8). Ecco perchè deve, in particolare, esser considerata un'autentica recezione anche l'introduzione del diritto « romano » in Germania, in Scozia o nei Paesi Bassi.

C'è, poi, da considerare che il significato stesso della parola « recezione » può indurre l'equivoco che un diritto straniero possa esser recepito come tale, senza — cioè — venire nel contempo assimilato e — per ciò stesso — trasformato (9). Tutto ciò sembra fondarsi sul semplicistico convincimento che il diritto sia una specie d'oggetto materiale che si possa afferrare « cedere » o « ricevere », mentre in realtà esso rappresenta la sintesi di dati culturali stratificati secondo processi di sedimentazione storica estremamente complessi e mutevoli (una struttura, insomma, in cui trovano la loro « naturale » collocazione molteplici processi di gruppo, da quelli storici e sociali a quelli intellettuali e psicologici). La concezione tradizionale, invece, trovava il proprio quadro di riferimento anche teorico nel positivismo ottocentesco, ai cui occhi l'ordinamento giuridico altro non era che l'insieme delle norme giuridiche scritte (10). Ma anche la concezione propugnata in Germania dalla storiografia giuridica romantica e nazionalista ha

---

versale nel contesto della cultura giuridica medievale al sorgere del nuovo Millennio (cfr. *supra*, pp. 104 s., 163 e *infra*, nt. 23).

(7) Cfr. *supra*, pp. 26, 34 s.

(8) Cfr. *infra*, pp. 527 s.

(9) Sull'intreccio fra recezione e assimilazione, con ponderate osservazioni tratte dalla propria personale esperienza, cfr. SCHWARZ, *op. cit.*, pp. 154 ss. Sui rapporti fra *Roman Dutch Law* sudafricana (cfr. *infra*, II, pp. 228 s.) e *Common Law* cfr. le istruttive pagine dello SCHOLTENS, *The Genesis of South African Law*, in: *Hahlo-Kahn, The Union of South Africa. The Development of the Laws and Constitutions* (1960), pp. 1 ss.

(10) Cfr. *supra*, nt. 4.

alimentato nella coscienza comune il pregiudizio che i tedeschi appropriandosi di quello romano, avessero recepito un diritto straniero sacrificando in cambio il loro; mentre, semmai, ci sarebbe stato da chiedersi solamente se il sacrificio valesse o no la pena d'esser compiuto, se — insomma — il « corpo estraneo » fosse proprio un veleno, o non piuttosto una medicina <sup>(11)</sup>.

Già da questi cenni, pur così fuggevoli, è facile trarre il convincimento che ogni recezione equivale ad una assimilazione, e cioè ad un processo di sviluppo storico autonomo: voglio dire che un popolo può recepire un diritto d'origine straniera e ciò non ostante sopravvivere nella propria individualità storica, solamente se riesce ad innestare in modo perfettamente vitale questo diritto nella propria vita e nel proprio modo di pensare <sup>(12)</sup>. Tornando al nostro specifico problema storico, possiamo dire che deriva da un'errata valutazione delle potenzialità spirituali racchiuse nel nome « fatale » del Diritto romano quella certa convinzione (connessa, peraltro, al dogma della statualità del diritto) secondo cui la Germania avrebbe recepito un diritto « nazionale » straniero, magari quello dell'antico popolo romano o del popolo italiano del Basso Medioevo <sup>(13)</sup>. Ma ragionando così non si tien conto del

---

<sup>(11)</sup> Questa convinzione è stata superata, in Germania, soltanto in questi ultimi decenni. Ancora in una ricostruzione assennata della Recezione come quella di SCHWERIN-THIEME si parla di « degermanizzazione » (*Entdeutschung*) (p. 132) e, significativamente, di « rigermanizzazione » (*Wiedereindeutschung*) (p. 258); cfr. anche THIEME, ZSS, GA, LXXX, pp. 1 ss. Per un diverso orientamento cfr. DAHM, *op. cit.*, alla nota 1; KOSCHAKER, pp. 249 ss.; da ultimo COING, IRMAE, § 1; ancor più penetrante l'analisi assunta a fondamento da EBEL, pp. 25, 43 ss. e soprattutto 53 ss.

<sup>(12)</sup> Sembra che questo presupposto stia a fondamento anche della singolare opinione espressa in SCHWERIN-THIEME (p. 258), secondo cui la mutazione del diritto germanico introdotta dalla Recezione appare fondata più al di fuori dell'esperienza giuridica dell'epoca che non nelle strutture stesse dell'ordinamento.

<sup>(13)</sup> Qualcosa di simile è accaduto certamente per la maggior parte delle recezioni giuridiche dell'Età moderna: per esempio, per l'adozione delle forme costituzionali dei principi generali del processo e dei codici di stampo francese nell'Ottocento (cfr. *infra*, pp. 527 s., II, 172 s.) o per l'introduzione del Codice civile svizzero in Turchia (cfr. *infra*, II, p. 216). Soltanto a queste recezioni si riferiscono le osservazioni generali dello SCHWARZ (*Rez. u.-Assimilation*, cit.), che non potrebbero perciò esser trapiantate senz'altro da questo discorso a quello sulla Recezione del diritto romano. Istruttiva, a tal proposito, si presenta la rece-



fatto che il « popolo » romano e il suo Impero erano estinti ormai da secoli: e che una nazione italiana cominciava a formarsi appena appena allora, sicchè il suo ordinamento giuridico (seppur sia consentito parlarne) non s'identificava affatto con l'edificio teorico che i grandi giuristi italiani e francesi venivano costruendo a Bologna ed altrove. Tanto più che quest'edificio teorico non era affatto l'ordinamento giuridico d'un popolo o d'uno Stato, ma piuttosto il « prodotto » della riflessione teorica d'un ceto di giuristi che si sentiva solamente europeo.

3. È, dunque, necessario abbandonare la formula generica « accoglimento del diritto romano » e porsi invece il più puntuale problema di quale sia stata la sostanza più vera e riposta del processo di recezione. Anche qui è facile notare quanto fosse congeniale al positivismo ottocentesco concepire il diritto come una pura e semplice somma di norme e di principî che fosse senz'altro lecito trasportare da un contesto d'esperienza ad un altro, senza tener conto della connessione sostanziale ed inscindibile del diritto con i suoi proprî fondamenti spirituali ed etici e con le specifiche situazioni sociali e storiche che ne condizionano l'effettività concreta. In realtà, basta dare un'occhiata ai molteplici « effetti » che nel tessuto storico dell'Occidente sono stati « prodotti » da quella realtà apparentemente unitaria che suol definirsi diritto romano, per rendersi conto della diversità degli elementi che possono trarsi da questo antico patrimonio di cultura giuridica: i popoli germanici della età della migrazione ne avevan tratto — con l'antica tradizione documentale scritta — anche il linguaggio giuridico e le forme negoziali tipiche del diritto volgare <sup>(14)</sup>; i nascenti regni germanici vi attinsero lo stile e la tecnica della legislazione imperiale e quel che restava dell'organizzazione amministrativa; la Chiesa ne trasse il modello della propria amministrazione, dell'ordinamento processuale, dell'insegnamento delle *artes liberales* secondo lo schema offerto dal

---

zione del diritto inglese operata — a partire dal 1806 —, grazie all'intervento dei giuristi anglosassoni, nel Sud Africa, senza lo strumento d'una codificazione (proprio, cioè, del diritto comune).

<sup>(14)</sup> Cfr., *supra*, pp. 34 s. 36 s.

*Trivium*, nonchè la normativa tralatizia propria del diritto volgare <sup>(15)</sup>.

Quella che più propriamente suol definirsi Recezione pratica del diritto romano, e che avvenne alla fine del Medioevo, ebbe invece per oggetto l'edificio teorico ed il metodo ch'erano stati elaborati da quella scienza giuridica la quale — sorta a Bologna a partire dal XII secolo — s'era più tardi venuta formando anche in altre Università d'Italia e di Francia. Essa fu, dunque, recezione del diritto privato romano (giustiniano) nella misura in cui quella scienza giuridica era nata ed aveva preso sostanza dalla riscoperta del *Corpus Juris*; e questo diritto fece proprio nella misura e secondo il modello che le erano proposti da quella medesima tradizione scientifica: *quicquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia*. Tutto ciò di per sè significava anche un'utilizzazione delle norme del diritto privato romano nella forma classica e classicistica in cui erano state inserite nei libri giustiniani: in questo senso — ma s o l a m e n t e in questo senso — può esser corretto (e significativo) parlare d'una recezione del diritto romano.

A questo punto appare necessario liberarsi da quel modello usuale di recezione — valido, forse, per interpretare i fatti di recezione dei moderni codici, come quello svizzero in Turchia — secondo il quale un popolo avrebbe adottato l'ordinamento giuridico d'un altro popolo; e riconoscere, piuttosto, che — proprio attraverso la recezione — il soggetto che l'ha compiuta (nel nostro caso, la comunità dei popoli di lingua tedesca) ha mutato i propri modi di convivenza. E quale fu il nucleo centrale di questo mutamento? Per tutta l'Europa che si stendeva a nord delle Alpi il mutamento dei propri antichi ordinamenti giuridici rappresentò l'epilogo d'un processo, che fu ad un tempo politico sociale e culturale, e che ebbe il suo episodio-chiave in quella penetrazione nell'Europa settentrionale della letteratura giuridica bassomedievale italiana e francese, dei giuristi che su di essa s'eran formati e dei metodi e delle teoriche che vi avevano appreso; penetrazione che si compì fra il XIII e il XVI secolo.

---

(15) Cfr. *supra*, pp. 40 ss., 28 s.

La letteratura, i giuristi, i loro metodi e le loro elaborazioni teoriche, abbiám detto. Ma a quale di questi elementi convien dare la prevalenza nello scegliere il modello secondo cui interpretare storicamente la Recezione? La concezione tradizionale — coerente, anche in questo, con gli orientamenti positivistici e storico-dogmatici che allora tenevano il campo — poneva in primo piano la recezione delle norme e degli schemi teorici del diritto romano. E non si può certo dire che, così facendo, commettesse un errore. Ma a noi — che siamo alla ricerca d'un modello interpretativo che possa farci cogliere nel suo insieme il significato sociale politico e culturale della Recezione — a noi non può sfuggire l'impossibilità di mettere al primo posto i mutamenti normativi e istituzionali. Perchè il processo storico della Recezione prese le mosse molto di più dall'apprendimento d'una « grammatica » giuridica e dalla comparsa, nella vita pubblica dell'Europa settentrionale, di giuristi che quella grammatica avevano imparato. E il luogo, nel quale essi dapprima comparvero, non furon certo tanto i tribunali, dove veniva esercitata la funzione giurisdizionale « generale » (e, per conseguenza, lo strumento di cui essi poteron giovarsi non fu tanto l'applicazione del diritto privato romano); quanto, piuttosto, le grandi strutture amministrative ecclesiastiche e laiche <sup>(16)</sup>; sicchè le loro funzioni — per lo meno da principio — non riguardaron tanto la giurisdizione (e non comportarono perciò l'applicazione del diritto privato romano), quanto piuttosto la trattativa politica e diplomatica e l'esercizio dell'amministrazione in genere (ivi compresa quella tributaria) e — in un certo àmbito — anche la collaborazione all'esercizio della giurisdizione penale esercitata dai signori territoriali. Soltanto quando questi ultimi ebbero attenuato o infranto la tradizionale (e spesso egoistica) opposizione di molte classi all'infiltrazione dei giuristi colti, questi — e con loro l'applicazione del diritto privato romano — trovaron posto anche nei tribunali « generali ». Poichè l'affermazione del metodo proprio dei giuristi colti in generale non portò con sè un integrale mutamento nel contenuto degli ordinamenti giuridici (come fu il caso della Sassonia Elettorale — raccaforte della giurisprudenza colta —

---

<sup>(16)</sup> Cfr. *supra*, pp. 165 s. e note 67, 68; e pp. 174 s.

dove pure continuò ad aver vigore lo Specchio Sassone <sup>(17)</sup>, o dell'applicazione della *Coutumes* di Francia e dei Paesi Bassi), si può ben dire che l'adozione della normativa « straniera » fu manifestamente una conseguenza normale, sì, ma non necessaria dell'affermarsi del nuovo ceto di giuristi colti.

4. Partendo da queste premesse di fondo può correttamente orientarsi una ricostruzione che voglia cogliere ed analizzare il senso storico globale della Recezione non tanto in funzione della adozione di istituti propri del *jus commune*, quanto piuttosto nella prospettiva di un autonomo processo storico unitario: vale a dire d'una *scientificizzazione* della vita giuridica tedesca e dei suoi operatori. In quest'ottica si può comprendere la razionalizzazione della vita pubblica: la risoluzione dei conflitti politici e di quelli privati, non più col ricorso alla forza alle soluzioni emotive o ad una tradizione priva d'una sua coerenza razionale, sibbene con la trattazione logicamente corretta d'una problematica propriamente giuridica e la decisione conforme ad una regola razionalmente individuata <sup>(18)</sup>. Il rilievo, di per sè miope, che si sia trattato d'un'eccessiva penetrazione di elementi stranieri, può — se inteso in una prospettiva come questa — esser riferito solamente al fatto che questa tecnica scientifica fu opera anzitutto di italiani e di francesi, e che finì col porsi come modello non solamente per la Germania ma per l'intero continente europeo. Il termine tradizionale *recezione* verrà usato, nel sèguito di queste pagine, sempre in questo significato <sup>(19)</sup>.

Contro la caratterizzazione della Recezione come *scientificizzazione* della vita giuridica è stato obiettato — pur esprimendosi un più generale consenso — che non si dovrebbe sottovalutare la portata della pur innegabile adozione di norme sostanziali e di isti-

<sup>(17)</sup> Cfr. *supra*, pp. 150, 152 s.

<sup>(18)</sup> Cfr. *supra*, pp. 88 s.

<sup>(19)</sup> KUNKEL, ZSS, RA, LXXI (1954), p. 529, nt. 41; ID., Heid. Jb., 1957, p. 11; P. BENDER, *Die Rez. d. röm. R. im Urteil d. dtsch. Rechtswiss.* (dissertaz. dattiloscr. dell'Università di Friburgo), p. 200, nt. 778; e, da ultimo, THIEME, ZSS, GA, LXXX (1963), p. 9, nt. 28, secondo cui la Recezione avrebbe realmente creato un nuovo ordinamento giuridico. Su questi temi ci eravamo già intrattenuti in *Eranion Maridakis*, p. 349, nt. 40; cfr. anche *supra*, p. 8, nt. 16 e *infra*, pp. 362 ss.

tuzioni proprie del diritto romano. Ora, non v'è dubbio che l'affermazione della tecnica razionale del giurista portò, nella maggior parte dei casi, anche al prevalere degl'istituti del *jus commune* europeo nella legislazione e nell'applicazione giurisdizionale operata dai tribunali, anche se questo non sempre si verificò, e se — proprio per questo — non può esser ritenuto elemento necessario della Recezione. Forse la controversia si può risolvere considerando che i metodi della storia delle istituzioni da una parte e di quella sociale e della scienza dall'altra pongono in risalto due momenti diversi d'un processo storico in sè unitario: il primo mira a studiare il diritto di volta in volta vigente come somma di norme e di principi, mentre il secondo guarda all'insieme dell'ordinamento così com'esso appare integrato in una società storicamente determinata. A noi pare che una comprensione storicamente corretta del fenomeno della Recezione debba prender le mosse da questa visione globale; ma, alla fine, c'è anche da considerare che sarebbe inadeguata anche l'immagine d'un radicale mutamento di tutto il diritto vigente. Un ordinamento giuridico positivo è pur sempre una struttura complessa, i cui singoli elementi sono interdipendenti tra loro: sicchè i mutamenti di singole norme mediante una semplice recezione materiale, quando non siano determinati da un'esigenza intrinseca di sviluppo dell'ordinamento stesso, vengono per il solito compensati attraverso corrispondenti mutamenti d'altre norme<sup>(20)</sup>. Poichè la nostra ricostruzione assume a proprio oggetto specifico questa struttura nel suo insieme<sup>(21)</sup>, essa dà coerentemente la preferenza a quel modello di recezione che consente di descrivere l'insieme delle mutazioni culturali rispetto a quello convenzionale, che, prendendo come punto d'avvio la recezione materiale del diritto privato romano, finisce col dare un'eccessiva rilevanza ad un fatto particolare. Tanto più che — come ognuno sa — il diritto romano non ha rappresentato,

---

(20) Tali compensazioni sono rappresentate magari dalla rielaborazione del possesso collettivo dell'antico diritto privato germanico con gli strumenti dogmatici offerti dall'*Usus modernus* (cfr. *infra*, pp. 317 s.) o dal concetto di cessione del tardo diritto comune (su cui cfr. WESENBERG, pp. 123 s.; ed ora anche LUG, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, Köln-Graz, 1966). Di tutto questo si ha la conferma anche osservando che il contenuto — il testo, addirittura — delle più antiche fonti giuridiche, pur conservandosi esteriormente uguale, può essersi svuotato di tutto il suo significato originario ed esser così diventato strumento della giurisprudenza colta. È quanto è accaduto, per esempio, allo Specchio Sassone nella riflessione dei giuristi di diritto comune nella Germania centrale dei secoli XVI e XVII (cfr. *infra*, pp. 293 s.), alla legislazione bavarese del 1518 (cfr. *infra*, p. 292, nt. 33) o a quella della Frisia orientale del XVI secolo: cfr. EBEL, *Das Ende d. fries. R. in Ostfriesland*, Aurich, 1961; UNRUH, *GöttGelAnz*, 215 (1963), pp. 101 s. (a proposito della legislazione del conte Edzard del 1516).

(21) Cfr. *supra*, p. 8, nt. 12.

per l'Europa stessa, un ordinamento giuridico che abbia continuato ad aver vigore nel tempo, ma ha segnato piuttosto la storia d'una tradizione spirituale.

Questi punti di vista — che anche noi condividiamo — indussero invece Erich Genzmer a proporre categoricamente l'abbandono totale del concetto di Recezione <sup>(22)</sup>. Questa proposta — se la si consideri dal punto di vista del suo Autore — non è priva d'una sua consequenzialità. Una volta, infatti, assunto come campo d'indagine l'intero continente europeo, la parola *Recezione* si palesa priva di significato; perchè, in un simile quadro, l'affermarsi — nella Europa meridionale e sud-occidentale — d'una scienza giuridica nuova e il suo successivo diffondersi nel resto del continente non può certo essere interpretato come un fatto di acquisizione d'una cultura giuridica di provenienza estranea. Ma se si guarda più specificamente alla storia dell'esperienza giuridica tedesca (e il discorso vale per qualunque altra storia giuridica « regionale »), allora si deve riconoscere che la Recezione — pur con tutti i suoi (profondi) legami col contesto europeo — è stata un processo reale di mutazione che ha riguardato quest'esperienza in particolare; essa, insomma, ha rappresentato un fatto esogeno, non endogeno; o, se si vuole, la Recezione ha avuto natura epidemica, non endemica <sup>(23)</sup>. Noi, dunque, continuiamo tranquillamente a parlare di Recezione; in primo luogo perchè rinunciare a un termine scientifico usato da secoli — e unanimemente — da esaltatori e da detrattori del fatto che con quel termine si suol significare renderebbe necessariamente più ardua la comprensione scientifica; eppoi perchè non ci sembra poi così decisivo l'accenno a qualche oscillazione di significato che quel termine può aver avuto nell'uso che ne hanno fatto i giuristi europei <sup>(24)</sup>. Ma, come abbiám già notato, con questo termine noi intendiamo significare non più tanto l'introduzione di dati normativi nuovi, quanto piuttosto la « conquista del potere » da parte dei giuristi colti e del loro metodo d'applicazione del diritto nella vita pubblica.

---

<sup>(22)</sup> IRAME, I, 1, d, § 39.

<sup>(23)</sup> Il carattere esogeno o epidemico assunto dalla Recezione al di fuori dell'Italia e delle regioni francesi di *droit écrit* abbisogna d'una limitazione per quel che riguarda la Protorecezione canonistica; la quale, fin da principio, fu espressione in tutta l'Europa (anche nelle regioni nord-occidentali e centrali) d'un processo di organizzazione e di normazione iniziatosi nei secoli XII e XIII; e, cioè, d'un processo evolutivo endogeno che riguardò tutta l'Europa. Questo discorso deve, per conseguenza, valere per quella conoscenza ed applicazione del diritto romano nei tribunali ecclesiastici e per quella prassi documentale di cui fu veicolo la Chiesa (cfr. *supra*, pp. 163 ss.).

<sup>(24)</sup> Nell'Europa occidentale è il caso talvolta della recezione di alcuni specifici atti legislativi, in particolare dei codici; nell'Europa centrale più spesso della recezione del diritto romano nel suo complesso.

5. Se è vero che quella che abbiám definito la « scientificizzazione » dell'esperienza giuridica tedesca attraverso la Recezione non si risolse in un'eccessiva penetrazione di elementi stranieri; non si può tuttavia negare che si sia trattato d'un capovolgimento radicale: d'una rottura, cioè, o — per lo meno — d'una trasformazione dell'antica coscienza giuridica attraverso un mutamento quasi rivoluzionario degli operatori dell'amministrazione della giustizia, dell'insegnamento e del pensiero giuridico, del processo, dell'applicazione del diritto, e, infine, anche degli estensori della maggioranza delle fonti giuridiche scritte.

Le condizioni e il decorso di questa rivoluzione devono esser visti nel contesto della grande crisi che, all'inizio dell'Età moderna, scosse tutti gli aspetti della vita in Germania mutandoli dalle fondamenta. In primo piano si pone la Riforma della Chiesa con la rottura della sua unità; e — emerse prima, ma con questa stabilmente connesse — le altre questioni di fondo, la cui soluzione — fino alla metà del Cinquecento — si risolse quasi sempre o in compromessi senza sbocco o in completi fallimenti: quella battaglia per il rinnovamento costituzionale dell'Impero ormai fatiscente (*Reichsreform*), per esempio, che naufragò nella rivolta dei cavalieri dell'Impero e dei contadini; oppure l'Umanesimo che, in sèguito alle lotte di religione e a differenza di quanto accadde nei Paesi dell'Europa occidentale, assai per tempo si ridusse nei limiti del fenomeno di scuola; oppure, ancora, il Rinascimento, la cui interruzione (avvenuta per gli stessi motivi storici contingenti) isolò per secoli le arti figurative tedesche dalle più importanti correnti europee.

Per tutte queste ragioni la crisi costituzionale dell'Impero ebbe tanta importanza per la Recezione pratica. Mentre, infatti, questa crisi lasciò l'Impero lacerato e agonizzante, la feudalità territoriale — la potenza, cioè, che con maggior determinazione s'era giovata della razionalizzazione scientifica del diritto — ne uscì dovunque rafforzata. L'unico risultato duraturo della riforma dell'Impero, e cioè la riorganizzazione del Tribunale imperiale (*Reichskammergericht*), operò nella medesima direzione. Così quel periodo, nel quale vennero meno le forme di convivenza proprie del Medioevo senza che la Nazione tedesca riuscisse a ritrovarsi in una rinnovata convivenza comune, riuscì tuttavia a costituire

per lo meno una nuova unità: quella d'una coscienza giuridica scientificamente fondata. Ma la Germania nel suo insieme pagò un prezzo preciso come contropartita della formazione degli Stati territoriali: e fu la dissoluzione d'una coscienza politica comune e del senso dell'appartenenza a una comunità d'uomini liberi; il restringersi dell'orizzonte spirituale e l'attenuarsi (o addirittura l'estinguersi) di quei movimenti di rinnovamento spirituale che in sèguito avrebbero fatto delle nazioni dell'Europa occidentale gli artefici della moderna civiltà del continente.

II. Premessi questi chiarimenti, le antiche questioni connesse al problema storico della Recezione — quelle relative al suo oggetto e alle sue cause — conservano intatto il loro autentico significato.

I. Cosa fu recepito? Non certamente il diritto romano classico (che tra l'altro era allora sconosciuto nella sua forma originaria), e neppure il diritto giustiniano in quanto tale, ma — piuttosto — il *jus commune* europeo, che i Glossatori e soprattutto i *Consiliatores* avevano riplasmato unitariamente sulla base, sì, del *Corpus Juris*, ma rielaborandovi con coerenza scientifica le legislazioni statutarie (soprattutto quelle dei Comuni italiani) le consuetudini e gli usi commerciali. Lo stesso *Corpus Juris* aveva vigore, perciò, con le limitazioni e le estensioni che già da tempo la Scuola di Bologna gli aveva dato: per esempio senza i testi greci (*graeca non leguntur*) al posto dei quali — per quanto attiene alle Novelle — era entrata l'antica traduzione latina della cosiddetta *Authentica*; ed aumentato da fonti medievali le quali, o da tempo avevano la stessa autorità dei libri giustiniani — come il diritto feudale longobardo (*Libri feudorum*, diventati parte integrante del *Corpus* come *Decima collatio novel-larum*) o gli atti legislativi degl'Imperatori salici nelle compilazioni di diritto consuetudinario feudale redatte dai giuristi di Pavia e di Milano o quelli degli Svevi che furono inseriti nel *Corpus* bolognese come accadde alle *Constitutiones Friderici* (II). Ma più decisivo fu il fatto che questo materiale alla fine fu recepito nella elaborazione fattane dalla scienza giuridica italiana ed in particolare con il valore specifico che ad ogni testo era stato



assegnato dall'opera interpretativa dei Glossatori bolognesi. Nel fatto l'autorità della *Glossa ordinaria* e delle opere dei più grandi fra i *Consiliatores* — Bartolo, Baldo, Paolo di Castro e Giason del Maino — fu così grande, da non consentire interpretazioni nuove dei testi romani al di fuori della tradizione <sup>(25)</sup>, nei casi in cui queste *auctoritates* concordassero tra loro.

Questo *jus commune* oggetto della Recezione era essenzialmente diverso da quei testi romani del diritto canonico che attraverso la giurisdizione ecclesiastica erano già arrivati nell'Europa centrale e settentrionale. Negli istituti e nelle teorie giuridiche canonistiche che si fondavano sulle fonti romano-germaniche o propriamente ecclesiastiche i molteplici elementi della cultura giuridica europea trovavano modo d'esprimersi in modo forse più spontaneo e più articolato che nel pensiero dei Glossatori.

2. Anche il contenuto oggettivo della Recezione mostra la falsità di quella generica immagine della «accettazione del diritto romano»; e conferma che — in virtù del metodo scientifico proprio del *jus commune* — le norme del diritto giustiniano non furono affatto sempre recepite. Per riuscire a dare una corretta valutazione di tutta questa materia, è perciò necessario distinguere tra l'autorità formale del *Corpus Juris* e il suo vigore reale nella scienza giuridica basso-medievale. Mentre, infatti, la legislazione giustiniana comprendeva tutte le possibili branche dell'ordinamento, l'elaborazione delle singole materie nel contesto del *jus commune* fu oltremodo disuguale.

a) Particolarmente complessa è la questione relativa alla recezione del diritto pubblico romano <sup>(26)</sup>. In principio esso fu accolto soltanto nella misura in cui poteva avere un rapporto con la situazione costituzionale e con la struttura ammi-

---

<sup>(25)</sup> A questo proposito si usa — da SAVIGNY (VI, 2, p. 274) in qua — citare la burla del Fulgoso (1367-1427) sull'impossibilità di richiamarsi, contro il parere della Glossa e dei *Consiliatores*, al testo giustiniano senza esporsi agli ammaestramenti circa l'infallibilità dei più vecchi: «vuoi forse essere più avveduto della Glossa?» (ma cfr. anche *supra*, p. 81, nt. 87). Sui presupposti dell'autorità della *communis opinio* cfr. ora LOMBARDI, *Saggio*, cit., pp. 164 ss.

<sup>(26)</sup> In generale cfr. LABAND, *Die Bedeutung d. Rezeption d. röm. R. für das dtsh. Staatsr.* (1880); KOSCHAKER, pp. 380 ss.; ora cfr. partic. KRAUSE, *Kaiserrecht*, pp. 26 ss., 49 ss.; e fondamentalmente COING, *IRMAE*, §§ 9-12, 29-32, 75.

nistrativa basso-medievale. Poichè la situazione dell'Impero della tarda Antichità era radicalmente diversa rispetto alla realtà costituzionale dell'Europa medievale, molti testi pubblicistici del *Corpus* vennero *a priori* eliminati, ed altri dovettero essere stravolti fino a risultare irriconoscibili. Poste queste premesse, si deve pur dire che la struttura costituzionale dell'Impero, la posizione giuridica dell'Imperatore, quella dei re europei (esemplata su quella imperiale) <sup>(27)</sup> e dei principi territoriali tedeschi fin dalla metà del Medioevo era stata spesso dedotta dai testi costituzionalistici del *Corpus Juris* che alla loro volta provenivano dal diritto pubblico del tardo Principato e soprattutto del Dominato bizantino; e questo era accaduto, non solo in conformità ad esigenze di tipo ideologico, ma anche nella riflessione della pubblicistica politica e giuridica. Malgrado il crollo delle pretese dell'Impero dopo il Grande Interregno, l'assolutismo giustiniano ha offerto un motivo — qualche volta sopravvalutato, ma pur sempre efficace — di favore per il diritto romano da parte dei monarchi europei <sup>(28)</sup> e dei principi territoriali tedeschi, che determinò anche la Recezione pratica.

Quest'accoglimento del diritto pubblico romano anzitutto delle cancellerie imperiali, avvenne già nel primo periodo della Scuola di Bologna. Esso dette già all'Impero degli Svevi e al Regno di Francia un nuovo impulso tutto laico e di tipo autenticamente imperiale; e soprattutto dette una base stabile e coerente al concetto di sovranità <sup>(29)</sup> e alla pretesa delle monarchie occidentali e dei principati territoriali tedeschi di ottenere il monopolio legislativo e giurisdizionale. Il concetto moderno di ufficio e di legge fu coniato in questo momento <sup>(30)</sup>.

<sup>(27)</sup> Anche a questo proposito l'aforisma *rex superiorem non recognoscens* (su cui cfr. *supra*, p. 108, nt. 1) è ricco di significato.

<sup>(28)</sup> Però i signori territoriali tedeschi (al contrario degl'Imperatori svevi) hanno palesemente promosso la Recezione assai lucidamente per fondare o per legittimare, ricorrendo al diritto pubblico romano, la loro sovranità: BELOW, *Ursachen*, p. 54; SCHWERIN-THIEME, p. 254, nt. 6; DAHM, DR, p. 104.

<sup>(29)</sup> Cfr. *supra*, pp. 62 s. nt. 24 e 25 e p. 108 nt. 1.

<sup>(30)</sup> KRAUSE, *Kaiserrecht*, pp. 37 ss.; COING, IRMAE, § 10 (ove son reperibili ulteriori ragguagli alla nt. 95), § 11, sub 4, § 12 (sul tenore romanistico delle leggi di Roncaglia); EBEL, pp. 43 ss. Sulle radici culturali del concetto ecclesiastico di legge, cfr. *infra*, II, p. 125 nt. 6.

In Germania solo agl'inizi del Quattrocento — e cioè proprio col venir meno della potenza imperiale — queste idee cominciarono per loro conto a legittimare l'adozione del diritto romano in quanto « diritto imperiale », aprendo così la strada alla recezione pratica del diritto privato <sup>(31)</sup>.

In particolare furono utilizzati i *privilegia principis*, e, a partire da Carlo IV, anche il *crimen laesae majestatis* — e con esso il concetto di alto tradimento <sup>(32)</sup> — come arma importantissima di lotta politica. Invece il principio *princeps legibus solutus* (nel significato generale che aveva voluto attribuirgli Giustiniano in D. 1, 3, 31) è sempre stato per quanto possibile contestato per via del suo evidente contrasto con lo « Stato di diritto » medievale e con la coscienza giuridica che s'era formata secondo i valori propri della società feudale <sup>(33)</sup>. Già i *Consiliatores* eran riusciti in più modi a svuotarlo di contenuto contrapponendo tutta una serie di *loci pretesamente contrarii* <sup>(34)</sup>; ed anche nelle maglie dello « Stato di stati » tedesco cinque- e seicentesco questo principio non trovò modo d'insinuarsi, mentre più significativo fu — fino dal Medioevo — il suo influsso sulla formazione del concetto di sovranità e dell'idea di legge.

Alla recezione pratica delle norme romane in materia di organizzazione amministrativa di ordinamento tributario e di diritto dell'economia faceva (naturalmente ed in più modi) ostacolo, invece, la differenza delle situazioni proprie della vita pubblica tardo-medievale rispetto a quelle della società romana. Certe reminiscenze di sapore umanistico — come l'equiparazione (più che altro retorica) del *praefectus praetorio* con taluni alti funzionari imperiali o principeschi <sup>(35)</sup> — avevano la medesima inconsistenza, sul piano concreto, di alcune formule costituzionali di cui già da tempo amava rivestirsi quella consapevolezza di sè ch'era tipica delle repubbliche cittadine d'Italia d'Olanda e di Germania <sup>(36)</sup>.

<sup>(31)</sup> È fondamentale KRAUSE, pp. 118 ss., 141, 146.

<sup>(32)</sup> COING, IRMAE, § 11, nt. 113-120.

<sup>(33)</sup> KOSCHAKER; KRAUSE, p. 53; COING, IRMAE, § 9, nt. 93; cfr. *supra*, p. 63, nt. 25.

<sup>(34)</sup> COING, Mem. Koschaker, I, p. 92.

<sup>(35)</sup> STOBBE, II, pp. 23, 31; KOSCHAKER, pp. 75 ss.

<sup>(36)</sup> Un vivacissimo prodotto di questo atteggiamento è offerto da Cola di

Molto più importante, invece, fu che la prassi dei *Consiliatores*, adeguandosi ad un modo di pensare tipicamente medievale, applicasse i principî proprî del diritto privato al campo dei rapporti pubblici, e viceversa <sup>(37)</sup>.

b) Anche il discorso intorno al diritto penale mal si adatta ad esser fatto nei termini d'un concetto semplificato di recezione. Il diritto penale delle fonti romane era concettualmente meno elaborato, soprattutto per via dei profondi mutamenti ch'erano intervenuti nel sistema penale romano dall'età repubblicana attraverso il Principato (che aveva pur sempre conservato una parvenza di legalità) fino al Dominato assoluto; tanto più che, in mezzo a tutto questo mutare di quadri politici e costituzionali, non s'era trovato modo di formulare un minimo di principî generali. Solo i *Consiliatores* — sotto l'influsso d'istituti e di modi di sentire di derivazione germanica; e, soprattutto, sospinti da quella prassi penitenziale e penale della Chiesa che aveva fatto tanta strada in direzione d'una più attenta valutazione delle situazioni soggettive interne — solo i *Consiliatores*, dicevamo, hanno realmente plasmato quella scienza penalistica che resta come una delle creazioni più peculiari del Basso Medioevo italiano <sup>(38)</sup>. Proprio questa scienza, con tutto lo strumentario teorico di cui i *Consiliatores* l'avevan provvista, — pur se poi rielaborata in modo autonomo — fu oggetto di recezione in Germania <sup>(39)</sup>.

c) Qualcosa di simile accadde anche per la materia connessa al processo civile. Nel *Corpus Juris* i resti del processo

---

Rienzo (1313-1354) che si appellò alla vespasiana *lex de imperio* (allora scoperta) per legittimare la sovranità del popolo romano del suo tempo (il documento è riportato in MURATORI, *Antiquitates Italicae Medii Aevii*, III, I, Mediolani, 1738 p. 405 ss.); osservazioni acute su questo documento in BESELER, *Jurist. Miniaturen* (1929), pp. 158 ss.

<sup>(37)</sup> COING, Mem. Koschaker, I, pp. 80 s.

<sup>(38)</sup> KANTOROWICZ, *Albertus Gaudinus u. d. Rechtsleben d. Scholastik*, I/II (1907-1926); DAHM, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter* (1931); ID., *Untersuchungen z. Verfassungs- u. Strafrechtsgeschichte d. it. Städte im MA* (1942).

<sup>(39)</sup> SCHMIDT, pp. 147 ss.; sulle radici autonome del processo inquisitorio in Germania pp. 86 ss. (per ulteriori riferimenti di letteratura pp. 461 ss.).

formulare classico, confusi com'erano col processo bizantino (anch'esso, a sua volta, farraginoso e frutto di stratificazioni), offrivano all'interprete un quadro d'insieme assai disarmonico: per questo la scienza processualistica profana s'era venuta sviluppando — pur senza danno del suo legame coi testi del *Corpus Juris* che la riguardavano — sotto l'influsso dei valori proprî dell'esperienza giuridica germanica e di nuove esigenze pratiche ed organizzative, prendendo le mosse dal diritto canonico, che anche in questa materia processuale esercitò così una funzione traente. È significativo, in questo senso, che l'opera — per dir così — «pilota» di tutta questa dottrina processualistica sia stato lo *Speculum iudiciale* di Guglielmo Durante: il manuale d'un canonista, cioè. E il processo canonico, da parte sua, s'era formato, in modo autonomo ma sotto una più marcata influenza dei principî processuali germanici, dal processo bizantino e dal quadro normativo offerto dalle stesse leggi canoniche (40). In Germania questo tipo di processo, in parte per il concorso di taluni fatti presenti già prima della Recezione, ebbe modo d'esperimentare uno sviluppo per più d'un verso autonomo sulla base dei risultati raggiunti dalla scienza processualistica italiana e francese (41).

d) Vastissimo, invece, fu l'ambito in cui venne recepito il diritto privato giustiniano; pur se fu recepito — come tutte le altre materie — nella forma essenzialmente nuova e mutata in cui lo avevan rielaborato i *Consiliatores* con un'opera di conciliazione con le legislazioni statutarie e con le correnti più vive del pensiero europeo (42). Questa recezione non fu neppure senza lacune: perchè istituti proprî del diritto patrio si mantennero in vita o riaffiorarono di nuovo nell'*Usus modernus*; altri furon recepiti in forma così «germanizzata» da risultare addirittura irricognoscibili (43).

---

(40) Per tutti cfr. FEINE; CONRAD, DRG, I, 2 (1962), p. 385 dove sono reperibili ragguagli bibliografici.

(41) Cfr. anche *infra*, pp. 268 ss.

(42) L'idea che la Recezione si sia risolta nell'adozione d'un ordinamento giuridico straniero tutto intero (cfr. *supra*, nt. 4) fu perciò sviluppata soprattutto da parte di storici del diritto privato (cfr. *infra*, II, p. 95).

(43) Su questo cfr. *infra*, pp. 353 ss.

3. Per comprendere la Recezione è particolarmente importante l'ottica di valutazione del diritto che ne fu oggetto; perchè la concezione che del diritto si aveva allora era — nei suoi stessi principî — differente da quella che è propria della nostra epoca caratterizzata dallo Stato di diritto. Dove, per esempio, il vigore del diritto romano era riconosciuto in virtù dell'idea d'Impero <sup>(44)</sup> o sulla base della finzione *superiorem non recognoscens in regno suo est imperator* elaborata dai giuristi francesi <sup>(45)</sup>, quel diritto era da qualificare come « diritto generale » (*jus commune*), e — nell'Impero — (come *diritto imperiale* o *diritto scritto* o più semplicemente *diritto*) come diritto generale dell'intero ordinamento imperiale.

Però — a stare alle fondamentali ricerche del Krause <sup>(46)</sup> — la parificazione del diritto imperiale con quello romano si fece strada soltanto nel XV secolo, e cioè proprio agl'inizî della Recezione. Per l'innanzi il termine aveva in primo luogo significato ogni atto di normazione dell'Imperatore, in secondo luogo ogni legislazione autoctona di più generale applicazione che ripetesse la propria legittimazione dal richiamo all'Imperatore (lo Specchio Sassone, per esempio, definito « Specchio dell'Imperatore », *Kaiserspiegel*), e infine — ma con un significato chiaramente rivoluzionario e nel contempo escatologico — il diritto ideale posto da un immaginario Imperatore pacifico dei tempi escatologici quale si ritrova nella letteratura socio-rivoluzionaria che fiorì a un di presso nelle regioni del Reno superiore e durante la Guerra dei Contadini. Quella fondazione del potere legislativo imperiale sul diritto giustiniano, che era stata messa avanti per giustificare le pretese imperiali del Barbarossa, aveva perso ogni peso nella situazione costituzionale che s'era venuta determinando nel corso del Basso Medioevo.

Ma proprio perchè al diritto romano era riconosciuta la natura di diritto generale, quella convinzione — così inconfondibilmente medievale <sup>(47)</sup> — che l'ordinamento più ristretto dovesse ogni volta prevalere nell'applicazione su quello più esteso lasciava al diritto romano stesso la possibilità d'un vigore solamente

<sup>(44)</sup> Cfr. *supra*, pp. 62 s.

<sup>(45)</sup> Cfr. *supra*, p. 108, nt. 1 e, in questo stesso paragrafo, la nt. 27.

<sup>(46)</sup> *Kaiserrecht*, partic. pp. 124 ss., 146.

<sup>(47)</sup> Sui suoi fondamenti cfr. EBEL, pp. 15 ss.; KRAUSE, ZSS, GA, LXXV, pp. 206 s.

sussidiario, in un grado successivo rispetto agli ordinamenti minori (rispetto — cioè — alla giurisdizione arbitrale, o alle legislazioni cittadine feudali corporative o territoriali). Già per i *Consiliatores* italiani quello del rapporto tra *jus commune* e statuti particolari (che aveva per loro una rilevanza pratica tutta speciale) era stato un grave problema giuridico e politico insieme. Dalla loro attenta ed acuta riflessione aveva preso le mosse quella originale teoria degli Statuti <sup>(48)</sup> che aveva cercato di conciliare tra loro il vigore tendenzialmente generale del *jus commune* e l'indiscutibile preminenza degli ordinamenti particolari ricorrendo ad un'interpretazione restrittiva degli statuti: *statuta stricte sunt interpretanda*. Anche questa teoria degli statuti venne recepita in Germania <sup>(49)</sup>, dove — però — essa sortì effetti assai meno cospicui e meno chiarificatori di quelli che aveva raggiunto nella sua terra d'origine; forse perchè essa ebbe da misurarsi per un verso col vigore d'un complesso di norme consuetudinarie più consistente che in Italia, e per un altro verso con legislazioni cittadine e territoriali vive e coscienti di sè e del proprio vigore.

a) Lo spazio di vigore che la sussidiarietà del diritto comune lasciava al diritto particolare (e perciò anche a quello germanico) venne però nuovamente limitata (e proprio a danno del diritto più antico) dalla recezione del principio della scrittura nel processo. Poichè il giudice — colto e spesso straniero al luogo in cui esercitava le proprie funzioni — doveva ricorrere a un diritto che fosse certo (e, per ciò stesso, scritto), l'affermata prevalenza del diritto locale si riduceva a valere solamente per quelle legislazioni che fossero comunque fuor di dubbio; sicchè di un diritto che non fosse stato redatto per iscritto avrebbe dovuto essere specificamente portato a conoscenza del tribunale

---

<sup>(48)</sup> Sulla teoria degli statuti elaborata dai giuristi italiani e sulle loro controversie a proposito della portata del vigore sussidiario, cfr. partic. ENGELMANN, *Wiedergeburt*, pp. 72 ss.; per la Germania cfr. KRAUSE, *Kaiserrecht*, pp. 119 s.; cfr. *supra*, p. 111, nt. 12.

<sup>(49)</sup> COING, ZSS, RA, LVI (1936), pp. 256 ss., 269 ss.; KUNKEL, *Qu. z. neuen Privatrechtsgeschichte*, I, 2, *Landrechte* (1938), *Einl.*, p. XLI, nt. 98. Sul rapporto dell'*Usus modernus* con le fonti giuridiche particolari sulla base della ricerca storica fatta da Conring sui prodromi della Recezione, cfr. *infra*, pp. 310 s.

sia il vigore che il contenuto normativo. I diritti locali erano raramente in grado di soddisfare a queste condizioni specialmente in quei territorî nei quali maggiore era la frammentazione territoriale, come nella Germania meridionale ed occidentale: per questo essi scomparvero dalla prassi dei giudici colti. Dove invece, in territorî più vasti ed organizzati in strutture istituzionali più ampie, di queste legislazioni erano state compilate delle raccolte scritte che avevano conservato una generale autorità ed erano state oggetto anche di elaborazione scientifica (come accadde allo Specchio Sassone nei feudi dei Wetting e in larghe parti della Germania settentrionale), il diritto locale mantenne il proprio vigore sostanziale — nel suo contenuto e nelle sue istituzioni — pur se non conservò la sua propria forma originaria.

b) Ma, anche quand'era redatto in scritto, il diritto particolare finì con l'esser trascurato dal giurista. Poichè ai suoi occhi l'unico ordinamento veramente dotato di normatività era quello romano ch'egli aveva appreso a scuola, il diritto locale — in quanto contrapposto a quell'unico ordinamento — veniva con facilità ridotto al rango d'un mero fatto, dalla cui osservanza ed applicazione il giurista stesso si sentiva sciolto in grazia di quella massima *da mihi factum, tibi dabo jus* ch'era stata coniata proprio per valere anche in questa direzione. Egli trattava perciò questo diritto locale in un modo non molto diverso da quello in cui ancor oggi la legge tedesca (§ 293 ZPO) <sup>(50)</sup> consente, in certi casi, al giudice di comportarsi nei confronti di norme straniera <sup>(51)</sup>. Di fronte alle critiche che solitamente la feudalità moveva a questo modo di comportarsi dei giudici colti, spesso i principi risposero adducendo le ragioni imposte dall'esigenza di quell'unità della giurisdizione, alla cui conservazione giovava proprio quella teoria degli statuti che imponeva una interpretazione restrittiva delle legislazioni locali (cfr. il § 3 dell'ordinamento del *Reichskammer-*

---

<sup>(50)</sup> Considerazioni del tutto analoghe valgono anche per l'ordinamento giuridico italiano: per un ragguaglio sommario (ma per noi sufficiente) cfr. REDENTI, *Diritto processuale civile*, II ed., rist., Milano, 1957, § 70 (vol. II, pp. 27 ss.) (*N.d.t.*).

<sup>(51)</sup> Da gran tempo, infatti, la giurisprudenza impone ai giudici il dovere di « accertare d'ufficio il contenuto del diritto (straniero) ogni volta che sia necessario applicarlo » (RGJW 34, 835 e *passim*).



*gericht* promulgato nel 1495). Sul fronte opposto la feudalità, da parte sua, era riuscita — con la celebre « clausola di salvaguardia » (*salvatorisch Klausel*) inserita nella premessa dell'ordinamento giudiziario penale promulgato dall'Imperatore Carlo V — a strappare alla legislazione del *Reich* la riserva a favore delle consuetudini che fossero « antiche, fondate, *secundum jus* e ragionevoli » (di tutto quel complesso consuetudinario, cioè, che non contrastasse con l'ordinamento e con la giurisdizione « pubblica ») <sup>(52)</sup>.

c) Il diritto locale ebbe, invece, modo d'affermarsi e d'imporsi quando rispondeva all'interesse che il principe e la classe feudale avevano al mantenimento dell'unità giuridica territoriale, e quando alla sua redazione fu provvisto in modo coerente sotto il profilo scientifico (il che vuol dire: con stile da romanisti). Questo discorso vale per la maggior parte delle legislazioni cittadine e territoriali tra la fine del XV e il XVI secolo, la cui « riforma » nacque proprio da esigenze di questo tipo. Redatte da giuristi colti ma nel contempo attenti alla fitta trama dei concreti rapporti locali, queste rinnovate compilazioni mantennero, sì, e rafforzarono — di solito — il patrimonio giuridico locale; ma — proprio per la loro novità — spinsero ancor più avanti il processo di romanizzazione dell'esperienza giuridica, esercitando nel loro ambito territoriale — verso le molteplici consuetudini qua e là radicate — una funzione non dissimile da quella svolta altrove dal diritto comune nei confronti di quello locale. Anzi, forti del sostegno d'un potere politico a cui sarebbe stato difficile strappar quelle deroghe ch'era invece facile ottenere da un Impero ormai indebolito, queste legislazioni presero vigore ancor più velocemente e si radicarono più in profondità.

d) Tutta questa situazione trovava il proprio principalissimo fondamento nella convinzione che al diritto romano fosse da riconoscere un vigore del tutto indipendente da un qualunque atto formale del potere sovrano. Un tempo si tendeva a giustificare questo fondamento sulla base della cosiddetta « Recezione teorica » (così chiamata per distinguerla da quella « pratica » di cui stiamo

---

<sup>(52)</sup> Per questo cfr. EB. SCHMIDT, pp. 131 ss.; la clausola di salvaguardia non significava semplicemente « sussidiarietà » del diritto imperiale contenuto nella « Carolina » (p. 133).

ragionando ora) <sup>(53)</sup>: la quale si sarebbe identificata con la credenza che la compilazione giustiniana potesse ritenersi ancora vigente per effetto di quella *translatio imperii* dagli Imperatori romani a quelli franchi prima e poi a quelli tedeschi (il quarto impero della visione profetica di Daniele), in cui s'era creduto durante tutto l'Alto Medioevo e a cui s'era continuato poi a prestar fede, per lo meno in Germania. Ora però, dopo le ricerche fatte dal Krause <sup>(54)</sup>, non si può più ritenere che questa credenza — che pure ebbe una così grande influenza sulla diffusione del *Corpus Juris* — abbia giovato anche alla Recezione pratica in Germania. Come è già stato sottolineato, il Basso Medioevo tedesco non identificò certo, solitamente, il diritto dell'Impero con quello giustiniano: quando questa identificazione si venne affermando nel Quattrocento, la Recezione pratica era già avviata e potè essa stessa contribuire per la sua parte a questa mutazione di significato. La leggenda di Lotario — con cui in Germania si tentò di dare, come che fosse, una parvenza di fondamento costituzionale alla continuità del diritto giustiniano e di quello comune <sup>(55)</sup> — fece la sua comparsa soltanto agli inizi del Cinquecento. E la confutazione che di questa leggenda si fece nel Seicento ebbe un effetto immediato — giuridico e insieme politico — sulla revisione critica del dogma del vigore generale del diritto romano *in complexu* <sup>(56)</sup>. Ma fin dalla fondazione dello *Studium civile* a Bologna, dovunque arrivarono i *legistae*, il *jus commune* fu sempre riconosciuto come ordinamento universalmente vigente, senza che vi fosse bisogno d'una particolare motivazione che giustificasse questo riconoscimento.

---

<sup>(53)</sup> Penetranti notazioni in KOSCHAKER, pp. 77 s. Per una revisione critica cfr. anche SCHWERIN-THIEME, p. 254: « in fondo, più motivazione teoretica d'una recezione che recezione essa stessa »; mentre nella precedente letteratura in materia, la distinzione tra la Recezione « teorica » e quella « pratica » era stabile, oggi i sintomi emergenti, che agli inizi del nuovo millennio (*im Hochmittelalter*) è dato di cogliere, d'una Recezione « teorica » vengono interpretati come effetti dell'idea dell'Impero universale propria delle Dinastie di Franconia e di Svevia; e quelli emergenti invece nel Basso Medioevo son di preferenza visti in connessione alla cosiddetta « Protorecezione » (su cui cfr. *supra*, pp. 161 ss.).

<sup>(54)</sup> *Kaiserrecht*, pp. 124 ss., 146.

<sup>(55)</sup> Cfr. *infra*, p. 209, nt. 75.

<sup>(56)</sup> Cfr. *infra*, pp. 309 ss.

III. 1. La convinzione dell'indiscussa autorità del *Corpus* giustiniano condizionò anche l'atteggiamento dei contemporanei nei confronti della Recezione pratica <sup>(57)</sup>, nella misura in cui questo processo recettivo — che durò tanto a lungo nel tempo, sviluppandosi in modi così diversi da luogo a luogo e raramente segnato da precisi atti della volontà statuale — penetrò nelle loro coscienze. Alle quali fu affatto estraneo quell'atteggiamento di chiusura nazionalistica che potè attecchire invece sul terreno della moderna idea di nazione, e — particolarmente in Germania — grazie all'innesto su quella coscienza culturale che fu propria dello *Sturm und Drang* e del Romanticismo e che fu così ampiamente sfruttata dalla pubblicistica ottocentesca e ancora da quella del nostro secolo. Già l'idea dell'Impero che era diffusa nel XV secolo escludeva la possibilità che un tedesco dell'epoca potesse vedere nel monumento normativo opera di quelli che erano ritenuti « i nostri predecessori nell'Impero » un diritto estraneo nel senso di « non-tedesco ». Si potrebbe, anzi, dire che soltanto i tedeschi — portatori, com'erano, d'una ideologia imperiale da tempo tramontata nell'Europa occidentale e d'una coscienza ancor viva della continuità storica — soltanto i tedeschi potevano sentire quel monumento come loro proprio. Ma soprattutto non poteva non essere del tutto estranea alla mentalità dell'epoca quell'idea del diritto come creazione nazionale « organica » che fu resa possibile soltanto dal Romanticismo e dallo Storicismo. Tutto ciò non è smentito da talune affermazioni, apparentemente di segno contrario, che è pur dato di cogliere.

Quando Ulrico di Hutten tesse l'elogio di quello ch'egli stesso chiama « l'antico diritto dei Sassoni sulle rive del Baltico » (e cioè, con ogni verisimiglianza, di quel diritto fondato sullo Specchio Sassone che vigeva nel Quartiere anseatico dei Vendi con a capo Lubeca) <sup>(58)</sup>, in questo atteggiamento all'inimicizia contro Roma del

---

<sup>(57)</sup> Per questa materia cfr. ora BENDER, *Die Rezeption*, cit., con puntuale documentazione; ed anche STOBBE, II, pp. 36 ss.; BELOW, *Ursachen*, pp. 67 s. e *passim*; MÖLLER, *Der Kampf d. Fremdrechts mit d. einheim. Recht in Braunschweig-Lüneburg* (1908).

<sup>(58)</sup> Nella prefazione di *Nemo* (1518); BÖCKING, *U.v. Huttens Schriften*, I (1859), p. 179; STINTZING, *Gesch. d. dtsh. Rechtswesens*, I, p. 268; WIEACKER, *G.u.B.*, p. 75.

riformatore politico e religioso si unisce un *pathos* patriottico tipicamente umanistico che non fu estraneo nemmeno all'Umanesimo francese e spagnolo e fu addirittura innato in quello italiano <sup>(59)</sup>, nella misura in cui in Italia l'Umanesimo si affermò anche come educazione ai valori della *civitas* nazionale. Ed anche l'avversione di molti strati sociali tedeschi nei confronti dei giuristi « stranieri » si rivolgeva contro il funzionario del principe (ch'era per lo più tedesco, pur se spesso d'altre regioni), senza però radicarsi nelle tradizioni o negl'interessi costituiti di quei medesimi strati. Questo funzionario ben poteva esser abitualmente sentito come « estraneo al popolo »: non in forza d'una ripulsa di stampo nazionalistico, ma per via della sua cultura raffinata e della sua arroganza. Che questi sentimenti finissero poi con lo sfogarsi contro i « latini » (come voleva il Götz goethiano tutto preso da quell'istanza nazionale preromantica propria dello *Sturm und Drang*) <sup>(60)</sup>

---

<sup>(59)</sup> Sull'Umanesimo nelle nazioni neolatine cfr.: per la Francia DE CAPRARIIS, *Propaganda e pensiero politico in Francia*, cit.; PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia*, cit.; su Hotman in particolare cfr. SCHNUR, *Die französischen Juristen*, cit.; VOGEL, *F. Hotman u. d. Privatrechtswiss. seiner Zeit* (1960), pp. 113 s.; su Hotman e Dumoulin cfr. VAN KAN, *Tijdschr.*, 3 (1922), pp. 1 ss.; per la Spagna può vedersi RIAZA, *El derecho romano y el derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII* (1931); e cfr. *Tijdschr.*, 12 (1931), pp. 222 s.

<sup>(60)</sup> *Götz di Berlichingen* (lavoro teatrale del 1773), trad. it. N. DE RUGGERO, rist., Firenze, 1947, atto II, sc. 9: « Quanto tempo avete litigato? ». « Otto anni circa [...]. È un tira tira da non si credere per strappare di corpo a quei parrucconi una sentenza; e dopo che s'ottiene? Che il diavolo si prenda l'assessore Sapupi! Quel maledetto nero d'italiano! ». Degno di menzione è anche rimprovero di corruttibilità: « ahimè, là tutti tendono lo zampino! ». Istruttiva, poi, per intendere l'interpretazione delle fonti dell'età della Riforma nell'ottica del nascente nazionalismo romantico, è anche quest'altra scena (I, 4) che si svolge nel Palazzo vescovile di Bamberg e che scopre il contrasto fra un giurista addottorato e gli scabini di Francoforte: « La plebe quasi mi lapidava come seppe che io era un giurista ». « Tengono il giurista tanto in dispetto, come un perturbatore dello stato, un borsaiolo, e sono come furiosi, quando uno pensa di stabilirsi colà ». Nella vera biografia di Götz di Berlichingen [1490 - 23.VII.1562, *aristocratico decaduto, uomo d'armi; combattè dalla parte dei rivoltosi nella Guerra dei contadini*, N.d.t.], pur con tutti i contrasti — appassionatamente vissuti — nei confronti dell'emergente ordinamento dello Stato territoriale, fondato sul diritto e mirante all'instaurazione d'una convivenza pacifica, non è dato certamente riscontrare accenti di questo genere. Si può far l'ipotesi che sul giovane Goethe sia stato decisivo, per dare questa interpretazione della figura di Götz, l'influsso esercitato dal francofortese Heinrich Christian Senckenberg (1704-1768), cultore appassionato di Antichità germaniche, avversario fermissimo del diritto romano, della Recezione e del conseguente deterioramento dell'antico patrimonio giuridico proprio della società rurale, ed autore d'una *Methodus jurisprudentiae*

sarebbe in ogni caso pensabile solo per il caso (non frequente) in cui il popolo stesso fosse venuto a diretto contatto con giuristi di nazionalità neolatina.

2. Se le testimonianze ordinarie offrono, per lo meno in generale, un quadro unitario, sui fronti di lotta esso si presenta in modo diverso. L'antico diritto patrio, proprio del luogo, si contrappone a quello nuovo, generale e imposto dalla volontà del principe; e i vecchi incolti notabili si scontrano coi giuristi addottrinati che si son per lo più messi al servizio della sovranità principesca. Il particolarismo proprio della struttura sociale del *Reich* poteva così scagliarsi contro il diritto romano in quanto diritto non-territoriale; e l'opposizione rivolgersi proprio contro l'ordinamento territoriale unificato, nella misura in cui esso incidava sul « vecchio buon diritto » e soprattutto sui diritti quesiti dei vecchi ceti privilegiati. Il rifiuto che il popolo opponeva — anche, all'occorrenza, ribellandosi — era rivolto, più che altro, contro un ordinamento che ai suoi occhi appariva incomprensibile e da eruditi, redatto com'era nella lingua straniera con cui la gente istruita s'intendeva tra sè.

Così, i contadini in rivolta nel 1525 volevano, sì, levar di mezzo i giuristi dotti, ma reclamavano — d'altra parte — un « diritto imperiale generale » <sup>(61)</sup> che li liberasse da quell'arbitrio dei loro signori che s'era pietrificato sulle loro spalle da tempo ormai memorabile; come l'entusiasmo tanto intimamente connesso ai motivi sociali della rivolta si rifaceva generalmente al *jus divinum* rivelato nel Decalogo. La notissima invettiva di Lutero contro i giuristi — tacciati di « cattivi cristiani » — era diretta non certo contro il diritto romano, ch'egli stesso esaltò per la sua grande perspicuità, ma contro i canonisti sempre

---

edita nel 1756. Su questo personaggio cfr. BENDER, *Die Rezeption*, cit., pp. 66 ss. Sulla famiglia dei Senckenberg [di cui furon celebri, oltre Heinrich Christian, il fratello Johann Christian ed il figlio Rhenatus Karl, detti « le tre lepri » perchè abitavano a Francoforte nella Hasenstrasse (« via delle lepri ») in una casa che recava scolpita l'effigie d'una o più (tre?) lepri. N.d.t.] cfr., dello stesso GOETHE, *Poesia e verità*, trad. it. E. SOLA, Milano, 1929, I, 2. Su Heinrich Christian cfr. LANDSBERG, II, pp. 245-249 (che ne storpia però il cognome in *Senkenberg*).

<sup>(61)</sup> Sull'influsso dell'idea escatologica di impero cfr. KRAUSE, pp. 133 ss., e, con particolare riguardo alla guerra dei contadini pp. 142 ss.; ma vedi anche, nella precedente bibliografia: STOBBE, II, pp. 52 s.; STINTZING, I, p. 69; BELOW, p. 67.

sospetti ai suoi occhi anche come portatori d'un modo grettamente legalistico di vivere il rapporto ecclesiale <sup>(62)</sup> — i quali, d'altronde, non stavano solamente dalla parte dei romano-cattolici di stretta osservanza. Contro i funzionari principeschi, che tendevano a livellare in modo burocratico i molteplici filoni consuetudinari, si rivolse l'opposizione di alcune diete provinciali (*Landstände*) (quella dell'Alta Baviera, per esempio, e quella della Sassonia Elettorale) <sup>(63)</sup>; ma più spesso principi e diete collaboravano tra loro a riformare l'ordinamento dei singoli territori in senso romanistico, come avvenne a Jülich o a Württemberg <sup>(64)</sup>. Talvolta, poi, quell'opposizione mirava all'affermazione d'antiche libertà e d'altrettanto antichi privilegi. Dalle parole dure degli scabini di Frauenfeld contro il diritto romano e il tribunale supremo (*Kammergericht*) <sup>(65)</sup> emerge una caparbia coscienza di sé che non poteva non rivoltarsi contro il monopolio dei giuristi colti e contro il centralismo principesco; altrove i più corposi interessi — di potere e di sopravvivenza economica — delle antiche classi feudali si fanno chiaramente sentire per conservare l'esercizio diretto del potere e la riscossione delle sportule processuali. Malgrado questi fatti, però, non ci pare che si possa parlare d'una coscienza giuridica nazionale tedesca che si sia opposta alla recezione d'un diritto sentito come straniero.

3. Stavano, invece, dalla parte dei fautori e dei partigiani del diritto romano soprattutto le forze « progressiste »: quei funzionari imperiali che, dopo aver tolto il tribunale supremo (*Kammergericht*) all'Imperatore, lo venivano riorganizzando <sup>(66)</sup>; i principi: i più abili, anzitutto, e quelli che miravano a conquistare una potestà giurisdizionale piena; le città maggiori, e fra esse in primo luogo le aperte e fiorenti piazze commerciali della Germania sud-occidentale; ma anche le diete provinciali in quei luoghi — come nelle regioni del Reno del Neckar e del Meno — in cui più sollecitamente che altrove ci si aprì ad un nuovo modo d'intender la vita. A voler dare un giudizio maturo, dopo aver

---

<sup>(62)</sup> A questo proposito cfr. HECKEL, *Lex charitatis. Eine jurist. Untersuchung über d. Recht in d. Theologie Martin Luthers* (1953), pp. 87 s., nt. 636; con richiamo al complesso delle invettive di Lutero contro i giuristi cfr. H. W. BEYER, *Luther u. d. Recht*.

<sup>(63)</sup> Cfr. *infra*, pp. 292, 294 s.; per l'Austria cfr. BALTI, IRMAE, V, 7 (1962), § 12.

<sup>(64)</sup> Cfr. *infra*, p. 293.

<sup>(65)</sup> Cfr. *supra*, p. 118, nota 34.

<sup>(66)</sup> Cfr. *supra*, p. 147, ed *infra*, p. 260.

gettato lo sguardo anche a quanto contemporaneamente accadeva nel campo della giurisdizione penale, non si può certo disconoscere che spesso i più qualificati interessi d'una giurisdizione che volesse davvero essere oggettiva ed affrancata da ogni arbitrio premevano nel senso della Recezione; così come, altrettanto spesso, gli avversari del rinnovamento si trovavano fra i difensori d'una prassi giuridica antiquata faziosa e arbitraria <sup>(67)</sup>.

IV. 1. Il giudizio dei contemporanei già ci dice qualcosa sulle cause della Recezione <sup>(68)</sup>.

Questo problema — posto tante volte ed in sé non privo di senso — non potrà mai essere affrontato, da una storiografia giuridica che voglia essere bastevolmente cauta, con una fermezza pari a quella con cui lo si affrontò alla fine dell'Ottocento, quando si tendeva ad interpretare anche i processi storici secondo il modulo causale. Come in genere accade nelle discipline storiche (e, magari, non solamente in quelle), si palesa utile sostituire allo studio delle cause reali e collettive la semplice descrizione dei precedenti. Il rapporto causa-effetto è senz'altro inapplicabile quando si tratti d'interpretare dei processi complessi come la Recezione, nella quale condizionamenti sociali e ideologici s'intrecciano stabilmente con liberi comportamenti dei singoli (cfr. *supra*, p. 178); soprattutto esso è del tutto inapplicabile ai processi storici che sono determinati (in modo perciò non meccanico o biologico) dall'intervento cosciente degli atti e dei comportamenti degli uomini, e che perciò devono esser compresi e non solamente chiariti: perciò era consigliabile sostituire le spiegazioni causali con dei modelli puramente descrittivi <sup>(69)</sup>. Ed anche questi, quando siano impiegati nei confronti d'un processo secolare come la Recezione, che letteralmente si dissolse in milioni di azioni singole, non possono offrire che alcune prime approssimazioni.

Se, fondandosi sulla forza della dimostrazione, ci si vuol attenere al modello interpretativo della causalità storica, bisognerà non dimenticare che « causa » è solamente un termine di cui suol giovarsi lo storico quando considera — sul piano della più generale verosimiglianza — le tendenze e le possibili incidenze che forze e fattori possono generi-

---

<sup>(67)</sup> Sullo sviluppo bassomedievale cfr. EB. SCHMIDT, *Einf.*, p. 59 ss.; sulla repressione dell'arbitrio come motivo della Recezione pp. 129 s.

<sup>(68)</sup> Su questa materia son da vedere gli scritti di BELOW, COING, DAHM, GENZMER, KOSCHAKER, KUNKEL, KRAUSE, SCHWERIN-THIEME, WESENBERG e WIEACKER già partitamente citati *supra*, alla nota 1 di questo stesso paragrafo.

<sup>(69)</sup> Cfr. *supra*, pp. 179 s.

camente avere sul processo storico immanente, all'interno del quale operano pur sempre le mille spontaneità e interazioni sue proprie. Ond'è che l'uso d'un termine siffatto non giova, in realtà, a fornire un chiarimento, ma si risolve — piuttosto — in un'interpretazione. Le congetture che tradizionalmente si fanno a proposito delle cause della Recezione mettono in rilievo alcuni momenti particolari di quest'interpretazione. Solo in questo senso l'antica discussione sulle cause della Recezione sarà ripresa nelle pagine che seguono.

Da quando lo Storicismo ottocentesco intese la Recezione del diritto romano in Germania come processo storico avviandone — nel contempo — una valutazione <sup>(70)</sup>, se ne sono via via cercati i fondamenti ora in forze ideali e culturali — come sarebbero l'idea dell'Impero o l'Umanesimo —, ora in bisogni d'indole pratica — la frammentazione, per esempio, o l'inaccessibilità del patrimonio giuridico tedesco —, ora nella superiorità scientifica del diritto romano o nella sua naturale capacità di ordinare società economicamente complesse <sup>(71)</sup>. Ma se è fondata la ricostruzione della Recezione come « scientificizzazione » dell'esperienza giuridica — come estensione, cioè, delle teoriche della letteratura e della prassi dei *Consiliatores* in tutta l'Europa —, allora questi tentativi di spiegazione perdono la loro antica forza di persuasione. In Germania questa estensione fu resa possibile dalla crisi in cui eran cadute la struttura costituzionale del *Reich* e l'attività giurisdizionale <sup>(72)</sup>; ma essa fu più l'espressione che non la conseguenza o la causa di questa crisi. Dal momento che da

---

<sup>(70)</sup> Cfr. *infra*, II, p. 90. Sui motivi che sostengono la più recente valutazione della Recezione (che comprende anche un giudizio sulle sue cause) cfr. KOSCHAKER, pp. 249 ss.; WIEACKER, GuB, pp. 9 ss. Un quadro d'insieme — penetrante ed utile — dei giudizi che fino ad oggi si son dati sulla Recezione è stato tracciato da BENDER, *Die Rez.*, cit., pp. 33 ss. (*Usus modernus*), 47 ss. (diritto naturale), 78 ss. (Scuola storica), 121 ss. (Positivismo), 155 ss. (Nazionalsocialismo), e 181 ss. (epoca attuale).

<sup>(71)</sup> Ci siamo distaccati assai, traducendo questo brano, dal testo originale. Il quale parla solamente di « superiorità scientifica o economica del diritto romano » (*die wissenschaftliche oder wirtschaftliche Überlegenheit des römischen Rechts*): che ci è parsa un'espressione un po' troppo ellittica per esser tradotta così com'era scritta (*N.d.t.*).

<sup>(72)</sup> WIEACKER, pp. 21 ss.; KOSCHAKER, pp. 249 ss. Una meditata caratterizzazione di tutta questa materia è offerta dal DAHM, *HistZ*, 167 (1943), pp. 229 ss.; cfr. anche DR <sup>2</sup>, pp. 100 ss.



questo complesso di circostanze poteva emergere soltanto un rinnovamento dell'antico o un completo rivolgimento; e poichè — d'altronde — il rinnovamento fallì per via del tramonto dello stesso pensiero giuridico medievale e della forma in cui esso aveva preso consistenza (la struttura dell'Impero medievale, cioè), il diritto e la giurisdizione si trovarono ad essere il naturale retaggio delle più forti tra le nuove forze politiche e spirituali. Abbiamo già spiegato <sup>(73)</sup> le ragioni per le quali i giuristi che avevano attinto, per la loro formazione, alla scienza giuridica bolognese fossero una di queste forze; ma per il fatto che questi giuristi non prevalsero allo stesso modo dappertutto in Europa, rimane da chiedersi perchè per l'appunto in Germania essi incontrassero un terreno tanto propizio alla loro affermazione. Proprio questa predisposizione tutta particolare all'accoglimento di quel patrimonio culturale si è finora cercato di spiegarla, o col rapporto che legava la coscienza giuridica tedesca al patrimonio ideale dell'Impero (la c.d. Recezione « teorica ») e al mondo delle forme spirituali connesse alle tradizioni antiche (che vuol cogliersi sotto il termine comprensivo di « Umanesimo »), o su fondamenti più specificamente economici e pratici.

2. a) Fin dagli albori del nuovo millennio gli uomini di cultura tedeschi avevano a comune con gli altri « intellettuali » europei la convinzione che il diritto romano fosse l'ordinamento giuridico originario dell'Impero d'Occidente senza riguardo alla sua nazionalità e che esso fosse da identificarsi col diritto naturale in forza della sua autorità spirituale. A questa convinzione aveva certamente giovato la riscoperta delle Pandette <sup>(74)</sup>, mentre l'idea del diritto e dello Stato che sorreggeva il disegno d'Impero universale caro alla Casa di Svevia ne offriva una formulazione dotata d'una sua coerenza ideologica e culturale; ma essa, nè portava necessariamente ad un'applicazione generalizzata del diritto romano in tutto il territorio dell'Impero, nè impedì che la Recezione (in forza della finzione secondo cui *superiorem non recognoscens imperator est in sua terra*) superasse in certi casi i

---

<sup>(73)</sup> Cfr. *supra*, pp. 128 ss.

<sup>(74)</sup> Cfr. *supra*, p. 59.

confini dell'Impero nell'Europa occidentale in Ungheria e in Polonia. Solo con la Recezione pratica emerse quella leggenda — più tardi polemicamente nota come « leggenda di Lotario » — messa in giro ad opera di Melantone, a stare alla quale l'Imperatore Lotario di Supplimburgo, nel 1135, avrebbe esplicitamente recepito il diritto romano con una legge imperiale <sup>(75)</sup>. La formazione e il successo d'una tale leggenda fu possibile solamente quando — venuto meno quel convincimento tipicamente medievale di cui si ragionava or ora — si sentì il bisogno d'un nuovo fondamento di legittimazione per il diritto romano. Per la Germania in particolare si può tranquillamente affermare — alla luce delle fondamentali ricerche del Krause — che questa pur indiscussa autorità della normazione imperiale (« *Kaiserrecht* ») restò del tutto priva di effetto per la Recezione pratica all'incirca per tre secoli, fin tanto che — nel XV secolo — le angustie e le speranze che agitavano la coscienza giuridica generale non dettero il loro apporto alla legittimazione del diritto privato romano. Si può ben dire che la leggenda di Lotario — che altro non fu se non una versione tarda di quella certa convinzione — nacque proprio dall'esigenza della Recezione pratica di legittimare se stessa: tant'è vero ch'essa circolò soltanto dentro il ceto dei giuristi di professione.

Al contrario il diritto romano fu recepito anche in Paesi i quali l'ideale imperiale avevano del tutto ignorato o se ne erano emancipati in séguito; come la Spagna la Francia la Scozia, e la stessa Inghilterra nella quale le Recezione si erse, nel Basso Medioevo, su fondamenti affatto diversi, dove — perciò — la finzione *superiorem non recognoscens* aveva ovviamente un carattere solo etiologico. Anche in quei territori dei Paesi Bassi nord-orientali che erano appartenuti un tempo all'Impero e nelle città della Svizzera l'esser separati dalla compagine territoriale dell'Impero stesso non ha in nulla ostacolato la Recezione; al contrario il Tirolo e le città costiere tedesche — malgrado la loro perdurante appartenenza all'Impero — ebbero una parte solo limitata alla recezione pratica del diritto privato sostanziale romano. La po-

---

(75) In Germania dapprima nell'opera di Carion; nella *Chronica* diligentemente compilata dal *magister Johannes Carion* (1533), p. CXII; cfr. SAVIGNY, III, 2, pp. 92 s.; RANKE, *Dtsch. Gesch.*, V, 5, p. 355; MOELLER, *Herm. Conring* (1915), pp. 67 ss.; H. MITTEIS, *Die RGesch. u. d. Problem d. hist. Kontinuität* (1947), p. 9, nt. 3; BENDER, *Die Rez.*, cit., p. 24, nt. 70.

sizione del tutto particolare assunta da un territorio tedesco-danese mai appartenuto all'Impero — dal Ducato dello Schleswig, cioè — si può spiegare, in modo analogo a come può spiegarsi quella dei territori rurali della Svizzera, già tenendo conto solamente della mancata competenza del Tribunale supremo imperiale (*Reichskammergericht*) e del Consiglio imperiale (*Reichshofrat*) <sup>(76)</sup>.

b) All'idea dell'Impero medievale si contrappose quella nuova visione del mondo formatasi dapprima in Italia, che — nel dominio della cultura generale e delle arti figurative in particolare — è designata col termine di « Rinascimento », ed in quello della cultura letteraria e scientifica è più nota soprattutto come « Umanesimo ». Anche all'Umanesimo si è fino ad oggi attribuita una parte decisiva nella Recezione pratica <sup>(77)</sup>; i rapporti, però, son più complessi, perchè bisogna prima di tutto non confondere l'emergere d'un nuovo stile culturale con un processo storico di determinazione causale.

La scienza giuridica — sullo scorcio del XII secolo — era essa stessa nata in virtù d'un « rinascimento » delle antiche idee di impero e di diritto; ma questa riscoperta era già una premessa del primo Umanesimo italiano. Nella stessa Germania questa scienza rimase priva di effetti per la vita giuridica concreta. La questione della cooperazione data dall'Umanesimo alla Recezione pratica del diritto romano ha, dunque, una sua proponibilità solamente se la si riferisce al movimento culturale letterario e pedagogico dell'Umanesimo tedesco a partire dalla fine del Quattrocento.

È vero, però, che la recezione della scienza giuridica nelle regioni europee a nord delle Alpi assunse i medesimi fondamentali atteggiamenti che — nello stesso torno di tempo — furon propri del Rinascimento europeo e dell'Umanesimo: l'aspirazione alla

---

<sup>(76)</sup> Per lo Schleswig, diversamente, WESEBERG, p. 92; per le città svizzere cfr. *infra*, in questo stesso paragrafo, la nota 91.

<sup>(77)</sup> Così particolarmente COING, ZSS, RA, LVI (1936), pp. 256 ss.; LIX (1939), p. 697; MANIGK, ZSS, RA, LXI (1941), pp. 187 ss.; KUNKEL, ZSS, RA, LXXI (1954), p. 521; Heid. Jb, 1957, pp. 1 ss.; CALASSO, Studi Besta, II, Milano, 1939, p. 529; più riservato GENZMER, ZSS, RA, LXI (1941), pp. 276 ss.; KOSCHAKER, p. 197 ss.; DAHM, DR, p. 101; WIEACKER, GuB, pp. 45 ss., 90 s. cfr. anche KISCH, *Humanismus u. d. Jurisprudenz*, Basel, 1955; Id., *Erasmus u. d. Jurispr. seiner Zeit*, Basel, 1960, pp. 381 ss.

chiarezza e alla altezza della forma corrispondeva ad una volontà di conoscere metodicamente coerente e provveduta, a una nuova venerazione per l'antichità e ad un desiderio di restaurazione critica delle fonti antiche. È evidente una qualche corrispondenza stilistica — per esempio — tra il volgersi della plastica verso una nuova monumentalità formale di un Dürer o di un Holbein da una parte, e lo sforzo di organizzazione e di razionalizzazione delle forme culturali che d'altra parte esercitò una sua precisa funzione nella Recezione del diritto romano; o — se si preferisce — è altrettanto innegabile che un unisono spirituale vi fosse al fondo di quel comune desiderio di verità che spinse gli Umanisti — agli albori della Riforma — verso la purificazione del testo evangelico e i giuristi alla ricerca delle fonti autentiche dell'antico diritto di Roma. Questi rapporti diventano, per il solito, immediatamente percettibili se si getta lo sguardo sui frontespizi e sugli ornamenti che nell'età del Rinascimento tedesco ornano le edizioni originali delle legislazioni cittadine cinquecentesche <sup>(78)</sup>; o nella prefazione al *Layenspiegel* di Tengler, in cui l'umanista Sebastiano Brant paragona esplicitamente la conoscenza del diritto romano con la scoperta del Nuovo Mondo <sup>(79)</sup>; o nei riferimenti che, criticando le *auctoritates*, i giuristi dell'Umanesimo facevano alla critica che della Chiesa e della Bibbia aveva fatto l'Umanesimo <sup>(80)</sup>.

Inoltre fu certo l'umanesimo dei giuristi nelle città ricche di cultura del Sud germanico — come Basilea Worms Francoforte e fors'anche Norimberga e Friburgo di Selva Nera — e talvolta anche in qualche città del Nord (Lüneburg, per esempio) la causa reale e immediata di quelle legislazioni e di quelle amministrazioni della giustizia di stampo romanistico che furono messe in opera da personaggi provvisti ad un tempo di cultura umanistica e giuridica <sup>(81)</sup>. Uomini di cultura, come lo Zasio Bonifacio Amer-

---

<sup>(78)</sup> Riproduzioni in KUNKEL, *Qu. z. Privatrechtsgesch.*, I, 1: *Ältere Stadtrechtsreformationen* (1936), prima delle p. 3, 97, 223 e 243.

<sup>(79)</sup> *Layen Spiegel* nell'edizione del BRANT del 1516 (stampato insieme al *Richterlich Clagespiegel*); cfr. *infra*, p. 251, nt. 9.

<sup>(80)</sup> Cfr. *infra*, p. 236, nt. 43.

<sup>(81)</sup> Vedi le precise notazioni del COING, ZSS, RA, LVI (1936), pp. 256 ss., 59, 697 ss.; per Norimberga son da ricordare già le pagine del HERRMANN, *Die*

bach e i loro allievi, furono in stretti rapporti coi grandi giuristi umanisti d'Italia e di Francia soprattutto con l'Alciato e il Budé: rapporti, questi, che proseguirono a Strasburgo, Heidelberg, Tübinga e Altdorf mentre in Francia divampavano le guerre di religione e fino agli inizi del Seicento <sup>(82)</sup>. Colonia, Vienna e le stesse città delle coste settentrionali non furono trascurate da questi personaggî <sup>(83)</sup>. Così stando le cose, dapprima non emerse quel deciso contrasto che perfino in Italia fin da principio s'instaurò tra il modello culturale proprio della «legistica» medievale e quell'Umanesimo che era fiorito dal rinnovato interesse per l'Antichità <sup>(84)</sup>. Non bisogna, infatti, dimenticare che in Germania la scienza giuridica basso-medievale e l'Umanesimo s'incontrarono più tardi che altrove in uno stesso periodo; anzi, spesso, addirittura nella medesima persona.

Ma già il duro contrasto sorto fra questi due indirizzi nelle loro terre d'origine fa supporre che anche in Germania l'Umanesimo abbia esercitato un influsso assai limitato sulla Recezione pratica: anche perchè non era oggettivamente possibile che l'Umanesimo stesso non mettesse in discussione lo stesso nucleo «politico» centrale che dava fondamento alla Recezione. Certo, era stato per primo l'Umanesimo a trasformare i giuristi tedeschi in uomini di cultura; certo, lo studio e la formazione culturale del patriziato aveva favorito nelle città della Germania sud-occidentale quella recezione a cui in un primo tempo ancora si opposero le città più piccole o più fuor di mano rispetto alle grandi correnti culturali. Ma anche nella Germania meridionale gli stretti rapporti commerciali col Sud — che, per esempio, portarono nel 1509 il Consiglio di Norimberga ad adottare gli Statuti veneziani <sup>(85)</sup> — o la assai precoce penetrazione del notariato laico italiano nell'alta Valle dell'Adige in Boemia e nell'alta Valle del

---

*Rec. d. Humanism, in N.* (1898), pp. 48 ss.; cfr. *infra*, pp. 226 s. (Zasio e Sicardo) e 228 (Fichard).

<sup>(82)</sup> Cfr. *infra*, p. 244, nt. 74.

<sup>(83)</sup> Su Langenbeck ad Amburgo cfr. *supra*, p. 174, nt. 85; su Heinrich Husanus a Lüneburg cfr. *infra*, p. 286; sui primi progetti di fondazione di centri d'istruzione superiore in questi luoghi cfr. STOBBE, II, pp. 21 s.

<sup>(84)</sup> Cfr. *supra*, pp. 120 s.

<sup>(85)</sup> Cfr. *infra*, p. 287 s.

Reno ebbero un significato non minore della crescita culturale ch'era stata promossa dall'Umanesimo. E, più tardi, il declino dell'Umanesimo giuridico non impedì la prosecuzione del processo di recezione; è, però, vero che i suoi avversari si richiamavano con un tal qual fondamento al danno che il programma umanistico arrecava all'assolvimento dei compiti ch'eran propri della giurisprudenza pratica <sup>(86)</sup>.

La controprova europea conferma che — in Inghilterra, per esempio — una rigogliosa fioritura dell'Umanesimo letterario e del Rinascimento culturale, malgrado un rinnovato interesse delle Università per il diritto romano, non portò con sé — alla lunga — una Recezione pratica. In Germania essa nacque da compiti di gran lunga più elementari e dalla volontà di forze politiche assai più massicce che non fosse l'Umanesimo, il quale — proprio in queste terre e nel Cinquecento — riuscì molto meno efficacemente che nell'Europa occidentale o anche in Italia ad attaccare alla radice un modo di sentire e di vivere ch'era ancora « tardo-gotico ».

Così l'Umanesimo poté produrre i suoi effetti solo là dove riuscì a favorire un mutamento dell'esperienza giuridica che fosse già stato per suo conto frutto d'una volontà più propriamente politica. La Recezione pratica fu molto più opera di Consigli cittadini di Signori e di Diete territoriali che fossero disposti a concedere ai giuristi di professione — oltre quello amministrativo, ch'essi esercitavano ormai da tempo — anche un monopolio nell'esercizio della funzione giurisdizionale razionale (e, per ciò stesso, anche unitaria ed imparziale) <sup>(87)</sup>. Come già era accaduto nel-

---

<sup>(86)</sup> Cfr. *infra*, pp. 241 s.

<sup>(87)</sup> Al contrario KUNKEL (ZSS, RA, LXXI [1954], p. 521, e soprattutto Heid. Jb., 1957, p. 7 ss.) si pronuncia piuttosto per una recezione « dal basso », e cioè per un'accettazione del diritto romano voluta e richiesta da più vasti strati. A una concezione di tal genere corrispondeva anche il concetto, caro allo STINTZING, d'una « letteratura popolare intorno al diritto romano-canonico fiorita in Germania » (1867); contro il quale si è ora levato con argomenti del tutto persuasivi il COING, IRMAE, § 48, nt. 682. Gli è che questa letteratura non può essere definita « popolare » nel senso che noi diamo oggi a questo termine; ma solo con preciso riferimento alla classe dei notabili (cfr. *infra*, pp. 249 s.). L'idea d'una recezione « dal basso » può dimostrarsi infondata con la considerazione di molteplici circostanze tra loro diverse: in primo luogo il fatto che la Proto-recezione sia avvenuta per il tramite di chierici e legisti; e soprattutto la circo-

l'Italia basso-medievale, il perseguimento di questo scopo esigeva anche nelle regioni transalpine la presenza d'uno specialista che fosse indipendente dagli interessi locali e di casta, e dotato d'una superiorità che gli derivasse dall'impiego d'una tecnica formale e culturalmente raffinata. D'ora in poi quelle categorie di *honoratiore*, che per l'innanzi avevan formato la classe dirigente, se volevano avere parte all'esercizio di queste funzioni ormai monopolizzate, dovevano acconciarsi alla nuova situazione. La nobiltà e l'antico patriziato feudale doveva preoccuparsi di dare ai propri figli una cultura giuridica di livello scientifico se pretendevano di farli entrare al servizio civile dello Stato<sup>(88)</sup>. Al contrario, a quelle classi che fino ad allora erano state escluse dall'esercizio delle funzioni di governo, si offrivano delle nuove possibilità di emergere in modo ormai del tutto indipendente dalle antiche consorterie familiari<sup>(89)</sup>.

3. Se, poi, si voglia esser più prudenti nel valutare l'importanza degli influssi ideologici e culturali, allora le cause politiche e sociali acquistano un peso ancora maggiore. L'inizio della Recezione, anche se avvenne senza rivolgimenti nelle strutture apparenti della società, rappresentò pur sempre un reale mutamento degli assetti sociali, che si tradusse concretamente nell'ingresso dei giuristi nelle amministrazioni ecclesiastiche principesche e cit-

---

stanza che la redazione delle legislazioni cittadine d'ispirazione romanistica sia stata opera di giuristi lungimiranti e colti; ed infine che l'esigenza di ordinamenti territoriali romanizzati e d'una giurisdizione colta fosse affermata dai principi territoriali e dai giuristi ch'erano al loro servizio.

<sup>(88)</sup> Sul presupposto del perdurare del dominio della nobiltà nella prima Età moderna cfr. le stimolanti pagine di H. MITTEIS, *Festschr. Schulz*, II (1951), p. 252. Ancor meglio questo atteggiamento può esser colto nel già citato *Götz di Berlichingen* del GOETHE (atto I, sc. 4): « All'Accademia si suol dire per proverbio: diligente come un tedesco della nobiltà. Giacchè, mentre i borghesi mettono una lodevole diligenza nel supplire con l'ingegno il difetto della nascita, quegli altri si sforzano con lodevole emulazione di elevare la loro innata dignità con i più splendidi meriti ». È facile notare che qui il Goethe — da buono scolaro dello Shakespeare — mette in bocca al giurista Olearius un linguaggio ornato e cortigiano e non già il tono forte dello *Sturm und Drang* (cfr. *supra*, p. 203, nt. 60).

<sup>(89)</sup> Su questi itinerari culturali cfr. *infra*, pp. 231 ss.

tadine. Da questo solo fatto — come ha dimostrato, per esempio, lo Stölzel con le sue esemplari ricerche sui maggiori territorî tedeschi <sup>(90)</sup> — da questo fatto prese le mosse la nascita e l'affermazione d'una giurisdizione « dotta ». Al volger del XVI secolo, nel momento culminante della Recezione, questo processo ricevette un ultimo impulso proprio da parte del pur invecchiato *Reich*, quando al riorganizzato Tribunale imperiale (*Reichskammergericht*) venne conservata la competenza per i territorî minori e per le città.

Una controprova è offerta da quanto accadde nel resto d'Europa. Il giurista assunse un potere praticamente illimitato soprattutto là dove fu viva la volontà di razionalizzazione e di centralizzazione d'un monarca: come in Francia a partire dal XV secolo, in Castiglia ed Aragona, e nei Paesi Bassi prima della loro liberazione. In quelle regioni, invece, nelle quali le antiche strutture della società prevalsero nei confronti dello Stato principesco, la Recezione subì spesso una battuta d'arresto, quando addirittura non si fermò <sup>(91)</sup>. In particolare per quanto riguarda l'Inghilterra, la sconfitta del diritto romano viene per il solito ricondotta al fallimento del disegno assolutistico dei Tudor <sup>(92)</sup>; gli esempî, però, della Scozia e dei Paesi Bassi dimostrano che questa regola non ha una validità incondizionata.

Dove non vigevano legislazioni di ispirazione romanistica, la romanizzazione « i n t e r n a » del diritto privato sostanziale fu più conseguenza che causa di questo processo. L'esempio della

---

<sup>(90)</sup> *Die Entwicklung d. gelehrten Richterthums in deutschen Territorien*, I/II (1872); ID., *Die Entwicklung d. gelehrten Rspr.*, I, *Der Brandenburger Schöppensteinstuhl* (1901); II, *Billigkeits- u. Rechtspflege d. Rezeptionszeit in Jülich-Berg, Bayern, Sachsen u. Brandenburg* (1910); ID., *Brandenburg-Preussens Rechtsverwaltung u. Rechtsverfassung ecc.*, I/II (1888).

<sup>(91)</sup> Assumono una posizione particolare talune maggiori comunità cittadine della Svizzera, dove (contrariamente a ciò che un tempo si riteneva) la Recezione penetrò in modo simile alle città imperiali della Germania meridionale, per via soprattutto della loro apertura culturale ed economica nei confronti dell'Europa meridionale e sudoccidentale. (Cfr. GENZMER, ZSS, RA, LXVII [1951], p. 601; ID., *Festschr. Laun, Hamburg, 1953*, pp. 499-535, partic. p. 531; KUNKEL, *op. ult. cit.*, p. 520). Basilea, entrata a far parte della Confederazione solo nel 1508, resta, per questa materia, al di fuori di questo nostro discorso: cfr., per questo, H. R. HAGEMANN, ZSS, GA, LXXVIII (1961), pp. 140 ss.

<sup>(92)</sup> HOLDSWORTH, *Roman Law in the Sixteenth Century*, *Law Quart. Rev.*, 1928, pp. 131 ss.; cfr. KOSCHAKER, pp. 296 ss.



Francia settentrionale dei Paesi Bassi e delle città costiere tedesche dimostra anche qui che l'egemonia dei giuristi come tale non portò necessariamente con sè l'applicazione degli istituti propri del diritto romano; questo vale, in una certa misura, anche per una roccaforte della giurisprudenza colta, com'era la Sassonia Elettorale <sup>(93)</sup>. L'accoglimento sostanziale di taluni istituti giuridici romani palesa perciò la sua dipendenza anche da alcune particolarità intrinseche; sicchè appare logico che un indirizzo più antico cercasse di spiegare la Recezione con le qualità intrinseche del diritto romano.

a) Pure oggi passa, e giustamente, per superato quel modo di vedere, un tempo assai diffuso, secondo il quale il più antico diritto tedesco, giunto alle soglie dell'Età moderna, non riuscì a tenere il passo con le cosiddette esigenze dei traffici — e cioè con le realtà sempre più complesse della vita economica e sociale — per via della rozzezza del suo impianto scientifico <sup>(94)</sup>: ma si trattò d'uno dei malintesi tipici dello scientismo e del progressivismo che furono caratteristici dell'Ottocento. Nella misura in cui è dato di giudicare della qualità d'un ordinamento giuridico solo dalle sue norme e dalle sue istituzioni, senza tener conto della sua funzione sociale, si potrebbe piuttosto dire che le forti tendenze assolutistiche ed eudemonistiche della legislazione giustiniana non potevano tornare particolarmente utili allo sviluppo della società dell'Europa moderna, fondata com'essa era sulla libertà dei rapporti e sulla ricerca del guadagno.

Anche il diritto comune dei *Consiliatores* — che pur s'era formato sul fondamento di quella legislazione — era, sì, nel suo strumentario tecnico più evoluto più flessibile più razionale, ma non certamente più confacente alle esigenze dell'economia <sup>(95)</sup>. Al contrario, la mancanza di pubblicità dei privilegi immobiliari e l'impossibilità di controllare la preesistenza delle ipoteche generali hanno molto nociuto alla organizzazione e allo sviluppo del credito fondiario, così come l'insufficiente sviluppo del concetto di patrimonio comune e degli effetti verso i terzi del contratto di società di stampo romanistico

<sup>(93)</sup> Cfr. *supra*, pp. 152 s. e *infra*, p. 342.

<sup>(94)</sup> Cfr. BELOW, *Ursachen*, pp. 149 ss.; SCHWERIN-THIEME, p. 258; notazioni penetranti in DAHM, *HistZ*, 167, pp. 229 ss.; ID., *DR*, p. 101 s.

<sup>(95)</sup> Cfr. *infra*, pp. 299 ss., 357 s., 365.

hanno reso particolarmente difficile la formazione delle moderne società di persone. Per la nascita, poi, delle società di capitali e del diritto cambiario, le fonti romane non offrivano alcun appiglio, e ne offrivano ben pochi per elaborare i principî di un sistema creditizio. Anche il diritto della navigazione e quello minerario si dovettero formare in modo del tutto autonomo fondandosi sui principî che venivano emergendo nell'esperienza giuridica europea in genere e tedesca in specie. Per i regimi di comunione dei beni fra coniugi nella realtà economica della società agraria o di quella cittadina le fonti romane potevano tornare utili solo a patto che ne desse un'interpretazione assai artificiosa. Il diritto proprio dell'età imperiale romana — così contrario alle esigenze dei traffici — dovette fin da principio esser reso innocuo per mezzo delle *renuntiationes* <sup>(96)</sup>; ed in primo luogo il *Senatusconsultum Velleianum* che negava alla donna quel potere di prestar garanzia che le era invece indispensabile negli affari. In questo senso non si è ancora tenuto presente che già i *Consiliatores* avevano adattato il diritto giustiniano alle esigenze della società tardo-medievale, spesso a costo di interpretazioni disinvoltamente distorcenti o d'autentici fraintendimenti.

Il diritto canonico, invece, si dimostrò assai più favorevole alle esigenze dei traffici per via della sua più netta sintonia con la morale del tempo, della sua maggiore indipendenza dai testi giustinianeî e della sua applicabilità pratica, per esempio per quanto riguardava uno *status* più autonomo della donna o il riconoscimento di obbligazioni libere da particolari rigori formali <sup>(97)</sup>.

A tutto ciò fa riscontro la circostanza che in Inghilterra nella Francia settentrionale nelle Fiandre e nelle città anseatiche tedesche — che è quanto dire nei territorî economicamente più prosperi e più progrediti dell'Europa nord-occidentale — quel passaggio a gradi più evoluti di sviluppo economico che creò la struttura economica tipica dell'Età moderna si compì in larga misura al di fuori d'un influsso — per lo meno, d'un influsso specifico — del diritto romano.

b) Si può, dunque, dire che la superiorità scientifica del diritto romano, e il contributo ch'esso ha dato alla formazione della moderna scienza giuridica europea, non son dipesi dalla qualità o dalla intrinseca « giustezza » dei suoi istituti. Per intendere in modo corretto la portata e le ragioni di quella superiorità e di quel contributo, si deve — invece — sottolineare piuttosto

<sup>(96)</sup> Cfr. *supra*, p. 170.

<sup>(97)</sup> Cfr. *supra*, p. 103 s.

la capacità, che il diritto romano ebbe, di offrire una razionalità e una metodologia coerente ai diversi ordinamenti giuridici europei attraverso l'opera d'una scienza giuridica cosciente della propria radicale autonomia; e non si deve dimenticare neanche che, proprio attraverso il contributo della scienza giuridica, il diritto romano offrì la chiave per dedurre — dalla corretta discussione d'una problematica propriamente giuridica — soluzioni più razionali e più certe dei conflitti politici e sociali. Questo dominio della scienza sulla vita — che ha costruito, in ogni suo aspetto, la civiltà e la cultura dell'Europa moderna — fu reso possibile dalle inesauribili riserve di razionalità e di moralità giuridica storicamente vissute che erano disponibili e come immagazzinate nei testi della grande giurisprudenza romana e che vennero fatte proprie dalla cultura giuridica europea. Invece l'idea di diritto come oggetto di speculazione filosofica che la cultura europea ha elaborato ha la sua origine nella filosofia greca nella teologia dei Padri della Chiesa e nel pensiero filosofico del Medioevo europeo.

c) Il richiamo all'insufficiente sviluppo sul piano teorico del diritto tedesco può dunque avere il suo giusto significato se lo si intende riferito al fatto che i suoi operatori autoctoni non riuscirono a dargli un contenuto di pensiero e ad elaborare i suoi istituti in un sistema che fosse teoricamente coerente e suscettibile d'essere oggetto d'un organico insegnamento. Perciò le istituzioni e i principi del diritto patrio restarono sotto l'influenza dei giuristi, laddove furono tempestivamente interpretati dalla scienza romanistica, scientificamente rielaborati o codificati in modo radicalmente nuovo. Per la Germania questo discorso vale soprattutto per quanto riguarda la grande isola tradizionale dello Specchio Sassone, specialmente nelle terre della Sassonia Elettorale. Allo stesso modo il *droit coutumier* poté mantenersi in vigore nella Francia settentrionale e nei Paesi Bassi, non soltanto perchè fu garantito formulato e ulteriormente sviluppato dal re e dai parlamenti, ma anche perchè molto prima un ceto di giuristi molto autorevole agli occhi del potere regio o di quello principesco elaborò il proprio metodo scientifico prendendo a base dell'elaborazione per l'appunto quel diritto <sup>(98)</sup>. Anche all'afferma-

---

(98) ESMEIN-GÉNESTAL, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, XV ed.,

zione della *Common law* britannica giovò molto il fatto che già in epoca tanto risalente chierici colti — come Bracton — la rielaborassero scientificamente, e che in sèguito essa sia stata costantemente tenuta aggiornata da un ceto di giuristi perfettamente cosciente nella propria funzione. In questo senso c'è chi — con spirito ma in modo un po' arrischiato — ha voluto parlare, non senza influsso del dibattito scoppiato sul Continente a proposito della Recezione, di « vaccinazione » dell'ordinamento giuridico inglese contro il diritto romano col siero della sua precoce romanizzazione <sup>(99)</sup>.

In Germania, invece, entrambe le ultime tendenze fondamentali della Recezione — la razionalizzazione e la centralizzazione nella trattazione degli affari pubblici — non poterono più giovare a quel diritto patrio che aveva ormai troppo gravemente compromesso la propria unità. Qui apparve particolarmente evidente che (contrariamente a quanto avvenne nel processo di emersione della scienza giuridica) la Recezione « pratica » non fu soltanto un processo storico riguardante solo la pura storia culturale, ma si inserì profondamente in quel complesso *iter* di formazione della statualità moderna che ebbe nelle istituzioni giudiziarie uno dei suoi momenti più caratteristici.

---

Paris, 1925, pp. 681 s.; GENZMER, ZSS, RA, LXVI (1950), p. 601; LEFEVRE, pp. 63 ss.

<sup>(99)</sup> Cfr. *supra*, p. 156, nt. 42.



## IL CETO DEI GIURISTI LAICI IN GERMANIA

I. Inizi e diffusione dello studio del diritto da parte dei laici. — II. Pionieri e fondatori della scienza civilistica in Germania. — III. Caratteristica generale dei giuristi dell'età della Recezione in Germania. — IV. Umanesimo e giurisprudenza in Germania.

I. I. L'aumentata attenzione della più recente storiografica per la « Protorecezione » ha dimostrato che già nel Basso Medioevo anche in Germania — seppur con un certo ritardo rispetto ai Paesi dell'Europa meridionale e di quella occidentale — il giurista dotto s'era venuto guadagnando un influsso sempre crescente nella giurisdizione ecclesiastica, nella prassi documentale, nelle grandi amministrazioni e nella elaborazione (sempre più coerente da un punto di vista teorico e scientifico) delle fonti del diritto patrio <sup>(1)</sup>; già in questo periodo emerse in Germania il concetto — e il termine — « giurista » <sup>(2)</sup>. Questi giuristi, in un primo tempo, erano in netta prevalenza chierici provvisti d'una cultura sia civilistica che canonistica, le cui conoscenze erano richieste dalla giurisdizione ecclesiastica e dai compiti di documentazione e di amministrazione che venivano svolti nelle curie vescovili e presso gli altri uffici ecclesiastici <sup>(3)</sup>. Chierici appartenenti a questa cate-

---

<sup>(1)</sup> Cfr. *infra*, pp. 163 ss.

<sup>(2)</sup> Cfr. *supra*, p. 166, nt. 65.

<sup>(3)</sup> MOLITOR, p. 14; TRUSEN, pp. 15 ss., 34 ss. Parallelamente un nuovo interesse anche da parte di un ambiente di lettori e di utenti laici è presupposto, per un verso dal rinascere d'una letteratura romanistica di lingua latina, come il *Vocabularius juris utriusque* — opera di Magister Jodocus nativo di Erfurt coi suoi quindici manoscritti e le settantatrè edizioni a stampa (tra il 1476 e il 1622) di cui dette notizia il SECKEL (*Beitr. z. Gesch. beider R. im MA*, 1898, I, pp. 6 ss.); per altri ragguagli cfr. ora COING, IRMAE, §§ 60-69; e — per un altro

goria erano attivi anche nelle amministrazioni laiche e cittadine <sup>(4)</sup>; accanto a loro vennero progressivamente a collocarsi anche taluni laureati (*Absolventen*) in *jus civile* che non avevano ricevuto gli Ordini maggiori e che in questo senso erano giuristi « laici » <sup>(5)</sup>.

Già questo fabbisogno giustifica il gran numero di giovani tedeschi che studiavano il *jus civile* nelle Università dell'Italia centrosettentrionale e della Francia già dalla fine del XIII secolo <sup>(6)</sup>; una circostanza, questa, che mal si accorda con il convincimento (ormai superato) d'una Recezione cominciata soltanto nel XV secolo, e che (pur se quegli studenti eran soprattutto chierici) non può essere spiegata solamente con le necessità dei tribunali o delle amministrazioni ecclesiastiche. Le proporzioni « quantitative » di questa consuetudine dei giovani tedeschi di andare a studiare all'estero possono essere accertate attraverso le matricole delle Facoltà giuridiche delle Università italiane e francesi, che fino ad oggi non sono state studiate quanto meriterebbero <sup>(7)</sup>. Accanto a queste ricerche, le indagini che recente-

verso — dalla compilazione di apparati di glosse ai libri giuridici tedeschi da parte di giuristi provvisti di una cultura giuridica di livello scientifico (COING, IRMAE, §§ 70-75). Per esempio, Johannes von Buch e Nicolaus Wurm avevano studiato a Bologna, ed a Perugia Teodorico di Bocksdorf e Langenbeck (COING, IRMAE, §§ 70, 72, 73, 74).

<sup>(4)</sup> Cfr. *supra*, pp. 167 s. nt. 67, 68 (STELLING-MICHAUD); GENZMER, *Kleriker als Berufsjuristen*, Et. Le Bras (1965), pp. 1207 ss.; per le altre principali regioni d'Europa cfr. LEFEBVRE, p. 58 ss., 64 ss. (Francia), 88 (Spagna), 99 ss. (Inghilterra).

<sup>(5)</sup> STELLING-MICHAUD (cfr. pp. 166 s.).

<sup>(6)</sup> Sulla carriera scolastica di tedeschi in Italia cfr. ora COING, IRMAE, §§ 13-15 con esaurienti ragguagli alle note 168-225. Per questo al sommo dell'interesse stavano Bologna (dove WEIGLE ha individuato, tra il 1289 e il 1562, quattrocento studenti di nazione tedesca), Padova, Perugia, Pavia e Siena; in Francia Orléans, Angers, Montpellier e Avignone (COING, IRMAE, § 15), con cifre significative soprattutto per Orléans dove dalla metà del Duecento era presente una *Natio alemannica*. È da notare che dalla Germania meridionale e sud-occidentale si preferiva andare a studiare in Italia, mentre dal Nord si andava per il solito in Francia: G. RITTER, *Die Heidelb. Univ.*, I (1936), p. 42. Sulla presenza di studenti d'altre nazioni ad Orléans cfr. STELLING-MICHAUD (per la Svizzera), FEENSTRA (per i Paesi Bassi), T. B. SMITH (per la Scozia), in *Actes du Congrès sur l'ancienne Université d'Orléans (XIIIe-XVIIIe siècle)*, 1953.

<sup>(7)</sup> Ragguagli bibliografici in COING, IRMAE, §§ 13-15, nt. 168, 169, 171,

mente si son fatte negli archivî notarili comunali — soprattutto a Bologna — hanno reso possibile un inventario ancor più esauriente delle storie personali di coloro che frequentarono lo *Studium* di quella città <sup>(8)</sup>. Tutte queste ricerche hanno permesso di accertare che, a cominciare dal XIII secolo, i giovani chierici tedeschi — e, sia pure in misura minore, anche coloro che s'eran laureati (*Absolventen*) nella facoltà degli *Artistae* senza alcuna intenzione di ricevere gli Ordini — erano stati così numerosi in Italia (soprattutto a Bologna a Perugia e a Padova), che la *natio teutonica* — la quale comprendeva di regola anche coloro che provenivano dalla Boemia dalla Polonia e dalla Scandinavia — aveva assunto una funzione primaria nella struttura di quella Università fondata sulle diverse *nationes*. Questa frequenza relativamente alta nel XIII e soprattutto nel XIV secolo si spiega senz'altro col fatto che in Germania mancava a quel tempo un'analoga possibilità di procurarsi una cultura nello *studium civile*. Essa — malgrado l'aumento delle esigenze — cominciò invece a diminuire con la fine del Trecento <sup>(9)</sup>, proprio perchè ora era possibile ricevere una cultura giuridica — dapprima solo canonistica, ma poco dopo anche civilistica — nelle Università tedesche di recente fondazione (Praga 1348, Vienna 1365, Heidelberg 1386, Colonia 1388, Erfurt 1392, Lipsia 1409, Rostock 1419, Friburgo 1457, Basilea 1460 e Tubinga 1477).

2. Questi più recenti contributi hanno, sì, integrato e corretto, ma non vanificato, la datazione tradizionale del processo di formazione e del pieno sviluppo del ceto dei giuristi laici ai secoli XV e XVI. Se è vero che solo al colmo della Recezione

---

172, 182, 210, 215, 221, 224; ed ancora può vedersi utilmente STOBBE, II, p. 11, nt. 6-9.

(8) STELLING-MICHAUD, *L'Université de Bologne*, cit.; i ragguagli biografici e i registi degli atti notarili bolognesi son reperibili. SVEN et SUZANNE STELLING-MICHAUD, *Les juristes suisses*, cit.

(9) Così il COING (IRMAE, § 14) calcola, per Bologna, nel XIII secolo 489 studenti di nazione tedesca, per il XIV 1650, per il XV (malgrado che in Germania stessero aumentando sia la popolazione che le esigenze) solo 1038: ma, per intender queste cifre, bisogna di certo metter nel conto anche il maggior prestigio acquisito nel frattempo da altre sedi universitarie come Padova e Perugia.



pratica il giurista affermò la propria supremazia nella giurisdizione laica del *Reich* e degli Stati territoriali, portando con sé un ricorso generalizzato al diritto privato romano nella decisione delle controversie e nella redazione delle leggi, allora si deve pur ammettere che in questo periodo della Recezione l'esigenza di disporre di giuristi laici (e, per ciò stesso, l'opportunità per costoro, di svolgere la loro opera) venne aumentando in modo disuguale. In realtà non è difficile constatare il coincidere puntuale di quest'esigenza sia con un rinnovato aumento degli studenti tedeschi in Italia ed in Francia che, soprattutto, con il sorgere in Germania di nuove facoltà giuridiche e con l'istituzione di cattedre romanistiche nelle vecchie facoltà e in quelle nuove.

Se sullo scorcio del XVI secolo il numero di coloro che, provenienti dalla Germania e dall'Europa Centrale, studiavano nelle Università italiane e francesi tornò ad aumentare rapidamente, è chiaro che ciò dipese dal fatto che il progredire della Recezione aveva creato nuove necessità; ma, accanto a questo, non è nemmeno da dimenticare l'incremento della popolazione e il progressivo sviluppo delle amministrazioni territoriali e cittadine. Poiché in questo periodo era finito in Germania quel processo di proliferazione di nuove Università ch'era stato peculiare del Basso Medioevo (e che sarebbe ripreso, più tardi, con le nuove fondazioni dell'età della Riforma protestante e di quella cattolica), questo aumento di studenti d'origine tedesca nelle Università italiane e francesi sta a dimostrare l'insufficienza delle Facoltà giuridiche tedesche: per numero e — fors'anche — per qualità dei maestri che v'insegnavano. Soltanto per opera dei giuristi di questa generazione — press'a poco intorno al 1500 — il diritto romano s'insediò stabilmente nelle Università tedesche insegnato da maestri non stranieri: ed a render possibile il raggiungimento di questo traguardo concorsero da una parte gl'interessi dei principi delle diete e delle città, e dall'altra l'emergere di concrete possibilità d'impartire un insegnamento romanistico. Anche se si può dimostrare che fin dalla fine del XIV secolo, per lo meno nelle Università maggiori (Colonia ed Erfurt, per esempio) si tenevano lezioni di diritto romano <sup>(10)</sup>, d'un insegnamento roma-

(10) Come sottolinea ora il COING (IRMAE, § 16) in contrasto con l'opinione

nistico organico si può cominciare, in genere, a parlare solamente a partire dalla metà del Quattrocento.

Una presenza stabile dell'insegnamento del diritto romano nelle Università tedesche — per lo meno in quelle fondate dalle città — è certo più risalente nel tempo di quanto non si ritenesse in base alle ricerche ch'erano state condotte fino ad ora. A Colonia (1388) a Rostock (1419) e a Greifswald (1456), fin dalla fondazione erano istituite cattedre romanistiche <sup>(11)</sup>; ad Erfurt ve ne furono al più tardi dal 1430 <sup>(12)</sup>. Nelle Università di fondazione non cittadina, invece, cattedre di questo tipo se ne trovano per la prima volta ad Heidelberg solo nel 1452 a Lipsia nel 1457 ed a Friburgo nel 1479. A Vienna la prima cattedra stabile di Pandette fu fondata nel 1493 e quella di Istituzioni soltanto negli anni 1533-37 <sup>(13)</sup>. La maggior parte delle Università principesche ebbe un insegnamento del diritto romano destinato a non esser più interrotto solamente alla fine del Quattrocento: cosa, questa, che nelle Università cittadine era già successa agli inizi del secolo <sup>(14)</sup>.

Poichè — però — anche in quel periodo — nel quale pure si costumava salir la cattedra in età assai giovanile — per formare una classe di maestri ci voleva una generazione in più rispetto al momento in cui s'era inaugurato lo studio d'una disciplina, spesso si ricorse ancora per lungo tempo a giuristi italiani e francesi per ricoprire le cattedre romanistiche delle Università tedesche <sup>(15)</sup>. A Basilea, al momento della fondazione (1460), insegnavano tre italiani; a Friburgo nel 1479 aveva cattedra il savoiardo G. Chabot e nel 1495 il milanese Cittadino; a Vienna nel 1493 insegnò il veneziano Geronimo Balbo e nel 1497 il siciliano Jacopo Silvio; a Tubinga, fin dalla fondazione (1477), fu professore un genovese, Marenchus; mentre a Greifswald — dal 1497 — tenne cattedra Pietro da Ravenna. È, questo, un segno della mancanza, in allora, di maestri tedeschi in misura bastante alle

---

finora dominante. Sulle prime forme d'insegnamento giuridico nelle scuole vescovili e conventuali tedesche cfr. COING, *op. loc. ult. cit.*; sulla (abbastanza alta) frequenza alle Facoltà giuridiche tedesche cfr. ancora COING, IRMAE, § 20.

<sup>(11)</sup> Cfr. COING, IRMAE, § 21.

<sup>(12)</sup> Lo si deduce dagli statuti che questa città si dette proprio in quell'anno: cfr. COING, IRMAE, § 21.

<sup>(13)</sup> STOBBE, II, pp. 13 ss.; COING, IRMAE, §§ 19-20.

<sup>(14)</sup> COING, IRMAE, § 17. A ciò corrisponde l'antico interesse anche delle città della Germania settentrionale (Lüneburg, 1471 [su cui cfr. STOBBE, II, pp. 21 s.]; Braunschweig, 1475; Amburgo, 1529) ed avere impartito tra le proprie mura un insegnamento di diritto romano.

<sup>(15)</sup> STOBBE, II, pp. 13 ss.; cfr. COING, IRMAE, § 20.

esigenze; del tutto diversamente da quel che sarebbe accaduto — a un di presso un secolo dopo — con le chiamate dei grandi giuristi ugonotti da parte delle Facoltà protestanti: furon questi i casi di Donello (1527-1591), che fu chiamato ad Heidelberg nel 1573 e ad Altdorf nel 1588; e di Gotofredo, che fu professore ad Heidelberg dal 1604 al 1622 e che passò dopo a Strasburgo, e di Francesco Hotman.

II. Solo con la generazione che cominciò a veder la luce intorno al 1460 emersero in Germania alcuni significativi teorici e pratici del diritto, i migliori dei quali appartennero anche a una *élite* intellettuale umanistica.

Il più grande fra questi giuristi è da sempre ritenuto

I. Udalrico Zasio (Ulrich Zäsy, 1461-1535) <sup>(16)</sup>, nativo di Costanza, che — dopo aver lungamente studiato in Università italiane e tedesche — divenne nel 1500 *syndicus* e nel 1503 professore a Friburgo, guadagnandosi fama ad un tempo come maestro di scienze giuridiche come consulente e come legislatore della sua terra d'origine, e facendo anche parte di quell'ambiente umanistico che fiorì nell'alta Valle del Reno, legato da amicizia — o, per lo meno, in stabile rapporto — col circolo di Basilea a cui facevano capo Erasmo da Rotterdam, il Froben e Bonifacio Amerbach.

In quest'uomo — che fu gradevole, malgrado i lineamenti un po' ordinari, e di cui sappiamo molto grazie alle testimonianze ch'egli stesso ci ha lasciato nelle sue lettere — in quest'uomo si trovarono a convivere l'umanista studioso dell'antichità ed il pratico immerso nella realtà quotidiana dei traffici: ne uscì un carattere che forse non fu compromesso da certe arrendevolezza che pur l'uomo ebbe in mezzo ai rivolgimenti politici e religiosi del suo tempo. Anche la sua attività di studioso fu multiforme:

---

(16) STINTZING, *Ulrich Zasius*, Basel, 1857; RICH. SCHMIDT, *Zasius u. seine Stellung in d. Rechtswiss.* (1904); KNOCHÉ, *U. Zasius u. d. Freib. Stadtrecht v. 1520* (1957); THIEME, *Aus d. Gesch. d. Rechts- u. Staatswiss. in Freiburg* (1957), pp. 9 ss.; e, partic., ERIK WOLF, GRD, pp. 59 ss.; KISCH, *Erasmus u. d. Jurisprudenz seiner Zeit* (1960), pp. 317 ss.; ID., *Zasius u. Reuchlin* (1961); DILCHER, ZSS, GA, LXXVIII (1961), pp. 314 ss.; ABBONDANZA, *Zasius u. Alciat*; G. FLEISCHER, *Zasius u. Petrus Stella* (Freib. Diss., 1966).

accanto alla compilazione degli statuti (*Stadtrecht*) di Friburgo (che restano principalmente merito suo, anche dopo che si sono accertati i contributi che a quest'opera dettero altri giuristi) <sup>(17)</sup> e accanto ai suoi *Consilia (Intellectus)* son da ricordare le sue opere esegetiche del Diritto comune e i lavori più squisitamente storico-giuridici — come le *Lucubrationes* <sup>(18)</sup> — che, se si tien conto del livello medio del suo tempo e della sua terra, appaiono eccellenti per semplicità limpidezza ed eleganza.

Lo Zasio ha un posto nella storia giuridica in grazia anche della sua opera di maestro. Soprattutto attraverso il linguaggio robusto delle sue lezioni — di cui tante volte s'è tessuto l'elogio — egli ci si mostra grande maestro d'un'intera generazione di giuristi.

Tra gli scolari dello Zasio son degni d'una menzione particolare:

2. Johann SICHARD <sup>(19)</sup> (1499-1557): nel 1521 studiò a Friburgo con lo Zasio, dal 1524 al 1530 fu professore a Basilea, poi a Friburgo ed in sèguito — fino alla morte — insegnò Pandette a Tübinga. Nel contempo fu consulente e perito al servizio del Duca del Württemberg, e come tale diresse autorevolmente l'elaborazione della legislazione (*Landrecht*) del Württemberg promulgata nel 1555. Come erudito di storia giuridica il SICHARD si acquistò grandi meriti curando la prima edizione del Breviario visigotico, delle *Constitutiones Sirmondianae* — tutte preteodosiane e riguardanti la materia ecclesiastica — e delle *leges germaniche* <sup>(20)</sup>.

<sup>(17)</sup> Eccellenti le pagine del KNOCHE, *op. cit.*, pp. 13 ss. (partic. p. 27: *Freiburger Stadtrecht*). Al contrario è discussa la sua paternità per quanto riguarda la legislazione successiva del Baden dell'anno 1511. CARLEBACH, *BadRGesch*, I (1906), pp. 46 ss.; P. LENEL, *ZGeschOberrh*, 27 (1912), pp. 511 ss. e soprattutto WIELAND, *ivi*, 44 (1931), pp. 350 s.; KNOCHE, *op. cit.*, p. 1; cfr. *infra*, p. 000, nt. 30.

<sup>(18)</sup> *Responsorum juris sive Consiliorum Dr. Udalrici Zasii etc. I/II* (Basileae, 1538-39); *Intellectus singulares et novi in nonnulla loca juris civilis etc.* (Bas., 1526); *Lucubrationes aliquot sane quam elegantes nec minus eruditae (!) etc.* (Bas., 1518); «antiquario» è anche il commentario ad Erennio (Basilea, 1537). Altri titoli ed ulteriori ragguagli in ERIK WOLF, *GRD*, pp. 94 s.

<sup>(19)</sup> STINTZING, I, p. 16; più di recente è tornato sull'argomento il KISCH, *Joh. SICHARDUS ALS BASLER RECHTSHISTORIKER*, Basel, 1952 (dove è reperibile anche la bibliografia precedente. Cfr. anche *infra*, pp. 293 s.).

<sup>(20)</sup> Sotto il titolo, significativo per cogliere la portata e i confini del quadro storico degli Umanisti, *Leges Riboariorum Baioariumque, quas vocant Theodorico rege Francorum latae. Item Alemannorum leges a Lothario rege latae* (Bas., 1530).

3. Johann F i c h a r d (1512-1581) <sup>(21)</sup>, rappresentante tipico di quel patriziato colto che fiorì nelle città tedesche del primo Rinascimento, già nel 1533 divenne cancelliere della sua città natale — Francoforte sul Meno — di cui fu poi *syndicus*; negli anni 1536-37 fece viaggi di studio in Italia, spinto da interessi sia umanistici che giuridici; e, tornato, fu dal 1538 di nuovo magistrato nella sua città e nel contempo consigliere di piccole diete (*Reichsstände*) di territori vicini e consulente di grido. La sua fatica più significativa come giurista è (accanto ai *Consilia*) la redazione della legislazione di Solms del 1571 e della riforma statutaria di Francoforte del 1581 (cfr. *infra*, p. 000). L'autobiografia <sup>(22)</sup> ci fa conoscere, anche nei suoi tratti fisionomici più personali, un uomo la cui versatilità e la cui larghissima rinomanza sono caratteristiche dei migliori ingegni del suo tempo.

4. Una pari capacità di alternare interessi umanistici e pratici mostra anche — con la sua carriera così ricca di mutamenti — il più vecchio Johannes A p e l <sup>(23)</sup> (1485-1536). Operoso dapprima nell'amministrazione del principe-vescovo di Würzburg, Apel si distaccò in seguito dalla Chiesa cattolica e dal 1524 studiò a Wittenberg subendovi l'influsso di Melantone. Dopo un breve soggiorno a Königsberg fu da ultimo (1534) consulente del Consiglio cittadino di Norimberga.

Nell'esercitare questi uffici lo Apel si palesò un pratico, erede della scuola degli ultimi *Consiliatores*; mentre, sia nei suoi scritti polemici di metodologia (*Dialogus*) come nei suoi studi intorno a un sistema logico-naturale (*Isagoge methodica*), egli appare come scolaro e portavoce, nel campo della scienza giuridica, di quell'Umanesimo di Wittenberg che aveva ricevuto impulso dalla riforma scolastica e degli studi voluta da Melantone <sup>(24)</sup>. Apel ha un suo posto nella storia dei dogmi e della sistematica per avere, lui per primo, resa utilizzabile nel sistema del diritto privato la distinzione tra diritto oggettivo e soggettivo <sup>(25)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> STINTZING, I, pp. 586 ss.; COING, *Die Frankf. Ref. von 1578* (1935), pp. 2 ss.; altri ragguagli in DÖHRING, p. 393.

<sup>(22)</sup> STINTZING, I, p. 586, nt. 1.

<sup>(23)</sup> STINTZING, I, pp. 287 ss.; WIEACKER, GuB, pp. 44 ss.; stimolante lo scritto del MERZBACHER, ZSS, RA, LXXV (1958), pp. 364 ss.

<sup>(24)</sup> WIEACKER, GuB, pp. 81 s., 92 ss.; MERZBACHER, *op. ult. cit.*, pp. 364, 373.

<sup>(25)</sup> STINTZING, I, pp. 294 ss.; BRANDT, *Eigentumserwerb u. Austauschgeschäft*

5. La figura di maggior spicco, come filologo, nella nuova generazione dei giuristi di quest'epoca fu Gregorio A l o a n d r o <sup>(26)</sup> (Meltzer) (1500-1531) nativo di Zwickau morto ancor giovane durante il suo secondo viaggio di studio alla volta dell'Italia. La sua fama è legata alla prima edizione umanistica — anche se non ancora rigorosamente critica — del Digesto condotta sul manoscritto fiorentino (tra il 1529 e il 1531): un'opera filologica di prim'ordine <sup>(27)</sup>, paragonabile al Nuovo Testamento in greco edito da Erasmo, pur se compiuta avendo sotto mano le note del Bolognini <sup>(28)</sup> e col sussidio indiretto del lavoro preparatorio fatto dal grande umanista Agnolo Poliziano. Le congetture testuali dell'Aloandro — che danno la prova della sua erudizione e soprattutto del suo acume — sono state tenute in gran conto fino a che non comparve la grande edizione del Mommsen <sup>(29)</sup> ed anche dopo. Quest'opera, promossa con ammirabile munificenza e con alto senso del pubblico interesse dal Consiglio della città di Norimberga, percorse le più celebri edizioni umanistiche che avrebbero visto poi la luce in Italia (ad opera del Torelli), in Spagna (quelle dell'Agostino) e soprattutto in Francia (Jacopo Gotofredo).

6. Le indagini più recenti <sup>(30)</sup> hanno messo in maggior risalto la vicenda di Bonifacio A m e r b a c h (1496-1562): una figura

---

(1940), pp. 57 s.; WIEACKER, GuB, pp. 60 ss.; DUBISCHAR, *Über die Grundlage d. schulsystem. Zweiteilung der Rechte*, Tübingen, 1961, pp. 45 ss.

<sup>(26)</sup> STINTZING, I, pp. 189 ss.

<sup>(27)</sup> SAVIGNY, VI, 2, pp. 144 ss.; STINTZING, I, p. 191 ss. Un giudizio tagliente, però, sull'edizione dell'Aloandro lo dette l'Alciato: *Haloandri editionem vidi iam agitur alter mensis: Deprehendi pluribus argumentis Florentinas Pandectas eum non vidisse, sed Bolognini tantum in bibliotheca Bononiensi* (lettera ad Amerbach del 31 agosto 1529, Bibl. Univ. Basilea, Ms.G.II.14., f. 93 segnalata dal BARNI, Scritti Ferrini, I, Milano, 1946, p. 61. Più sereno, ora, il giudizio del KISCH, *Erasmus*, cit., p. 295, nt. 18; cfr. anche ABBONDANZA, *Zasius u. Alciat*, cit.

<sup>(28)</sup> Sul Bolognini cfr. STINTZING, I, p. 178; SOLMI, *Storia del diritto italiano* (1930), p. 643.

<sup>(29)</sup> Cfr. *infra*, II, 106 s.

<sup>(30)</sup> STINTZING, I, pp. 209 s.; G. KISCH, *B. Amerbach als Rechtsgutachter*, Festg. Gerwig (Basel, 1960), pp. 85 ss.; ID., *Erasmus*, cit., pp. 344 ss. e *passim*; ID., *B. Amerbach, Gedenkrede* (Basel, 1962); THIEME, *Die beiden Amerbach*, in Mem. Koschaker, I, pp. 139 ss.; ID., *Festschr. Kisch* (Basel, 1955), pp. 89 ss.

nella quale tendenze umanistiche ed interessi pratici si trovarono in conflitto tra loro in modo ancor più duro di quanto non era accaduto in uno Zasio o in un Apel. Dopo aver trascorso un periodo di studio in Italia, l'Amerbach esercitò stabilmente le funzioni di *syndicus* e di consulente nella sua città natale di Basilea; nel contempo egli intervenne coi suoi pareri in giudizi di grande rinomanza — come, per esempio, in quello relativo al divorzio d' Enrico VIII <sup>(31)</sup> — che lo portarono ad interloquire nelle grandi questioni politiche che travagliavano l'Europa di quegli anni. Quel che di questa personalità merita d'esser sottolineato è che — malgrado la sua cordiale appartenenza al circolo umanistico di Basilea — insistesse nel giovare del *mos italicus*: circostanza, questa, che lo portò a scontrarsi spesso, ed anche in modo spiacevole, col suo collega di Facoltà Sichard e con lo stesso Zasio <sup>(32)</sup>. Questo comportamento, solo in apparenza contraddittorio, si spiega facilmente se non si dimentica che in realtà Amerbach fu un giurista dotato d'un'acuta sensibilità politica, e non già un riformatore della scienza o un letterato di stampo umanistico.

7. Come estremo testimone della ricchezza di personalità notevoli che caratterizzò questo periodo potremmo assumere — quasi per contrasto con le grandi figure di eruditi di cui abbiám ragionato fino ad ora — quella d'un cavaliere non provvisto d'una formazione scientifica particolarmente raffinata, e che pur è stato uno dei più ragguardevoli politici del diritto della storia giuridica tedesca: voglio dire Hans von Schwarzenberg <sup>(33)</sup> (1463-1528).

Di stirpe franca, dopo una gioventù trascorsa secondo lo stile movimentato ch'era proprio d'un cavaliere, dall'ultimo decennio del Quattrocento egli si mise al servizio dei vescovadi di Würzburg e di Bamberg, passando dal primo al secondo nel 1524

---

<sup>(31)</sup> THIEME, *Die Ehescheidung Heinrichs VIII. u. d. europ. Universitäten* (1957), pp. 16 s.

<sup>(32)</sup> A questo proposito cfr. partic. KISCH, *Hum. u. Jur.*, cit., pp. 8 ss.; ID., *Joh. Sichardus*, cit., pp. 22 ss.

<sup>(33)</sup> SCHEEL, *Joh. v. Schwarzenberg*, II ed. (1905); RADBRUCH, *SchweizZ Strafr.*, 55 (1941), pp. 113 ss.; EB. SCHMIDT, pp. 109 ss.; e, soprattutto, ERIK WOLF, GRD, pp. 102 ss., 135 ss. (sulle opere, con ulteriori ragguagli).

in conseguenza della sua adesione alla Riforma protestante. Questo laico attivo, esperto e colto — sì — ma non certo erudito, si colloca con la sua opera in una posizione mediana — assai significativa per il tempo in cui visse ed operò — quasi direi a mezza strada fra la tradizionale cavalleria d'antico stampo feudale e lo stile dei nuovi consigli segreti dei principi in cui sedevano soprattutto uomini di cultura. Come redattore, poi, dell'ordinamento del Tribunale penale di Bamberg (*Bambergische Halsgerichtsordnung*), promulgato nel 1507 e al cui autorevole modello si rifece la *Constitutio Criminalis Carolina* del 1532, lo Schwarzenberg si pose — in una prospettiva ancor più vasta — tra l'autore basso-medievale dello Specchio Sassone e i grandi legislatori del tardo Giusnaturalismo. Egli riuscì a far felicemente confluire la scienza penalistica italiana e la prassi franca, la volontà di elaborare un diritto nuovo e quel senso giuridico che tende a conservare un patrimonio tradizionale: ne nacque un'opera che, agli occhi di chi sappia valutarla convenientemente, appare di straordinario valore sia sul piano intellettuale che su quello dell'etica giuridica.

III. Il ceto dei giuristi tedeschi di quest'epoca <sup>(84)</sup> non poté certo far mostra — nella sua media generale — dei caratteri di spicco ch'eran tipici di questa *élite* <sup>(85)</sup>. Il suo aspetto ci appare disarmonico quanto c'è sempre da aspettarsi che lo sia quello d'un ceto in via di formazione (tanto più quando, come nel nostro caso, questo processo formativo si svolga in contrapposizione ad un clero che già da tempo, in Germania, era provvisto d'una sua

---

<sup>(84)</sup> STOBBE, II, pp. 9 ss., 44 ss.; STINTZING, I, pp. 60 ss.; DÖHRING, pp. 71 ss. (prestigio sociale del giudice), 88 ss. (etica professionale del giudice), 114 ss., 129 ss., 136 ss. (avvocati), 188 ss. (ausiliari del giudice); e poi EB. SCHMIDT, pp. 135 ss. (sull'etica del giudice nel Basso Medioevo partic. pp. 137 ss.); COING, IRMAE, §§ 19, 20, 22, 24, 26; STOBBE, I, p. 633, II, p. 54.

<sup>(85)</sup> A questo proposito è significativo l'aneddoto — riportato nel *Dialogus* dello Apel — di quel giurista presuntuoso che, ripetutamente interpellato da un principe che aveva bisogno d'un parere, si finse sordo; e che, alla minaccia di questo cliente d'eccezione di farsi vedere con lui un principe mal disposto, replicò che allora anche lui sarebbe stato un dottore mal disposto (cfr. WIEACKER, GuB, p. 51). Riserve nei confronti di questo tipo di interpretazione le ha mosse il KUNKEL, ZSS, RA, LXXI (1954), p. 530.



propria cultura giuridica, pur se ora si trovava ad essere incalzato dal sopravvenire della Riforma protestante). Alla stregua dei diversi gradi di cultura e del differente prestigio sociale si possono tracciare a un di presso queste distinzioni.

1. Il giurista « completo », il quale — spesso in Italia o in Francia — aveva conseguito il dottorato che nell'ordinamento dell'Impero lo equiparava al cavaliere abilitato all'esercizio di tutte le funzioni amministrative e giurisdizionali nei territori e nelle città maggiori. Anche se, per via del costo elevato degli studi e dei grandi mezzi necessari per conseguire il dottorato <sup>(86)</sup>, le famiglie nobili e il patriziato avevano ancora la prevalenza, pure questa carriera degli studi giuridici offriva anche ai più dotati fra i giovani appartenenti alle famiglie borghesi quelle possibilità di elevarsi socialmente che nel Medioevo era offerta solamente ai chierici. Se non fosse stata interrotta dalla vocazione religiosa, anche la carriera di Martin Lutero — secondo la volontà del padre, modesto imprenditore minerario nella regione di Mansfeld — avrebbe avuto un esito press'a poco di questo genere.

Quando allo studio del diritto si aggiungeva la cultura umanistica, si poteva avere il profilo completo e prestigioso di quello specialista di gran rango, intelligentemente aperto anche alla comprensione del patrimonio giuridico tradizionale e perciò particolarmente qualificato per elaborare una legislazione e una prassi concretamente utili, di cui furono esempî uno Zasio o un Fichard. Ma non fu questa la regola: perchè capita spesso che un'ottusa erudizione moralistica ed estetizzante generi l'alterigia intellettuale tipica del *parvenu* della cultura che giura solamente sui pochi libri che ha letto e non riesce ad osservare con libertà il panorama che gli sta dintorno.

Per intendere convenientemente l'itinerario formativo e la carriera tipica di questi personaggi, basta tener presenti i dati biografici dello Zasio e dei suoi scolari che abbiamo offerto or ora.

2. Ma anche chi era provvisto d'una cultura di livello più modesto, chi — per ragioni sociali od economiche — non era

---

<sup>(86)</sup> DÖHRING, pp. 37, 71, 129 ss.

arrivato al compimento degli studi o al dottorato, sentiva pur sempre d'appartenere ad una categoria professionale autorevole e poteva trovare un adeguato campo d'attività nelle signorie e nelle città minori come cancelliere di tribunale come archivistà della città o come avvocato (tutti posti che oggi sarebbero riservati a persone provviste d'una cultura giuridica completa).

Solo per i motivi di prestigio a cui poteva essere sensibile il patriziato d'una città imperiale la nobile francofortese von Glauburg sconsigliava al figlio, studente a Wittemberg, di frequentare la facoltà giuridica nel caso che non avesse avuto intenzione d'arrivare fino al dottorato: perchè un posto di cancelliere al Consiglio della Città non sarebbe stato adeguato al rango del casato <sup>(37)</sup>. Per quel che riguarda la Recezione pratica nella trama dei rapporti quotidiani bisognerà forse riconoscere che questa categoria di operatori ha svolto la funzione più durevole, così come si dovrà attribuire all'angustia del loro orizzonte mentale l'applicazione acritica delle nozioni imparate a scuola, e alla loro diligenza ripetitiva il processo di oggettivizzazione della vita giuridica tedesca. Le cronache e le biografie di quest'epoca offrono molti profili tipici degli appartenenti a questa categoria di operatori del diritto; descrizioni satiriche, invece, si posson trovare nelle pagine dell'*Elogio della pazzia (Encomium Moriae)* di Erasmo da Rotterdam o in quelle della *Nave dei folli (Narrenschiff)* di Sebastiano Brant o in altre simili opere di satira.

3. Da ultimo un'epoca che sovvertì ed estinse un certo assetto della società creò anche una sorta di « proletariato giuridico » <sup>(38)</sup>; come, fin dal Medioevo, il proletariato intellettuale uscito dalle facoltà di *artista* aveva dato luogo a un casame di studentesca malandata che aveva contribuito sia allo spirito fresco e salace della poesia dei *clerici vagantes*, sia all'atteggiamento radicalmente critico d'un Villon, sia — purtroppo — anche alla criminalità professionale. Gente di questa risma, come sarebbero ciarlatani e astrologi, possono avere — per loro fini egoistici — spacciato, nell'epoca di cui stiamo ragionando, una sottospecie di

<sup>(37)</sup> STOBBE, II, p. 47, nt. 4.

<sup>(38)</sup> STINTZING, I, p. 22; WESENBERG, pp. 106 s.; DÖHRING, p. 125.

cultura giuridica messa insieme alla peggio da fonti non certo di prim'ordine: qualche squarcio occasionale sulle vicende e sugli affari di questa gente ci è offerto dalla nascente satira dei mestieri e, talvolta, anche dalle carte dei processi penali <sup>(39)</sup>.

4. Appartenevano indifferentemente a tutt'e tre queste categorie coloro che avevan contribuito a fornir pretesti a quel giudizio prevalentemente negativo che sui giuristi solitamente davano i non addetti ai lavori (e specialmente i più larghi ceti popolari), in contrasto con l'alta reputazione di cui godeva il diritto romano, allora vigente come ordinamento dell'Impero. Ma bisogna metter nel conto anche il modo di fare di quest'epoca, che indulgeva volentieri al vilipendio grossolano e alla maldicenza sfrenata tra le varie classi e i diversi gruppi sociali. Soltanto a cominciare dalla metà del Cinquecento, e soprattutto in conseguenza della preoccupazione che i principi avevano per la formazione e la cernita d'una burocrazia preparata dal punto di vista giuridico, si venne consolidando l'etica e la qualificazione professionale del ceto dei giuristi; tanto che da questo momento gli elementi ritenuti inadatti cominciarono ad essere senz'altro scartati <sup>(40)</sup>.

IV. 1. La gerarchia culturale dei giuristi laici dell'età della Recezione era determinata anche — a differenza di quanto era accaduto nel Basso Medioevo europeo — dalla diversità dei loro rapporti con l'Umanesimo <sup>(41)</sup>; giacchè, mentre la Rece-

<sup>(39)</sup> Sulla criminalità del proletariato accademico agl'inizi dell'Età Moderna cfr. RADBRUCH-GWINNER, *Gesch. d. Verbrechens* (1951), pp. 89 ss. e *passim*.

<sup>(40)</sup> DÖHRING, pp. 36 ss., 50 ss., 126 ss.

<sup>(41)</sup> Tra la copiosa bibliografia sull'Umanesimo giuridico tedesco, cfr. STINTZING, I, pp. 1 ss.; HERRMANN, *Die Reception d. Humanismus in Nürnberg* (1898), pp. 48 ss.; COING, ZSS, RA, LVI (1936), pp. 264 ss., LIX (1939), p. 697; ID., *Die Frankf. Ref.*, cit., pp. 184 ss.; MANIGK, ZSS, RA, LXI (1941), pp. 187 ss.; GENZMER, *ivi*, pp. 267 ss.; DAHM, DR, p. 101; WIEACKER, GuB, pp. 44 ss.; CONDANARI-MICHLER, *Humanismus u. Rechtswiss.*, Innsbruck, 1947; KOSCHAKER, 185 ss.; KUNKEL, ZSS, RA, LXXI (1954), pp. 524 s.; SCHAFFSTEIN, *Zum rechtswiss. Methodenstreit im 16. Jh.*, Festschr. Niedermayer (1953), pp. 195 ss.; ID., *Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus*, Göttingen, 1954; ERIK WOLF, GRD, partic. pp. 59 ss., 71 ss. e *passim*; DÖHRING, pp. 278 ss. e *passim*; e, soprattutto, KISCH, *Humanismus u. Jurisprudenz*, Basel, 1955; ID.,

zione pratica arrivò in Germania con un ritardo secolare, l'Umanesimo s'irradiò subito, dall'Europa meridionale dov'era sorto, verso il nord del continente: per questo in Germania si sovrapposero correnti e ideali culturali che nei loro paesi d'origine avevano avuto processi di sviluppo tra loro nettamente differenziati nel tempo. Nei giuristi d'*élite* la maturità della qualificazione specialistica andava congiunta alla raffinatezza culturale propria dell'Umanesimo, mentre la maggioranza — come succede in ogni tempo — si contentava di quelle prospettive di successo economico e di prestigio sociale che il tipo tradizionale di giurista sembrava promettere a chi vi si fosse saputo conformare. Mentre questa maggioranza continuava a far proprio del tutto acriticamente il *clichè* tradizionale della corporazione dei giuristi e della sua cultura, la minoranza più provveduta cominciò a sentire (e a far sentire) anche talune esigenze nuove in ordine ad una ridefinizione della stessa professione del giurista. E poichè a nord delle Alpi l'ideale umanistico — tra le altre condizioni culturali specifiche — ebbe quella di comportare e di imporre, in quanto rinnovamento spirituale dell'uomo <sup>(42)</sup>, modelli pedagogici suoi propri, esso non si limitò in queste regioni a un'indagine puramente « antiquaria » sulle fonti giuridiche romane e alla critica d'un certo stile culturale e letterario, ma si dedicò in modo particolare a riforme di natura pedagogica e a tentare nuove elaborazioni sistematiche. Ma, essendo stato anche l'Umanesimo giuridico importato dall'Italia, queste prospettive programmatiche — una volta trapiantate nella concreta realtà tedesca — presero un che di dottrinario e d'irreale: accadde spesso, insomma, che chi in gioventù s'era infervorato per le riforme umanistiche, finisse poi — col sopravvenire del giudizio dell'età matura, e in grazia

---

*Forschungen z. Gesch. d. Hum. in Basel*, ArchKultGesch, XL (1958), pp. 194 ss.; ID., *Erasmus u. d. Jurispr. seiner Zeit*, Basel, 1960; di questo A. cfr. anche *Bartholus u. Basel*, Basel, 1960; e *Die Anf. d. jur. Fakul. d. Universität Basel 1459-1529*, Basel, 1962; e, sul Sicardo e sull'Amerbach gli scritti che abbiamo citato poc'anzi, alle note 19 e 30.

(42) Sul nascere dell'Umanesimo pedagogico nell'Europa settentrionale nella *devotio moderna* dei Fratelli della Vita comune cfr. *infra*, p. 384, e WERNLE, *Die Renaissance d. Christentums im 16. Jh.* (1904); TROELTSCH, *Prot. Christentum u. Kirche*, in: Hinneberg, *Kultur d. Gegenwart*, I, IV, 1, 2 (1909), p. 475.

anche del quotidiano esercizio professionale — col diventare alla fine un robusto pratico.

2. a) Il programma dell'Umanesimo giuridico aveva raggiunto l'ambiente culturale dell'Alta Valle del Reno (e, attraverso questo, gli Umanisti di Wittemberg) soprattutto per via del rapporto tra lo Zasio e l'italiano Andrea Alciato. Dall'Italia si recepì prima di tutto la protesta contro l'*auctoritas* dei giuristi medievali, contro la rozzezza del loro linguaggio, contro la loro mancanza di cultura storica, contro il loro modo scolastico d'insegnare. Questa polemica tendeva ora, in Germania, ad inaspirsi ancor di più, confluendo con la nascente Riforma protestante <sup>(43)</sup>: non fu certo un caso che alcuni vessilliferi di questo nuovo indirizzo appartenessero — basti pensare allo Apel — all'ambiente umanistico di Wittemberg. La critica così aperta e così volutamente clamorosa d'un Apel o d'uno Chansonette (Cantiuncula) è certamente una delle mille tracce del contrasto irriducibile tra l'ultima cultura di tipo medievale e l'ormai sopravveniente Rinascimento <sup>(44)</sup>; se, però, la si guarda nella prospettiva delle esigenze proprie dell'esperienza giuridica del tempo, quella critica ci appare inguaribilmente affetta da quell'ostentazione di radicalismo sterile che è l'eterna tentazione di chi decide di mettersi dalla parte degli oppositori <sup>(45)</sup>. Quando in Germania si copiò quell'invettiva a

---

<sup>(43)</sup> Sulla connessione esplicita tra la critica alle *auctoritates* dei riformatori e dei giuristi culti (per l'Italia ne aveva già scritto il MAFFEI, *Gli inizi dell'Umanesimo*, cit., pp. 33 ss.); cfr. WIEACKER, *Humanismus u. Rezeption*, cit., pp. 62 ss., 71, 79. Questa connessione trova il proprio fondamento spirituale e personale nella critica della tradizione che si sviluppò prima del sorgere della Riforma protestante e della identificazione di Erasmo da Rotterdam della *philosophia christiana* con la « pura » filosofia degli Antichi: per questo cfr. KÖNEN, *Erasmus v. Rotterdam*, Gravenhage, 1936; KISCH, *Erasmus*, cit., partic. pp. 102 ss.; per i rapporti personali cfr. HERMESDORFF, *Tijdschr.*, XV (1937), pp. 1-24. i

<sup>(44)</sup> Per questo cfr. STINTZING, I, pp. 244 ss. e *passim*; KISCH, *Erasmus*, cit., pp. 90 ss., 133-176, e *passim*; ulteriori ragguagli son reperibili in DÖHRING, p. 383.

<sup>(45)</sup> Lo stesso spirito domina la maggior parte degli scritti introduttivi e programmatici — specialmente di Apel dello Chansonette e dello Hegendorf — messi insieme dal REUSNER, *Χειραγωγα sive Cynosura legis*, Spira, 1585. Cfr. WIEACKER, *Humanismus u. Rezeption*, pp. 49 s., 65 s. Altri scritti programmatici

proposito dell'*absynsthius Accursianus* <sup>(46)</sup> ch'era stata conosciuta dagli Umanisti italiani (Apel scrisse: «fugga lo scolaro la Glossa come si fugge un fumo soffocante o un'erba velenosa e come il navigante si tiene alla larga dalla risacca») <sup>(47)</sup>, si fece un'affermazione del tutto inconsistente, perchè in Germania lo scolaro dei *Consiliatores* e l'umanista erano spesso la medesima persona: tant'è vero che le menti più riflessive — lo Zasio, per esempio, che pure fu tra i primi sostenitori dell'Umanesimo — alla fine ne rifiutarono le pretese più radicali ed assurde <sup>(48)</sup>.

Se, poi, si tien conto della circostanza che anche coloro i quali — presi dal fervore giovanile o nell'attimo felice dell'intuizione progettuale — avevano entusiasticamente abbracciato certe idee, quando poi venne il tempo di confrontarsi con la realtà quotidiana si adeguarono puntualmente alla prassi più tradizionale; allora si capisce come certi clamori polemici non debbano esser presi troppo sul serio.

b) Più consistenti, invece, erano gli scopi pedagogici. L'Umanesimo olandese e tedesco — cogliendo l'opportunità offerta dal rinnovamento della struttura scolastica della Chiesa frutto del risveglio determinato dai Fratelli della Vita Comune — si dedicò anzitutto ad una riforma dell'insegnamento <sup>(49)</sup>. Ne uscirono,

di giuristi europei sono esaminati dal PIANO MORTARI, *SDHI*, XXI (1955), p. 277, n. 2.

<sup>(46)</sup> ZASIUS, *Lucubrationes* (cit. *supra*, alla nt. 18), p. 43 e *passim*; cfr. E. WOLF, *Quellenbuch z. Gesch. d. dtsh. RWiss.* (1950), p. 25; STINTZING, p. 169. Sulla polemica in Italia tra i secoli XIV e XVI cfr. CHIAPPELLI, *AG*, XXVI (1881), pp. 295 ss.

<sup>(47)</sup> *Dialogus* (cfr. *supra*, p. 228): STINTZING, I, p. 73; similmente lo Zasio (ERIK WOLF, p. 91 e nt. 52; sull'ambivalente rapporto dello Zasio con Accursio cfr. THIEME, *Accursius u. Zasius*, in: *Convegno Accursio*, pp. 1107 ss.). Ulteriori documenti negli scritti raccolti dal REUSNER, cit. alla nt. 45 e in STINTZING, pp. 241 ss. Anche in Germania la *imitatio* degli antichi prese a modello la polemica — non sempre equanime — di Cicerone nei confronti della giurisprudenza romana, i cui topoi gli Umanisti potevano reperire soprattutto nella *Oratio pro Murena*.

<sup>(48)</sup> RICH. SCHMIDT, *Zasius u. seine Stellung*, cit., p. 32; ERIK WOLF, p. 84. Lo Zasio, però, era d'accordo nel criticare i Glossatori e la sopravvalutazione della loro autorità (p. es. *Epistulae ad viros suae aetatis* [ed. RIEGER, Ulm, 1774], pp. 63, 320 e *passim*).

<sup>(49)</sup> Sulla riforma della scuola e dell'educazione progettata dall'Agricola,

soprattutto nell'ambiente umanistico di Wittemberg e sotto l'influsso delle teorie pedagogiche di Melantone, alcuni nuovi programmi di insegnamento delle scienze giuridiche <sup>(50)</sup> fondati sul presupposto che l'istruzione dovesse in sostanza consistere nel condurre lo scolaro al riconoscimento (*ἀνάμνησις*) delle idee. Il neoplatonismo italiano aveva recepito questi principî dalla lettura del Menone platonico <sup>(51)</sup>; ma si trattava di affermazioni che potevano esser conciliabili anche con l'antropologia aristotelicotomistica cara agli spiriti dotti di Wittemberg. Così, in un suo scritto di modesta mole, Goldstein <sup>(52)</sup> riprende una formula del più antico umanista Gregorio di Heimburg: « tu devi tener presente *quod tota doctrina juris est doctrina rationis quae nobiscum nascitur* » <sup>(53)</sup>. Un più spregiudicato uso della ragione (*est enim ratio anima legis*, Apel, *Dialogus*) e una serrata dialettica a cui veniva sottoposto l'oggetto dell'insegnamento furon l'elemento

---

cfr. DILTHEY, *Ges. Schriften*, III (1927), pp. 154 s.; PAULSEN, *Gesch. d. gelehrten Unterr. auf d. dtsh. Schulen u. Univ.*, III ed. (1919), *passim*; HARTFELDER, *Melanchthon als Praeceptor Germaniae*, I (1889), p. 189; ELLINGER, *Melanchthon* (1902), pp. 454 ss. A proposito del suo influsso sui giuristi cfr. già STINTZING, I, pp. 234 s. Sulle non diverse aspirazioni presenti in Italia cfr. PIANO MORTARI, SDHI, XXI (1955), pp. 275 ss.; per la Francia cfr. WAIDER, *Ars juris ... bei Donellus*, ArchGeschPhil, 43/1 (1961), pp. 52 ss.

<sup>(50)</sup> Cfr. *supra*, p. 228, nt. 24 e p. 236, nt. 43. Tre piccole ma piacevoli guide allo studio del diritto provenienti da questo ambiente son contenute nell'appendice del libro delle sentenze scabinali (*Schöffenspruchsbuch*) D 102 conservato al Museo di Storia cittadina di Lipsia: cfr. WIEACKER, GuB, pp. 92 ss. (con alcune documentazioni in *fac-simile*). Tutta la produzione letteraria è, in Germania, frutto di quella letteratura della Riforma, opera soprattutto dell'Umanesimo dell'Alta Valle del Reno, che, inaugurata con l'*Isidoneus* del Wimpeling, fu portata al suo massimo rigoglio dal *De ratione studii* di Erasmo da Rotterdam: cfr. DILTHEY, *op. ult. cit.*, pp. 35 ss. e WIEACKER, *op. ult. cit.*, p. 50.

<sup>(51)</sup> Cfr. *supra*, p. 125, nt. 49.

<sup>(52)</sup> Se ne è già fatto un cenno *supra*, p. 125, nt. 50. Nella *Cynosura* del Reusner (cfr. *supra*, alla nt. 45), che riproduce la lettera del Goldstein, questa parte manca; la si trova solamente nella trascrizione del libro delle sentenze scabinali di Lipsia (ch'è di epoca successiva al 1629).

<sup>(53)</sup> Questo pensiero, presente anche nella ontologia tomistica, influi sulla riforma dell'insegnamento di Melantone, malgrado il suo aristotelismo; particolarmente nella sua *Dialectica*, che introduce il discente alla visione intima attraverso idee innate (teoriche o pratiche): cfr. DILTHEY, III, pp. 162 ss.; HARTFELDER, *Melanchthon*, cit., I, p. 189; WIEACKER, *op. ult. cit.*, p. 82.

primario della riforma degli studî a cui gli Umanisti posero mano <sup>(54)</sup>.

c) Parimenti da un interesse pedagogico trassero origine i tentativi di ordinare secondo una sua sistematica intrinseca quell'« ordinamento legale » (storico e perciò privo di sistematicità) ch'era contenuto nelle Pandette giustinianee; tentativi nei quali per la prima volta ebbe modo di palesarsi la tendenza dello spirito moderno a disporre razionalmente il mondo in un « sistema naturale » <sup>(55)</sup>. Anche l'Umanesimo giuridico tedesco si richiamava volentieri, in questo campo, ai riferimenti che lo stesso Cicerone aveva lasciato a proposito d'un suo scritto che non ci è arrivato tutto intero — *De jure civili in artem redigendo* — nel quale si esaltava il tentativo fatto dal pensiero greco di dare una coerenza teorica (*ars*) — una « scientificizzazione » (*Verwissenschaftlichung*), cioè — al modo di procedere casistico e induttivo ch'era tipico della giurisprudenza romana: uno scritto che dovette stimolare in un modo tutto particolare la fantasia degli Umanisti. Quando personaggi come Apel — che aveva formato la propria cultura a Wittemberg — o come Lagus — che proveniva dall'ambiente di Lipsia — si provarono a tracciare aeree costruzioni sistematiche; o quando teste di spicco certamente minore — come erano un Derrer un Drosäus o un Frosch — si emanciparono esplicitamente dalla tutela dei testi giustinianeî, quando tutto questo accadde, allora potè sembrare anticipata — seppur per un momento —

---

<sup>(54)</sup> Questa preoccupazione fondamentale della pedagogia umanistica dall'Agricola in poi (ELLINGER, *Melanchthon*, cit., pp. 485 s.; alcuni documenti son reperibili in WIEACKER, *op. ult. cit.*, pp. 65 s., nt. 36) è costantemente espressa anche in un'opera come il Libro delle sentenze scabinali di Lipsia (cfr. *supra*, nt. 50), un'opera destinata a dare solamente indirizzi pratici: cfr. WIEACKER, *op. ult. cit.*, pp. 99, 101.

<sup>(55)</sup> STINTZING, I, pp. 140 ss.; WIEACKER, *op. ult. cit.*, pp. 83 ss.; BRANDT, *Eigentumserwerb*, cit.; MERZBACHER, ZSS, RA, LXXV (1958), cit.; DUBISCHAR, *Über die Grundlage*, cit.; COING, *Gesch. u. Bedeut. d. Systemged. in d. Rechtswiss.*, Frankfurter Rektoratsrede, 1956; ID., *Zur Gesch. d. Privatrechtssystem*, Frankfurt, 1962. Sugli sforzi sistematici dell'Umanesimo italiano cfr. PIANO MORTARI, *Dialettica e giurisprudenza*, cit.; per la Francia cfr. partic. EYSSSEL, *Doneau, sa vie et ses ouvrages*, Dijon, 1860, pp. 198 ss. (per il Connano), pp. 249 ss. (per il Donello); STINTZING, I, pp. 378 s.; ID., *Donellus in Altdorf* (1869), pp. 40 s.; A. B. SCHWARZ, ZSS, RA, XLII, p. 583, nt. 2.



la grande struttura sistematica giusnaturalistica o addirittura il primo nucleo della moderna scienza del diritto privato. Anche quando non si arrivò a rinnegar del tutto l'ordinamento « legale » (giacchè per farlo ci si sarebbe dovuti metter contro a tutta la tradizione), si dimostrò però un nuovo interesse per le *Institutiones* giustinianee <sup>(56)</sup>, che affondano le loro radici in quelle *Institutiones* gaiane (ancora sconosciute a quel tempo), che per l'appunto sono tra le poche opere di giuristi romani nelle quali affiorava in modo altrettanto espressivo quel certo tentativo del pensiero greco del quale abbiám discorso or ora <sup>(57)</sup>. Nè bisogna dimenticare che le *Institutiones* venivano incontro in modo assai puntuale alle più elementari esigenze formative dell'età della Recezione.

Vero è che la realizzazione di questi progetti rimase assai indietro rispetto ai primi propositi. Per un verso una retorica astratta e formalistica continuava a brancicare le vecchie categorie scolastiche di *genera* e delle *species*, delle *causae* e delle *circumstantiae*, pur se ora le applicava ai *Topica* di Cicerone invece che a quelli d'Aristotele <sup>(58)</sup>; e per un altro verso ci si ostinava a dedurre a vuoto da categorie arbitrariamente poste al sommo dei valori metafisici <sup>(59)</sup>. Queste tendenze si ritrovano tutte nella restaurazione scolastica a cui Melantone mise mano con la sua riforma degli studî, e dalla quale trassero origine tante opere dell'Umanesimo giuridico tedesco.

Una trasformazione della scienza giuridica in scienza assiomatico-sistematica era di fatto impossibile, prima che il pensiero europeo fosse riuscito — attraverso l'incontro del pensiero assiomatico-sistematico con quello empirico-induttivo — a dare una fisionomia precisa a quella che noi oggi chiamiamo *scienza moderna*; e, prima ancora, finchè le ormai imminenti guerre di religione e di predominio non avessero affinato lo spirito critico e rinfocolato l'esigenza d'un più rigoroso ordine nei valori educativi attraverso nuove e più rudi esperienze di vita politica e morale <sup>(60)</sup>.

d) E, infine, il volgersi dell'Umanesimo alle antiche fonti — ripreso in Germania, fino dal tempo di Agricola, dal primo

---

<sup>(56)</sup> WIEACKER, *op. ult. cit.*, pp. 54, 58 s., 83 ss.; cfr. anche p. 98.

<sup>(57)</sup> Per tutti cfr. FUHRMANN, *Das system. Lehrbuch* (1960), partic. pp. 104 ss.

<sup>(58)</sup> Lo stile umanistico si esprime nel preferire una *recta divisio* rispetto alla *subdivisio* scolastica: cfr. MERZBACHER, ZSS, RA, LXXV (1958), pp. 369 s.

<sup>(59)</sup> WIEACKER, *op. ult. cit.*, p. 85.

<sup>(60)</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 89 ss.

Umanesimo italiano — conduceva, sì, alle edizioni dei testi alle ricerche erudite e agli studî filosofici, dove l'entusiasmo umanistico aveva modo d'esprimersi più limpidamente; ma, allo stesso tempo, distoglieva da quei còmpiti pratici che il diritto romano si trovava a dover assolvere in Germania <sup>(61)</sup>.

3. Così — al culmine dell'Umanesimo tedesco, tra il 1510 e il 1530 — parvero emergere quelle forze ch'eran destinate a qualificare lo spirito (e, perciò, anche la scienza giuridica) dell'Età moderna: la riscoperta dell'Antichità, e il desiderio d'una sistematica non soltanto estrinseca che traesse il proprio fondamento dalla riaffermata validità del diritto come fatto spirituale. Ma questa prima fioritura era destinata ad appassire anzi tempo in Germania per via del suo intimo contrasto con le esigenze della vita quotidiana: così le indagini erudite furono abbandonate dopo la morte in età ancor giovanile dell'Aloandro e dopo che gli scolari dello Zasio si furon dispersi ed ebbero occupato ognuno un posto di operatore pratico del diritto, e non si sarebbero più riprese fino al tardo Seicento e al Settecento, quando si sarebbe fatto sentire l'influsso della cultura olandese. La stragrande maggioranza dei giuristi pratici tedeschi non si dette carico delle esigenze pedagogiche o di quelle sistematiche: in parte per una nativa mancanza d'entusiasmo <sup>(62)</sup>, ma in parte anche per la fondata intuizione che l'ancor giovane scienza giuridica tedesca non si sarebbe potuta permettere — nel colmo della crisi d'assimilazione scatenata dalla Recezione — il lusso di « fughe in avanti » teoretiche, che avrebbero finito col distoglierla ancor di più dai còmpiti suoi proprî ch'eran quelli attinenti alla formazione pratica e al quotidiano esercizio della funzione giurisdizionale. Ma anche un ingegno aperto, come lo Zasio, respinse i progetti di radicali rifondazioni sistematiche e soprattutto di abbandono dell'ordinamento « legale » <sup>(63)</sup>; ed ancor più decisamente si rivolta-

---

<sup>(61)</sup> Sui lavori di erudizione storica dell'Umanesimo giuridico tedesco cfr. STINTZING, I, pp. 175-240.

<sup>(62)</sup> Sulla ragioni della stagnazione politica sociale e culturale che colpì la vita pubblica in Germania nella prima metà del Cinquecento, cfr. *infra*, pp. 371 s.

<sup>(63)</sup> STINTZING, *Zasius* (1857), p. 11; RICH. SCHMIDT, *Zasius* (1904), p. 35; cfr. ERIK WOLF, III ed., pp. 83 s.

rono, contro gli sforzi del Lagus o dell'umanista francese Lorient, i pur sperimentati e sobri giuristi pratici della tradizione sassone<sup>(64)</sup>. Nello stesso spirito — non propriamente retrivo, ma certo preoccupato nel contempo delle esigenze forensi — perfino Lipsia, raccaforte dell'antica attività universitaria, sopprese anche la riforma umanistica dell'insegnamento giuridico.

Già nel 1538 il Principe elettore di questa città aveva esplicitamente preso le parti delle antiche consuetudini, dei *textus* coi loro apparati, delle soluzioni contenute nella Glossa e nelle opere dei *Consiliatores*: in una parola del tradizionale *mos italicus*. In modo — se si vuole — stizzosamente conservatore, ma movendo da un disegno politico non privo d'una profonda saggezza, il giurista e uomo di stato sassone Melchior von Osse<sup>(65)</sup>, nel suo celebre testamento politico scritto nel 1556 consigliava « dei maestri che insegnassero come avevano insegnato gli antichi eccellenti maestri Bartolo e Baldo »: perchè, a fare altrimenti, si sarebbero educati dei giuristi inadatti ad una prassi ch'era ancora di fatto dominata dal pensiero dei *Consiliatores*.

4. Così in Germania l'Umanesimo giuridico si dovette, sì, piegare alle esigenze della Recezione pratica; ma potè anche lasciare una traccia facilmente individuabile, ai livelli culturali più alti, per il suo contributo alla scienza e alla politica del diritto: basterebbe pensare a figure come quelle dello Zasius o del Fichard. Anche in Italia esso perse progressivamente terreno, nel corso del Cinquecento: sia per il prevalere dell'aristotelismo retrivo della Controriforma, sia per i pregiudizî del grande dogmatico Alberico Gentili<sup>(66)</sup>. L'Umanesimo giuridico potè giungere alla sua fioritura piena solamente in quella parte dell'Europa occidentale che aveva accolto il messaggio della protesta calvinista. Per due secoli soltanto la Francia, e, dopo le guerre di

<sup>(64)</sup> Su quanto stiamo per dire cfr. STINTZING, I, pp. 123 ss., 247 e *passim*.

<sup>(65)</sup> 1506(?) - 1557; su questa figura cfr. STINTZING, I, p. 74 e *passim*; HECKER, *Schriften D. Melchior v. Osse* (1922), pp. 1-52; NArchSächsGesch., 43 (1923), 1/4. Il « testamento » (« una miniera di materiale utile alla storia della giustizia »: DÖHRING, p. 430), fu edito dal Thomasius nel 1717: un'opera significativa tanto per il senso pratico del Thomasius quanto per l'allontanamento del morente giusnaturalismo dall'idealismo umanistico. Un'edizione moderna è reperibile in HECKER, *Schriften*, pp. 54 ss.

<sup>(66)</sup> Cfr. *supra*, pp. 126, nt. 51.

religione, l'Olanda furono la patria d'elezione della giurisprudenza « culta » (erudita, cioè, ed umanistica) (67).

a) Nella seconda metà del Cinquecento la Francia portò al più alto grado di sviluppo le tre fondamentali correnti dell'Umanesimo giuridico, dimostrando così quale importanza potesse avere una scienza giuridica provveduta sotto il profilo filologico e sistematico e metodicamente rigorosa anche per la cultura giuridica in generale e per la qualificazione della prassi.

La Scuola dei Culti rappresenta il frutto immediato di quella cultura artistica e letteraria che derivò dagli stretti vincoli politici e culturali che legarono la Francia all'Italia nel primo Rinascimento fin dalla calata di Carlo VIII nel 1494. L'età del suo massimo rigoglio corrispose, però, con quella della guerra civile di religione che scosse fin nelle fondamenta la Francia sino all'ascesa al trono d' Enrico IV. Questo libro, destinato com'è ad illustrare più partitamente le vicende di Germania — di gran lunga più modeste, in questo periodo —, può limitarsi a dare solamente qualche cenno dei molti nomi e delle molte opere che meriterebbero d'esser segnalate. La giurisprudenza « culta » trovò nel Cuiac (Jacques Cujas, 1522-1590) (68) il suo più notevole storico ed esegeta, e nei due Gotofredo (Dioniso Gotofredo [= Denis Godefroy] (69) — 1549-1622 — l'editore del *Corpus Juris*, e Jacopo Gotofredo [= Jacques Godefroy] — 1587-1652 — (70) autore d'un commentario al *Codex Theodosianus* ancor oggi insostituibile) i suoi massimi editori e critici di testi, nel presidente del Tribunale della Savoia Antonio Faure (71) (Antonius Faber, 1557-1624) lo studioso delle interpolazioni giustiniane che, partendo dalla critica testuale, seppe arrivare alla ricerca sulla sostanza dei singoli istituti, e alle cui congetture (*Rationalia ad Pandectas*) la scienza romanistica presta ancor oggi ascolto; in Francesco Hotman (1524-1590) (72)

(67) Cfr. infra, pp. 333 ss. Dati sulla letteratura sull'Umanesimo francese in PIANO MORTATI, *Annali*, I, p. 296 nt. 12.

(68) BARRIAS-SAINT PRIX, *Histoire du droit romain suivie de l'hist. de Cujas*, Paris, 1821; SPANGENBERG, *Jac. Cujas u. seine Zeitgenosse* (1822); A. BAZENERYE, *Cujas et l'école de Bourges*, Bourges, 1876; STINTZING, I, pp. 375 ss.; P. MESNARD, *NouvRévHist* (1950), pp. 521 ss.

(69) STINTZING, I, pp. 386 ss.

(70) STINTZING, I, pp. 385 ss.

(71) CHEVAILLER, *Tijdschr.*, 20 (1952), pp. 263 ss., 456 ss.

(72) DARESTE, *Essai sur F. Hotman*, Paris, 1850; ID., *Rev.hist.*, 2 (1876), pp. 1 ss.; BARON, *Inest commentatio: Franz Hotmanns Antitribonian* (1888); EHINGER, *Beitr. z. vaterländ. Gesch.*, 14, Basel, 1896, pp. 1 ss.; BLOCCALLE, *Étude sur F. H.*, Dijon, 1902; VOGEL, *F. Hotmann*, cit.

colui che — non senza motivazioni ideologiche di politica nazionale — mosse le più radicali critiche al diritto giustiniano (basti ricordare il suo *Antitribonianus*); in Ugo Donello (1527-1591) <sup>(73)</sup> il più puro dogmatico e sistematico di tutto il secolo. Accanto a questi nomi celeberrimi possono esser ricordati quelli di alcuni giuristi significativi, come il Duareno (1509-1559), il Brissonio (vittima, nel 1581, della guerra di religione), il Pithou il Loisel e il Fabrot: personaggi che meritano una menzione, sia per il loro contributo di sistematici che per la loro instancabile opera di eruditi d'antichità giuridiche. Fin tanto che non furono sospinti — con la cacciata degli Ugonotti — verso le Università di Germania e d'Olanda, questi uomini portarono — nel corso del Cinquecento — l'Università di Bourges al vertice delle Facoltà giuridiche di tutta l'Europa. Dopo l'affermazione di Bologna e d'Orléans e dopo la Scuola dei Commentatori nel Basso Medioevo, questo fu il terzo periodo creativo, che aumentò in modo durevole e per tutta l'Europa il patrimonio comune della cultura giuridica attraverso nuove scoperte, e che nel contempo più d'ogni altro ricevette i suoi caratteri disintivi dalla cultura generale del tempo.

Come sistematici, questi giuristi hanno per primi offerto una sintesi nuova del materiale che l'esperienza del diritto comune aveva « prodotto », elaborando così la scienza del diritto privato moderno. Il significato delle loro fatiche filologiche, che spesso possono apparire quasi dei giochi del tutto avulsi dalla realtà, si fonda — non soltanto in Francia e non diversamente da quanto poi accadrà alla Scuola Storica — sul prestigio culturale che in tutta l'Europa ha circondato l'Umanesimo. Questo significato sarebbe assolutamente impensabile senza l'esemplarità che l'Età antica assunse nella visione della vita che fu propria della prima Età moderna, e senza la convergenza della sua potenzialità col metodo scientifico del Rinascimento (da cui, dopo che si furono applicati gli antichi *exempla* alla realtà naturale e sociale, sarebbe nato il Giusnaturalismo).

Che, in questo tempo, la Germania offrisse un terreno particolarmente poco propizio a elaborazioni culturali di questo genere è dimostrato dal fatto che l'esilio di alcuni dei più notevoli fra questi personaggi in Università tedesche (Donello, Dionisio Gotofredo a Strasburgo Heidelberg e Altdorf, Hotman a Tubinga) <sup>(74)</sup> restò senza esiti particolarmente consistenti.

<sup>(73)</sup> EYSEL, *Doneau*, cit.; STINZING, I, p. 377; ID., *Donellus in Altdorf*, cit.

<sup>(74)</sup> STOBBE, II, pp. 15 ss.; SCHNUR, *Die französischen Juristen*, cit. In par-

b) Diversamente accadde nei Paesi Bassi. Quando le guerre di religione in Francia colpirono duramente i giuristi « culti », tra i quali gli Ugonotti erano tanto largamente rappresentati <sup>(75)</sup>, i Paesi Bassi protestanti ne raccolsero l'eredità. Nel cuore politico del loro territorio, l'Olanda, che fu anche la patria d'origine dell'Età barocca protestante, conobbe una nuova e rigogliosa fioritura, insieme a molt'altre discipline, anche la scienza giuridica pur se al di fuori dei confini del diritto romano e di quello privato; una fioritura i cui echi europei erano destinati a rimaner vivi fino al pieno Settecento <sup>(76)</sup>, la sola che — per una serie di circostanze storiche — è sopravvissuta ininterrottamente fino ad oggi nella prassi del cosiddetto diritto romano-olandese (*Roman Dutch Law*). Nel clima creato da una brillante cultura teologica e filologica, e al riparo d'una (condizionata) libertà religiosa, fiorirono in queste terre anche il diritto internazionale, il diritto pubblico generale e la teoria generale del diritto fino a raggiungere quella forma che avrebbe inaugurato il successivo grande periodo della scienza giuridica europea: il Giusnaturalismo, cioè. Insieme alla Storia del diritto romano veniva ora coltivata in modo scientificamente corretto anche quella del diritto olandese, e, stimolata da questa, anche la storia del diritto germanico <sup>(77)</sup>.

Gli autori più significativi di questo rinnovato fervore di studi, nel campo specifico della critica e dell'erudizione storica, furono il

---

ticolare: Hotmann a Strasburgo (1559-1563), e morì a Basilea nel 1590; Donello ad Heidelberg (dal 1573 fino al 1579) e ad Altdorf (dal 1588 al 1591); Dionisio Gotofredo il Vecchio a Strasburgo (1591-1604) e ad Heidelberg (1604-1620). Diversamente da quanto era accaduto in Germania, l'esilio forzato in conseguenza delle guerre civili di personalità di gran rango — che non fu nè il primo nè l'ultimo nella storia dell'Occidente — ha aiutato la singolare fioritura della nuova vita comune dei Paesi Bassi del nord (dell'Olanda, cioè).

<sup>(75)</sup> Cfr. la nt. prec. e, più in generale, *supra*, p. 130, nt. 58; HAAG, *La France protestante*, V, Paris, 1855. In particolare sul Hotman cfr. *supra* la nt. 72, sul Donello la nt. 73; sul Dumoulin cfr. CARBONNIER, *Dumoulin à Tubingue*, Bordeaux, 1936; FILHOL, *Dumoulin à Montbéliard*, Et. Didier, Paris, 1960, pp. III s.; cfr. anche GAMILLSCHEG, *Der Einfluss Dumoulins auf d. Entw. d. Kollisionsrechts* (1955), pp. I ss.; GERT MEYER, *Charles Dumoulin* (1956).

<sup>(76)</sup> STINTZING, I, pp. 339 ss., II, pp. 254 ss. (sui tedeschi in Olanda); LANDSBERG, III, I, pp. 163 ss. (ove, alla nt. 69, son reperibili ulteriori ragguagli).

<sup>(77)</sup> Su questo cfr. *infra*, pp. 314, 316 s.

Vinnius († 1647) lo Huber († 1694) il Voet († 1714) il Noodt († 1725), Antonio Schulting († 1734) e il Westenberg († 1737); a questa schiera, già per la sua opera *Inleyding tot de hollandsche Rechts-Geleerdheid*, può esser ricondotto anche il sommo Grozio <sup>(78)</sup>.

Alla cultura giuridica de' Paesi Bassi la Germania deve ancor più che agli Umanisti francesi. Se nel Cinquecento s'aveva ancora uno scambio abbastanza vivo di maestri del diritto romano tra l'una nazione e l'altra (Wesembeek e Gifanio insegnarono in Germania, Matthäus e Wissembach anche in Olanda) <sup>(79)</sup>, dal Seicento in poi furon solamente i Paesi Bassi a dare i loro giuristi alle Università tedesche. Il giusnaturalismo di Grozio trovò forse proprio in Germania i suoi seguaci più entusiasti: ancora nel Settecento si andava a Leida o ad Utrecht, quando — in occasione del sorgere delle nuove Università protestanti (quella di Halle del 1690, o quella di Gottinga del 1737) — ci si guardava attorno per fare un censimento completo degl'ingegni di maggior spicco. Anche il risorgere in Germania, a partire dall'ultimo terzo del XVIII secolo, d'una scienza romanistica storicamente e filologicamente provveduta si dovette all'impulso degli ultimi giuristi «culti» olandesi <sup>(80)</sup>. Ora, poichè questo rifiorire della scienza romanistica fu premessa essenziale al nascere della Pandettistica tedesca dell'Ottocento, non è retorico affermare che l'Olanda ha trasmesso alla Germania quella fiaccola della grande scienza giuridica che, accesa dapprima in Italia, era poi passata in Francia e di qui, appunto, in Olanda.

---

<sup>(78)</sup> Sui personaggi citati nel testo cfr. in generale FOCKEMA, *Geschiedenis van den Nederlandsche Rechtsgeschiedenis* (1950); e in particolare: STINTZING-LADSBURG, III, I, p. 127 (sul Vinnius), III, I, p. 165, Noten, pp. 109 s. (sul Westenberg); WESSELS, *History of the Roman-Dutch Law* (1908), pp. 31-401; VAN HEYNSBERGEN, *Geschiedenis d. Rechtswetenschap in Nederland* (1946); VAN DEN BRANDHOF, *Hoofdlijnen van modern schiedenis van het Romeinse recht*, IV ed. (1961), pp. 323 ss.; su Viglius van Aytta o van Zuichem (1507-1571) cfr. STINTZING, I, pp. 220 ss.; R. SMEND, *Reichskammergericht* (1911), pp. 167 ss.; HERMESDORFF, *Wigle van Aytta van Zwickem* (1949).

<sup>(79)</sup> Cfr. KASER, ZSS, RA, LXXXI (1964), pp. 6 ss.

<sup>(80)</sup> Cfr. *infra*, p. 333.

## LA LETTERATURA GIURIDICA NELL'ETÀ DELLA RECEZIONE PRATICA

I. L'invenzione della stampa e la Recezione pratica. — II. Scritti elementari e divulgativi. — III. La letteratura scientifica.

I. 1. Le più recenti indagini hanno messo in luce in modo che prima non sarebbe stato lecito nemmeno supporre la grande diffusione d'una letteratura romanistica in Germania fin dalla « Protorecezione » (sia canonistica che laica) del Tardo Medioevo.

Le biblioteche tedesche basso-medievali possedevano ricchi fondi di manoscritti d'opere sia canonistiche che civilistiche provenienti dall'Italia e dalla Francia <sup>(1)</sup>; accanto a queste vennero presto a collocarsi opere composte nella stessa Germania: glosse erudite al *Corpus* giustiniano o alle fonti del diritto patrio, scritti di propedeutica alla scienza giuridica, vocabolarî e formularî d'un taglio certamente un po' provinciale, e, da ultimo, anche opere di impianto autonomo fondate sui testi giustiniani <sup>(2)</sup>. La letteratura romanistica tedesca dell'età della Recezione pratica continuò nell'itinerario segnato da questa tradizione senza mutamenti apprezzabili. Tuttavia essa si distingue dalla letteratura tardo-medievale per via della sua mole in rapida crescita e per l'emergere d'una letteratura popolare in lingua tedesca mirante a soddisfare le aumentate esigenze che la Recezione pratica, sviluppandosi così rapidamente, faceva sorgere sia nel campo della giurisdizione laica che in quello del diritto commerciale. A queste così larghe istanze andò anzitutto incontro l'invenzione della stampa: come la « Protorecezione » fu influenzata dalla letteratura mano-

---

<sup>(1)</sup> COING, IRMAE, §§ 4, 50-59; cfr. anche *supra*, p. 172.

<sup>(2)</sup> COING, *op. ult. cit.*, §§ 60-69, 70-75, 76-78, e *supra*, pp. 172 ss.



scritta (e solo attraverso la testimonianza dei manoscritti noi possiamo oggi ricostruirne la storia), così l'affermarsi della Recezione pratica ci appare accompagnato e dominato dall'invenzione della stampa <sup>(3)</sup>.

Se è vero che, a partire dalla fine del Quattrocento, la stampa prepara la rivoluzione religiosa politica e culturale dell'Occidente, è anche innegabile che il definitivo trionfo della Recezione pratica è profondamente connesso alla diffusione del libro stampato. Solo nella stampa la parola scritta trovò il veicolo per farsi in qualche modo « popolare », per diventare importante nella formazione della mentalità di quelle masse di cittadini di artigiani e perfino di contadini, che allora guardavano allo scritto con un occhio assai più fideistico di quanto non accada oggi. Mentre la lezione dettata dalla viva voce del maestro o il manoscritto — l'una e l'altro quasi esclusivamente affidati al tramite della lingua sacra e dotta dell'intero Occidente — avevano potuto raggiungere solamente il ceto dei dotti e le *élites* ed avevano lungamente continuato ad esercitare la loro influenza entro questi àmbiti rigorosamente delimitati, la nuova letteratura — affidata, com'era, alla lingua parlata e riprodotta con tanta larghezza dalla tecnica tipografica — poté far arrivare fino ai più larghi strati medî della popolazione una conoscenza (più o meno rigorosa) del diritto romano. Nella storia delle prime stampe dei testi giuridici è racchiusa una buona parte della storia stessa della Recezione: a ricostruire la quale offrono molti più sussidî le notizie sugl'incunabuli, sul numero delle edizioni, sui luoghi di stampa e sugli àmbiti di diffusione delle opere giuridiche stampate, di quanti non possano offrirne gli itinerarî — tanto spesso oscuri e difficili a ricostruirsi — percorsi dai manoscritti basso-medievali.

2. Le prime edizioni a stampa riproducevano ancora opere dotte composte in epoche precedenti, nelle quali era testimoniato il primo incontro del diritto germanico con la scienza giuridica europea: accanto allo Specchio Sassone si pubblicarono le sue glosse e le sue rielaborazioni trecentesche e quattrocentesche, opere — cioè — per le quali poteva apparire remunerativo l'im-

---

<sup>(3)</sup> Vi accenna ora anche il TRUSEN, pp. 130 s.

piego d'una tecnica costosa come quella della stampa per la diffusione che era lecito sperarne (4).

Già nella prima fase della Recezione vennero dati alle stampe libri costruiti secondo l'antico modulo di elaborazione: tali furono il « Libro del diritto » (*Rechtsbuch*) di Johannes Purgoldt cancelliere municipale di Eisenach (dal 1503), e, ancora nel 1572, una rielaborazione dello Specchio Sassone ad opera di Melchior Kling. Alla tradizione letteraria medievale delle *Differentiae inter jus civile et canonicum* si possono ricollegare quegli « opuscoli delle differenze » (*Differentienbüchlein*) che paragonavano tra loro *jus commune* e diritto patrio, dando così una testimonianza della crescente coscienza del reciproco contrasto di due « masse » giuridiche tra loro eterogenee (che è quanto dire la testimonianza del procedere della Recezione stessa). Questa coscienza era più acuta là dove più forte era la sopravvivenza della tradizione autoctona; com'era nel caso dello Specchio Sassone: ecco perchè un'opera come la *Differentiae juris civilis et Saxonici* di Ludwig Fach e B. Reinhard (composta fra il 1549 e il 1552) ebbe diffusione anche molto tempo dopo la sua pubblicazione nella Germania centrale.

II. Le opere a stampa dedicate esplicitamente al diritto romano e scritte in lingua tedesca possono ben esser definite — secondo l'autorevole giudizio dello Stintzing — « letteratura popolare » nel senso ch'esse si rivolgevano agli « incolti », a quelli

---

(4) STINTZING, *Gesch. d. pop. Literatur d. röm.-kanon. R. i. Dtschl.* (1867; 1959), pp. 7-148 (fondamentale; ma largamente sopravanzato, se si tien conto del livello attuale delle ricerche: cfr. TRUSEN, pp. 133 ss.); COING, IRMAE, §§ 60, 62, 65. Sono caratteristiche le concordanze esplicite, come nel *Repertorium aureum* (del 1495: COING, IRMAE, § 61), o i riferimenti nel titolo all'*utrumque jus: Utriusque juris rubricae* (del 1495, cfr. COING, IRMAE, § 61), *Tabulae utriusque juris* di Giovanni di Erfurt (intorno al 1300: cfr. COING, IRMAE, § 62), *Vocabularius utriusque juris* di Jodocus (del 1452: cfr. *supra*, pp. 173 s.), *Expositiones sive declarationes titulorum utriusque juris* (del 1491: cfr. COING, IRMAE, § 67); similmente le *Expositiones sive declarationes omnium titulorum juris tam civilis quam canonici* di Sebastiano Brant (intorno al 1500: cfr. COING, IRMAE, § 67). Sui presupposti — molto risalenti nel tempo — della letteratura delle *differentiae* cfr. *supra*, pp. 49 s.; sulla necessità, per la scienza canonistica di queste esposizioni comparative cfr. *supra*, pp. 105 s., 172 s.

— cioè — che non conoscevano il latino (il che non vuol dire proprio al popolino; ma, piuttosto, a coloro che, pur non provvisti d'una cultura di livello superiore, erano stati fino ad allora gli operatori pratici e gli amministratori della giustizia nell'ambito del diritto patrio) <sup>(6)</sup>. A confronto dei libelli e degli opuscoli impregnati delle polemiche religiose politiche e sociali del tempo, questa poteva ben chiamarsi propriamente letteratura. La sua diffusione rispecchia fedelmente la disponibilità alla Recezione dei giudici degli avvocati e — insomma — di tutti coloro che, come gli uomini d'affari, avevan bisogno d'un minimo di cognizioni giuridiche per esercitare una professione: perchè si può esser certi che, anche in questo caso, le tipografie non si sarebbero date tanto da fare se non avessero avuto una ragionevole speranza di guadagno.

I. I formularî, la cui tradizione risale agli albori del Medioevo <sup>(6)</sup>, con l'invenzione della stampa si diffusero largamente, redatti anche in tedesco <sup>(7)</sup>. Paragonabili in qualche modo ai manuali di epistolografia ai ricettarî agl'erbarî o ai libri dei sogni, questi formularî eran destinati solamente a soddisfare le esigenze della vita quotidiana. Dopo aver dato alcuni sommarî ragguagli sullo stile documentale e sull'uso delle carte, questi formularî forniscono alcuni modelli di atti negoziali e processuali; insieme agli schemi degli atti processuali, poi, vengono richiamate anche alcune nozioni fondamentali in materia di prassi giudiziaria. L'infusso del Notariato italiano è particolarmente riscontrabile nei formularî composti nella Germania meridionale, dove quest'infusso si fece sentire prima che altrove <sup>(8)</sup>; più difficile, invece, è ritrovare in queste opere qualche traccia delle singole situazioni

---

<sup>(6)</sup> Riserve assai pertinenti — non soltanto per la letteratura in lingua latina — sono reperibili in TRUSEN, pp. 128 ss. con riferimento ai presupposti (infondati) di cui ragionava lo STINTZING a proposito d'un processo di recezione « dal basso in alto » cfr. *supra*, p. 213, nt. 87.

<sup>(6)</sup> Cfr. *supra*, p. 45.

<sup>(7)</sup> STINTZING, *Gesch. d. pop. Lit.*, cit., pp. 295 ss.; COING, IRMAE, § 78: *Summa de libellis formandis* (del 1410, stampata nel 1510); *Tractatus notariatus* (composto intorno al 1400 e stampato intorno al 1476).

<sup>(8)</sup> Sulla diffusione immediata della letteratura notarile italiana nei manoscritti tedeschi e nelle stampe del Quattrocento, cfr. COING, IRMAE, § 58. Anche

locali, non foss'altro perchè eran destinate ad avere una diffusione particolarmente larga.

Più che testimone cosciente, il formulario è perciò semplicemente il veicolo della romanizzazione strisciante nei rapporti della vita quotidiana, perchè esso si limita a copiare degli schemi assai spesso senza comprenderli appieno, bastandogli solamente di far bella figura a sciorinare le formule dei dotti. Il primo di questi formularî fu stampato nel 1483, ma se ne ristamparono di continuo fino al 1576: la loro diffusione si mantenne costante, e cominciò a calare solamente con il prevalere della burocrazia e del notariato colto.

2. Dal formulario si passò poi allo « Specchio delle azioni » (*Klagspiegel*) che mostra qualche pretesa in più, e si rivolge, non tanto al privato o all'uomo d'affari, quanto piuttosto al giudice e all'avvocato ancora sprovvisti d'una cultura giuridica raffinata, per fornire quelle cognizioni intorno al « diritto imperiale » che ora apparivano indispensabili nell'ambiente dove costoro dovevano esercitare il loro ufficio. Tutto ciò risulta esplicitamente dall'opera assai ben informata di Ulrich Tengler dal significativo titolo *Specchio dei laici* (*Layenspiegel*), che fu composta nel 1495 e fu stampata la prima volta nel 1509 con una prefazione dell'umanista alsaziano Sebastiano Brant <sup>(9)</sup>.

L'autore, cancelliere municipale a Nördlingen, vuol essere utile « ai laici: e cioè ai giudici non ecclesiastici, ai funzionari, ai proprietari, a chi pronuncia le sentenze e a chi dà consigli, agli attori e ai convenuti », e cioè — escluse le due ultime categorie — a tutti coloro che eran chiamati a svolgere una funzione tecnica nel processo, *massime* se per ragione d'un loro ufficio. Le tre parti nelle quali l'opera è divisa (1. Dei giudici, degli altri funzionari e dell'ambiente dove esercitano le loro funzioni: questa parte comprende anche una trattazione sull'ordinamento giudiziario; 2. Il processo civile, con le formule di citazione e di giuramento che testimoniano una tradizione molto risalente nel tempo; 3. Il processo penale, esposto in modo non dissimile dalla *Bambergensis* o dalla *Carolina*, con una esposizione di diritto penale

---

quelle che or ora, alla nota precedente, abbiamo definito opere tedesche altro non sono in realtà che rielaborazione di scritti di provenienza italiana.

<sup>(9)</sup> Cfr. STINTZING, *Gesch. d. pop. Lit.*, cit., pp. 411-447; COING, IRMAE, § 78.

sostanziale) queste tre parti, dicevamo, si concludono, in modo particolarmente impressionante e destinato a far presa sulla coscienza dei giudici, con un capitolo dedicato al Giudizio Universale: si tratta d'un motivo, i cui simboli erano ricorsi fin dal pieno Medioevo negli ornamenti degl'ingressi dei tribunali <sup>(10)</sup> nelle iscrizioni e negli affreschi delle aule consiliari o giudiziarie <sup>(11)</sup>. Questa commistione di cose temporali e di realtà eterne rimanda a più antiche rappresentazioni didattico-allegoriche — come la celebre *Lis Christi cum Belial* <sup>(12)</sup> — nelle quali, seguendo un procedimento ormai del tutto estraneo al nostro modo di sentire di uomini moderni, si illustravano le norme processuali positive esponendo esemplarmente una controversia tra Cristo e Satana avente ad oggetto l'anima d'un uomo. Era, questa, una letteratura arrivata assai per tempo in Germania dall'Italia.

Risale a prima dell'invenzione della stampa lo *Sp e c c h i o d e l l e a z i o n i* (*Klagspiegel*), opera del cancelliere municipale di Schwäbisch-Hall (1415), che fu anche questo riedito a stampa da Sebastiano Brant nel 1516: raccolta disordinata qual è di formule processuali e di brani del Digesto, quest'opera è un documento particolarmente espressivo degl'inizi della Recezione.

3. A più vasti risultati pedagogici miravano certe sommarie esposizioni di diritto romano composte in tedesco, come per esempio le *Institutionen* del *P e r n e d e r*, che, edite la prima volta nel 1544 <sup>(13)</sup>, ebbero larghissima diffusione. Fecero ancor meglio i conti con la buona disposizione d'una più larga massa di lettori

---

<sup>(10)</sup> ERLER, *Das Strassburger Münster im Rechtsleben d. MA* (1954), e KISCH, *Tijdschr.*, 24, pp. 106 ss.

<sup>(11)</sup> FEHR, *Das Recht im Bilde* (1923), pp. 30 ss.; DÖHRING, pp. 87 ss., cfr. anche p. 215, ulteriori ragguagli a p. 90, nt. 172. Sulle raffigurazioni giudiziarie nelle medaglie rinascimentali di Basilea, cfr. KISCH, *ZSchwR*, 72 (1953), pp. 341 ss.

<sup>(12)</sup> Su questa materia cfr. HAGEMANN, *Der Processus Belial*, in: *Festg. Gerwig*, Basel, 1960, pp. 1 ss.; JACQUIN, *Le « procès de Satan »*, *Studi Bartolo*, II, pp. 269 ss. All'inverso, il grande poema in prosa « Ackermann » di Johannes von Saaz (composto intorno al 1400), nato sotto l'influsso della cultura italiana nell'ambiente umanistico tedesco-boemo, riveste l'epicedio e la vittoria sulla morte delle forme del processo antico-tedesco contro l'uccisore e contro la morte devastatrice.

<sup>(13)</sup> STINTZING, I, pp. 154 s.; sui commentari latini alle *Institutiones* composti nel Quattrocento cfr. COING, *IRMAE*, § 76; ulteriori traduzioni tedesche delle *Institutiones* furon quelle d'un anonimo quattrocentesco, del Fuchsberger (1535) e del Gobler (1551): cfr. COING, *IRMAE*, § 50.

che non sapevano il latino (e che per questo si trovavano svantaggiati rispetto a chi aveva frequentato una scuola) la traduzione di Thomas Murner alle *Institutiones* di Giustiniano e quella dello Pflanzmann ai *Libri feudorum* (1493) <sup>(14)</sup>.

Invece il progetto di Sebastiano Brant per una traduzione dell'intero *Corpus Juris Civilis* (che avrebbe dovuto rappresentare il corrispondente profano della traduzione della Bibbia in tedesco che si faceva proprio in quegli anni) non arrivò in porto. In realtà questo progetto un po' fantasioso del Brant — che fu un umanista assai valente sul piano pedagogico, ma poco più che dilettante come giurista — non teneva conto del fatto che un *Corpus Juris* in tedesco non sarebbe mai diventato — come invece successe alla Bibbia — un libro popolare, mentre per gli specialisti non avrebbe avuto nessun interesse autentico.

III. 1. La letteratura romanistica in lingua tedesca nel suo insieme non era rivolta ai giuristi di professione, i quali ben potevano servirsi sia del *Corpus Juris* nel suo testo originale sia — soprattutto — delle grandi opere della scienza giuridica italiana, della Glossa — cioè —, degli scritti dei *Consiliatores* o delle monografie dei Commentatori. Col Cinquecento compaiono i primi contributi di giuristi tedeschi a questa letteratura internazionale, come l'edizione dello Haloander o taluni scritti storico-giuridici dello Zasio. Questi lavori, però, non riguardavano i rapporti pratici della vita quotidiana in Germania, e non possono quindi ritenersi letteratura della Recezione nè essere assunti a testimoni di quel processo storico, ma devono esser considerati solamente parte integrante della letteratura europea, pur se furono opera di autori tedeschi. Al contrario della generale autorità di cui godevano la letteratura italiana e quella francese, fino alla metà del Cinquecento le opere pratiche dei giuristi tedeschi seguitarono ad avere solamente un'eco assai limitata.

2. Soltanto quando, dopo decennî di attività di consulenza, si fu venuto accumulando un contributo significativo di giuristi tedeschi allo sviluppo della prassi giuridica in Germania, poté finalmente emergere una specifica letteratura giuridica che fosse

---

(14) COING, IRMAE, § 50.

il « prodotto » della cultura giuridica tedesca e che potesse incidere specificamente sull'esperienza giuridica di Germania: questo accadde quando si cominciarono a pubblicare le raccolte dei *Consilia* <sup>(15)</sup>. Questa letteratura fu inaugurata dai *Responsa sive consilia* dello Zasio (pubblicati negli anni tra il 1538 e il 1539) <sup>(16)</sup>, a cui tennero dietro — tra il '41 e il '45 — i *Consilia* di Henning G ö d e n <sup>(17)</sup>: e subito fu un fiorire di riedizioni e di ristampe. Basta scorrere le pagine dello Stintzing <sup>(18)</sup> per accorgersi che solamente nel decennio tra il 1571 e il 1580 si ebbero diciannove edizioni, e nel secolo (scarso) trascorso tra il 1538 e il 1630 si stamparono dugento volumi, per lo più costosi *in folio*: circostanze che rappresentano la prova incontrovertibile del contributo non soltanto « quantitativo » dato dalla scienza giuridica tedesca subito dopo la Recezione e al tempo stesso dell'interesse che la prassi tedesca ora suscitava.

Questa letteratura consiliaristica comprendeva, accanto ai *Consilia* di singoli giuristi, anche le decisioni delle Facoltà dotate del potere giurisdizionale (le cosiddette *Spruchfakultäten*), nonché le decisioni di talune sedi scabinali particolarmente qualificate dal punto di vista culturale e dei Tribunali di corte. Un'importanza sempre maggiore vennero acquistando, per via della sua competenza che si estendeva a quasi tutto il territorio dell'Impero, le decisioni del *Reichskammergericht* — che costituirono la cosiddetta « cameralistica » —; decisioni che, diversamente da quel che succede per le sentenze delle corti supreme negli Stati contemporanei, venivano pubblicate a cura dei loro stessi estensori. Tra i « cameralisti » si guadagnarono gran fama il Mynsinger von Frundeck (1514-1588) e Andreas Gail (1526-1587) <sup>(19)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> Sui *Consilia* di autori tedeschi del XIV e del XV secolo stampati solo in epoca più recente, e su quelli di Martinus Prenninger († dopo il 1500) stampati la prima volta tra il 1597 e il 1607, cfr. le penetranti osservazioni del COING, IRMAE, § 79.

<sup>(16)</sup> Cfr. *supra*, p. 227.

<sup>(17)</sup> COING, IRMAE, § 79.

<sup>(18)</sup> I, p. 527.

<sup>(19)</sup> MYNSINGER, *Singularium observationum iudicii imperialis camerae centuriae quatuor* (1564 e 1584 aumentato d'altre due *centuriae*); GAIL, *Practicarum observationum tam ad processum iudicarium praesertim imperialis camerae, quam*

Come tutta la letteratura europea di questa età anche quella tedesca appare dominata dal modo di pensare tradizionale-forense e non già da quello più rigorosamente concettuale-sistematico. A questo orientamento di pensiero corrisponde il fatto che, fino all'*Usus modernus*, la produzione scientifica europea restò ferma ai tradizionali generi letterari. Per raggiungere risultati davvero nuovi ed eccezionali — come sarebbero stati un manuale sistematico o una monografia scientifica in tutto coerente anche sotto il profilo sistematico — la scienza giuridica europea (e con essa anche la giurisprudenza tedesca dell'età della Recezione) non aveva ancora predisposto i necessari strumenti metodologici.

3. Nel complesso è dato di cogliere nitidamente, nelle opere a stampa pubblicate nell'età della Recezione, lo svolgersi dei diversi processi storico-giuridici.

Si possono distinguere tra loro due strati: da una parte una letteratura — necessariamente o volutamente — popolare, rivolta però non tanto al cosiddetto « uomo della strada » quanto piuttosto al ceto dei giuristi tipico della tradizione germanica, la cui presenza dimostra la vittoria della parola stampata nei confronti della coscienza giuridica (per sua natura non ancora letteraria) di coloro che fino ad allora erano stati chiamati all'esercizio di funzioni di particolare rilevanza giuridica. Una sorta d'ingenua disponibilità all'accettazione — quasi si trattasse di formule esorcistiche — ed un livello intellettuale e stilistico assai ineguale caratterizzano questa agitata epoca di transizione, nella quale ebbero la ventura d'incontrarsi la diffusione d'una cultura popolare e laica e la scoperta di nuovi universi spirituali da parte della *élite* della cultura.

Per un altro verso la letteratura propriamente scientifica — quella in latino, cioè — dimostrava la naturale lentezza del

---

*causarum decisiones pertinentium libri duo* (1572). Su Mynsinger (allievo friburghese dello Zasio, fu tra il 1548 e il 1556 al *Reichskammergericht*, fino al 1579 Cancelliere di Brunswick, co-fondatore dell'Università di Helmstedt) cfr. SCHREIBER, *J. Mynsinger*, Freiburg, 1834; STINTZING, I, pp. 485 ss.; DÖHRING, pp. 427 s.; sul Gail (tra il 1558 e il 1568 membro del *Reichskammergericht*, dal 1569 al Consiglio di Corte a Vienna, nel 1583 *Visitor* presso il *Reichskammergericht*, e più tardi cancelliere del Principe elettore di Colonia) cfr. STINTZING, pp. 495 s.; HUGO BURCKHARD, *A. Gail*, Würzburg, 1887; DÖHRING, p. 395.



processo di consolidamento d'una scienza giuridica che fosse realmente attenta alle esigenze e alle linee di sviluppo dell'esperienza giuridica tedesca e non si contentasse più di adeguarsi ai modelli italiani. Seguendo le storie, diverse e concorrenti, di questi due strati è dato anche di constatare come la presenza del diritto romano venisse facendosi di giorno in giorno più penetrante. E mentre la letteratura che abbiám chiamato popolare era più una con-causa che un effetto della Recezione, la letteratura che scaturiva dai più alti livelli dell'esperienza giuridica ne rappresentava invece già un risultato.

## L'AFFERMAZIONE D'UNA GIURISDIZIONE « DOTTA »

I. Il *Reichskammergericht*. — II. I Tribunali di Corte nei Principati. — III. Sedi scabinali « dotte » e Facoltà giurisdicenti (*Spruchfakultäten*). — IV. Il processo del diritto comune e il suo influsso sul concetto generale di diritto.

I. 1. Plasmando la figura nuova del giurista colto — che, affermandosi, entrò alla fine da protagonista anche nei tribunali ed elaborò un nuovo (e teoricamente più coerente) sistema processuale — il diritto romano riuscì ad affermare il suo predominio, perchè rispose in modo puntuale a quell'istanza di autorizzazione da cui lo Stato era pervaso agl'inizi dell'Età moderna. Ci è già capitato d'osservare che l'insediamento del giurista negli antichi tribunali altro non fu che l'ultima fase del suo inserimento nell'esercizio delle funzioni pubbliche <sup>(1)</sup>; perchè gl'interessi delle antiche classi feudali lo tennero spesso lontano dalle funzioni giurisdizionali, quando ormai da gran tempo egli aveva il monopolio nel campo della diplomazia e dell'amministrazione degli Stati principeschi.

La venuta in auge del diritto comune <sup>(2)</sup> nei tribunali tradizionali è cosa che non si spiega da sè sola. Perchè secondo un'acuta osservazione del Coing, la partecipazione dei giuristi colti a quei tribunali

---

<sup>(1)</sup> Cfr. *supra*, p. 174 s., nt. 85.

<sup>(2)</sup> Il testo tedesco parla qui di « diritto dotto » (*das gelehrte Recht*) e non precisamente di « diritto comune » (*das gemeine Recht*): ma la prima espressione è del tutto desueta nella storiografia giuridica italiana, e perciò abbiamo — qui come altrove — preferito la seconda, che ci è parsa sostanzialmente sinonima (specie quando, come in questo caso, si parla d'un'applicazione « pratica » del « diritto dotto », smentendo così la vieta identificazione del diritto comune con un semplice fatto di scuola) (*N.d.t.*).

poteva, sì, render possibile l'applicazione del diritto romano, ma non certo offrire, a quest'applicazione, un fondamento adeguato. Solo la legittimazione del diritto privato romano come diritto imperiale, nel corso del XV secolo, autorizzò — agli occhi dell'opinione pubblica — i giuristi ad applicare anche il *jus commune*.

Anche nei tribunali il giurista colto arrivò seguendo la sua vocazione di funzionario del principe; ed anche questa — come la maggior parte delle manifestazioni della Recezione — si palesò seguendo un itinerario che dall'alto volgeva verso il basso <sup>(3)</sup>: furono i Tribunali supremi (*Zentralgerichte*) ad imporre il loro criterio d'applicazione del diritto e le loro forme processuali a quelli di seconda istanza (*Obergerichte*), e questi a quelli di primo grado (*Niedergerichte*), quand'anche ai livelli inferiori i seggi di giudice eran destinati a restare occupati ancora per lungo tempo da persone prive d'una certa cultura giuridica <sup>(4)</sup>.

2. Tutto ciò non sarebbe stato possibile senza quel profondo mutamento del tradizionale ordinamento giudiziario che prese le mosse con una riforma dei tribunali imperiali dalla quale i più avveduti tra i principi trassero ispirazione e coraggio per rinnovare la struttura dei loro tribunali territoriali. Questo processo di revisione ebbe il suo punto di maggior forza, a cavallo tra il Quattro e il Cinquecento, nel rinnovamento della più alta istanza giurisdizionale di tutto l'Impero, il Tribunale della Camera imperiale (*Reichskammergericht*) <sup>(5)</sup>. Il suo ordinamento del 1495, riformato poi nel 1521 e nel 1548, prevedeva che la metà degli *assessores* dovessero essere provvisti di cultura romanistica ed in grado di riferire le questioni giuridiche in modo tecnicamente corretto (cosa, questa, che consacrava la superiorità del giurista colto). L'altra metà — proveniente dalla

<sup>(3)</sup> Cfr. *supra*, p. 213 nt. 87, e p. 250 nt. 5.

<sup>(4)</sup> Un migliore e più informato quadro dello sviluppo dell'ordinamento giudiziario è quello offerto dal DÖHRING, pp. 1-34.

<sup>(5)</sup> R. SMEND, *Das Reichskammergericht*, I (1911); SPANGENBERG, ZSS, GA, XLVI (1926), pp. 231 ss.; KOSER (Ed.), *Repertorium d. Akten d. RKG. Untrennbarer Bestand*, I/II (1933-1936); DÖHRING, pp. 19 ss. Sul *Reichshofrat*, cfr. O. v. GSCHLIESSER, *Der DHR*, Wien, 1940; BADER, ZSS, GA, LXIII (1943), pp. 363 ss.; DÖHRING, pp. 22 s.

classe dei cavalieri — doveva anch'essa, ai limiti del possibile, esser provvista di cultura giuridica; e, quando questo non si fosse potuto avere, essa doveva per lo meno essere esperta delle tecniche giudiziarie <sup>(6)</sup>. Questa parificazione formale del ceto nobiliare a quello intellettuale <sup>(7)</sup> era il segno tangibile della parità sostanziale ormai raggiunta nella realtà sociale tra l'antica classe egemone per diritto di sangue e quella che veniva emergendo in virtù delle sue capacità professionali: una parità che nei tribunali territoriali si mantenne spesso fino al secolo scorso nella distinzione fra « banco nobile » e « banco dotto » <sup>(8)</sup>. Ma questa non era già più una parità fra i rappresentanti del diritto patrio e quelli del diritto romano, dal momento che anche ai cavalieri era richiesta — per quanto possibile — una cultura giuridica. In pratica l'applicazione usuale del processo proprio del *jus commune* (per lo più in forza di particolari norme valedoli per i singoli tribunali) non consentiva più che continuassero ad operare dei giudici incolti.

3. Il *Reichskammergericht* diventò così, in certo modo, il battistrada della Recezione pratica. Riorganizzato in un'epoca nella quale non gli sarebbe stato più possibile esercitare la sua funzione di custode dell'unità giuridica dell'Impero raccogliendo e rielaborando organicamente il diritto germanico, il *Reichskammergericht* riuscì realmente ad imporre l'autorità del diritto « imperiale » in

---

<sup>(6)</sup> Alcune frasi dell'originale sono citazione letterale d'un testo dell'epoca (scritto, cioè, in *frühneuhochdeutsch*), che danno a questo brano un sapore che — naturalmente — nella traduzione va perso (*N.d.t.*).

<sup>(7)</sup> Più precisamente: tra gli *honoratiore*s secondo l'antico criterio di classe, che non avevano ancora raggiunto un certo livello culturale, e il ceto dei giudici colti che cominciava ad esser formato in prevalenza da *honoratiore*s colti e da giuristi i quali, in virtù della loro competenza di specialisti, venivano emergendo dagli altri strati sociali.

<sup>(8)</sup> Per il Tribunale superiore d'appello (*Oberappellationsgericht*) di Celle — fondato nel 1711 per i Ducati di Brunswick-Lüneburg e di Hannover-Calenberg, e ben presto da qui esteso agli altri territori di quel Principato elettorale — cfr. WIEACKER, *250 Jahre Celler Obergericht* (Göttinger Universitätsreden, 1961), pp. 8, 14 e *passim*; ulteriori ragguagli alle pp. 27 s. Sulla presentazione dei giudici secondo le rispettive classi di appartenenza e sulla retribuzione dei consiglieri da parte degli Stati — tipiche entrambe dello « Stato di stati » tedesco — cfr. *ivi*, p. 11.

quanto diritto « scritto » soprattutto nei confronti dei più piccoli Stati che non erano in grado di sottrarsi al giudizio di appello di fronte alla suprema autorità imperiale <sup>(9)</sup>. E questo riuscì a fare malgrado quel pregiudizio testimoniato (ma non certo incoraggiato) da *Dichtung und Wahrheit* (Poesia e realtà) di Goethe <sup>(10)</sup>.

Per la verità questo tribunale riuscì ad imporre un'applicazione diretta del diritto comune nel proprio ambito di competenza in modo soltanto indiretto. Gli stati erano infatti riusciti ad ottenere che il Tribunale — in modo non dissimile a quanto sarebbe accaduto col Tribunale imperiale (*Reichsgericht*) prima dell'entrata in vigore del Codice civile tedesco — dovesse applicare i diritti locali quando questi gli fossero stati allegati dalle parti (cosa, questa, che d'altronde era conforme alla dottrina degli Statuti). Ma tutto ciò presupponeva l'esistenza d'una redazione scritta delle singole legislazioni territoriali; e proprio queste redazioni, a cui via via pose mano la solerzia di tanti principi e di tante diete, furono la causa della romanizzazione dei diritti locali. Si spiega così anche la diffusione e l'incidenza pratica di quella letteratura « cameralistica » di cui abbbiam fatto cenno qualche pagina addietro <sup>(11)</sup>.

Quale sia stato il contributo offerto alla Recezione dall'opera del *Reichskammergericht* lo si comprende se si tien presente l'esempio, più volte ricordato, dello Schleswig <sup>(12)</sup> (una regione che non appartenne mai al *Reich*), o — anche — se si pensa alle regioni più interne della Svizzera che di fatto si sottrassero assai per tempo alla competenza di quel tribunale.

II. I. Questi effetti — seppur in misura proporzionalmente assai più limitata — non cessaron di verificarsi neanche là dov'era

<sup>(9)</sup> Cfr. DÖHRING, pp. 21 s.; per il *Reichshofrat*, cfr. pp. 23 s. Esempi istruttivi si possono reperire in R. STAMMLER, *Deutsches Rechtsleben in alter u. neuer Zeit*, I: *Im Alten Reich* (1928).

<sup>(10)</sup> Vivace e significativo: *Poesia e verità*, cit., III, 12. Certo, corruzione e mene intestine seguitarono a non esser risparmiate al Tribunale. Sulle crisi della seconda metà del Seicento, oltre alla letteratura specialistica (STINTZING, II, 1), è da vedere anche la piacevole descrizione di RICARDA HUCH, *Im alten Reich*, II, *Die Mitte d. Reiches* (1933); Wetzlar (ora: *Im alten Reich, Lebensbilder dtsh. Städte*, 1960, pp. 256 s.).

<sup>(11)</sup> Cfr. *supra*, p. 254, nt. 19.

venuta meno la competenza del Tribunale imperiale; in quegli Stati territoriali maggiori, cioè, che erano esenti dalla sua giurisdizione in virtù di più o meno antichi *privilegia de non appellando*. E ciò accadde proprio perchè questi privilegi consentirono — o addirittura imposero <sup>(13)</sup> esplicitamente — a questi Stati territoriali di mantenere o di reinstaurare una loro propria struttura giudiziaria nella quale fatalmente vennero prendendo sempre più il sopravvento dei giudici professionali (e, per ciò stesso, provvisti d'una cultura specialistica). Anche questi tribunali, poi, si adeguarono alle forme processuali proprie del *jus commune*; e si videro costretti ad applicare le norme sostanziali di questo stesso *jus commune* non foss'altro per via della pluralità di norme che vigevano nei territori su cui si estendeva la loro competenza; senza contare, poi, la naturale vocazione di questi organi giudiziari verso quell'unificazione del diritto oggettivo, che — in un'epoca come quella di cui stiamo ragionando — non poteva non significare la recezione del *jus commune*. Insomma: è, bensì, vero che i *privilegia de non appellando* miravano a tutelare in modo diretto e primario i diritti territoriali; ma è pur innegabile che questi, alla lor volta, tendevano sempre più a identificarsi con quel diritto «generale» che la scienza giuridica era venuta elaborando: che è quanto dire col diritto comune.

2. I maggiori Stati territoriali (*Länder*) avevano riorganizzato i loro Tribunali e dettato le regole processuali che vi si dovevano osservare rifacendosi, fin nei particolari <sup>(14)</sup>, al modello offerto

---

<sup>(13)</sup> Riserve per il vigore sussidiario del diritto comune son formulate in WESENBERG, pp. 92 s.

<sup>(13)</sup> Così esplicitamente nella norma del 1654, al § 113. L'ottenimento del *privilegium de non appellando* seguì perciò, di regola, l'istituzione o la riforma dei supremi Tribunali territoriali; cfr. per la Baviera (1625) e il Brandenburgo (1586) DÖHRING, pp. 5 s.; per Hannover WIEACKER, *250 Jahre*, or ora cit., p. 8, nt. 5. Sulle legislazioni particolari in materia processuale, specialmente del Cinquecento, cfr. KLEINFELLER, *Festg. Planck* (1904), pp. 274 ss.

<sup>(14)</sup> DÖHRING, p. 4 e spec. 20 (con riferimento all'istruttivo titolo dell'opera del RUDLOFF, *Abhandlung von d. Ähnlichkeit d. dtsch. Hofgerichte mit d. RKG*, Bützow, 1697 [= *Trattato della somiglianza tra i Tribunali di corte tedeschi e il Reichskammergericht*]).

dal *Reichskammergericht* <sup>(15)</sup>. Conformemente alla tradizione e alla spartizione del potere territoriale nell'età che precedette l'Assolutismo, in questi Tribunali sedevano in egual misura i rappresentanti delle varie classi: cavalieri, prelati, borgomastri, eccezionalmente anche rappresentanti dei proprietari terrieri. Una tale struttura rappresentativa delle varie classi — espressione politica dello Stato di stati tipico dell'Europa moderna prima del sorgere dell'Assolutismo — non escludeva affatto l'emergere del ceto dei giuristi colti. Istruttiva in tal senso è la storia di questi tribunali nei territorî appartenenti ai feudi dei Wettin <sup>(16)</sup>.

a) In questi territorî esistevano da gran tempo Tribunali di Corte a Wittenberg, Lipsia e Dresda: talora con funzioni di giudici di primo grado fra i residenti censiti e talvolta quali giudici d'appello. Nel 1483 i duchi Alberto ed Ernesto istituirono un unico Tribunale di Corte di seconda istanza (*Oberhofgericht*) sia per i territorî soggetti al primo (quelli che poi sarebbero diventati sassoni) che per quelli appartenenti al secondo (destinati per lo più a far parte in sèguito della Turingia); e lo formarono con un Consigliere di Camera (*Kammerrat*) avente funzioni di presidente e con quattro cavalieri, prelati, *doctores* e *simplices nobiles*; questi, però, dovevano esser tutti — per quanto possibile — persone «fondamentalmente dotte ed esperte». Questa quadruplici rappresentanza delle classi mutò nelle successive riforme (che seguirono negli anni 1488, 1493, 1549) diventando più spesso ternaria; ma fino al 1555 crebbe costantemente il numero dei *doctores* anche fra i rappresentanti delle antiche classi.

b) Nel Brandeburgo <sup>(17)</sup> il Tribunale camerale (*Kammergericht*) era formato da dodici assessori (*Beisitzer*) con funzione di estensori delle sentenze, dei quali quattro erano cavalieri, due prelati, due borgomastri e quattro dottori (spesso professori della Facoltà giuridica di Francoforte); ma il numero di questi ultimi fu in continuo aumento.

c) Nel Wittenberg <sup>(18)</sup> fu costituito — nel 1495, nello stesso anno, cioè, della rifondazione del *Reichskammergericht* — il Tribunale

<sup>(15)</sup> Un eccellente quadro dei successivi tribunali di secondo grado è quello offerto dal DÖHRING, op. 27 ss.

<sup>(16)</sup> STOBBE, II, pp. 92 ss.; KUNKEL, *Quellen z. neueren Privatrechtsgeschichte*, I, 2, Landrechte, 1938, pp. XLII ss.

<sup>(17)</sup> Fondamentale lo scritto dello STOELZEL, *Preussens Rechtsverwaltung u. Rechtsverfassung*, I/II (1888); cfr. BORNHAK, *Gesch. d. preuss. Verwaltungsrechts* (1884); più tardi HOLTZE, *Gesch. d. Kammerger. in Brandenburg-Preussen*, I/VI (1890-1904).

<sup>(18)</sup> STOBBE, II, p. 261.

di corte (*Hofgericht*) a Tubinga e il Tribunale della Cancelleria (*Kanzleigericht*) formati sempre da quattro *doctores* e da cavalieri. Analogo discorso vale per il Tribunale di Corte (*Hofgericht*) del Palatinato che sedeva a Heidelberg (fondato nel 1472) e per gli omologhi Tribunali che sedevano a Magonza, Sponheim, Meclenburgo, Holstein ed in quello che sarebbe poi diventato il Ducato di Prussia.

d) Nel Ducato del Brunswick e di Lüneburg <sup>(19)</sup> sedettero dapprima nel Tribunale di Corte (*Hofgericht*) solamente i rappresentanti degli stati (prelati cavalieri e città); fra costoro era però talvolta dato di trovare anche dei giuristi di professione. Solo a partire dal 1556 il Tribunale di Corte sedente in Celle era istituzionalmente formato per la metà di *doctores*.

e) In Baviera <sup>(20)</sup> le antiche classi condussero fin dai primi tempi una lotta aperta contro i *Doctores*, nei quali esse sembrano aver sentito i rappresentanti degl'interessi del Duca. Ma a queste lagnanze per il solito si rispondeva — in modo significativo e pertinente — che questa presenza di giuristi colti era da ritenersi necessaria per via del successivo e superiore grado di giurisdizione costituito del *Reichskammergericht* <sup>(21)</sup>.

Nei Tribunali territoriali di seconda istanza il prevalente influsso del diritto romano era favorito da due circostanze: anzitutto coloro che, in qualità di *Syndici*, rappresentavano le città erano per loro conto dei giuristi; eppoi in quei luoghi che erano anche sedi universitarie (come Lipsia, Wittenberg, Tubinga e Heidelberg) coloro che sedevano in quei Tribunali in qualità di giuristi erano per il solito professori dell'Università. Nei tribunali territoriali di prima istanza, in cui eran chiamati a giudicare funzionari signorili, la Recezione si compì — a stare alle ricerche dello Stölzel — quando questi uffici di funzionario cominciarono ad essere affidati a giuristi di professione. Nelle città, invece, i giuristi colti non entrarono nei collegi giudicanti; ma, ciò non ostante, la loro presenza si fece ugualmente sentire per il tramite della loro attività di esperti e di consulenti.

---

<sup>(19)</sup> ERNST V. MEIER, *Hannov. Verfassungs- und Verwaltungsgesch.*, I, 1898, pp. 290-297. Sul Tribunale d'appello del Brunswick cfr. HERSE, in: *Beiträge z. Gesch. d. Gerichtswesens im Lande Braunschweig* (1954), pp. 1 ss.; OHNSORGE, *ivi*, pp. 9 ss.

<sup>(20)</sup> STOBBE, *loc. ult. cit.*; KUNKEL, *op. ult. cit.*, pp. XIII ss.

<sup>(21)</sup> STOBBE, *loc. ult. cit.*



3. A partire dal Seicento le Cancellerie signorili, che dapprincipio s'erano occupate delle questioni giuridiche riguardanti personalmente i Principi e che erano formate da consiglieri « di famiglia » (*von Haus aus*), cominciarono ad esercitare una più generale funzione giurisdizionale, entrando così in collisione coi preesistenti Tribunali di seconda istanza. Concorsero a determinare questo ampliamento di funzioni, oltre agl'interessi dinastici del principe, anche la più razionale ed efficiente organizzazione che la Cancelleria centralizzata era riuscita a darsi al confronto dei vecchi Tribunali <sup>(22)</sup>. Soprattutto la pronuncia delle sentenze nelle materie penali di maggior gravità restò sempre più riservata — come *justice retenue* — alla conferma da parte del governo e dei collegi criminali <sup>(23)</sup>.

III. 1. Le sedi scabinali <sup>(24)</sup> che sopravvissero alla Recezione, non erano tribunali d'appello ma piuttosto collegi che esercitavano attività giurisdizionale in un ambito sovregionale. In origine s'era trattato, non già di tribunali, ma, generalmente, di liberi collegi di giudici, o, piuttosto, di corporazioni giudicanti; che, prima della Recezione, avevan rappresentato gli operatori tipici d'un'esperienza giuridica priva d'un suo consistente patrimonio culturale. Dall'età della Recezione in poi queste sedi ebbero destini tra loro diversi a seconda della loro dislocazione e del favore o del disfavore delle diverse situazioni locali:

a) molte fra queste sedi scabinali che pure un tempo erano state assai prestigiose, non aiutate dalla volontà d'un principe ad inserirsi nel tessuto della rinnovata esperienza giuridica, vennero progressivamente spegnendosi per via dell'opposizione di cui furono oggetto da parte dei principi: un'opposizione che dapprima si fondò su motivazioni politiche (territoriali e nazionali) a cui si aggiunsero — dopo la Riforma — anche pretesti d'indole religiosa.

<sup>(22)</sup> DÖHRING, p. 3.

<sup>(23)</sup> HINTZE, *Behördenorgan. u. allgem. Verwaltung in Preussen* etc., Acta Borussica, VI, 1 (1901), pp. 43 ss.; per Hannover cfr. WIEACKER, *op. ult. cit.*, p. 10; più in generale cfr. DÖHRING, pp. 16 ss.; EB. SCHMIDT, p. 179.

<sup>(24)</sup> Cfr. già *supra*, pp. 157 ss.

Così il ricorso agli scabini di Magdeburgo — giudici una volta potenti — fu escluso, per una parte dei feudi dei Wettin, fin dal 1432 (in forza d'un privilegio ducale a favore della sede scabinale di Lipsia), e per la Turingia nel 1446. Nel 1531, poi, quel ricorso fu soppresso in Polonia a favore del Tribunale d'appello di Cracovia, e nel 1548 per la Boemia la Moravia e la Slesia, in quest'ultimo caso anche sotto la pena del bando per i sudditi disubbidienti <sup>(25)</sup>. In modo analogo anche l'influsso delle sentenze del Consiglio di Lubecca fu via via respinto passo dopo passo dalle coste del Mar Baltico, fino a Meclenburgo (l'ultima città da cui quell'influsso venne escluso fu Wismar, nel 1725) <sup>(26)</sup>.

b) Dove, invece, al momento opportuno riuscirono a insediarsi i giuristi colti, le sedi scabinali videro accresciuto il loro prestigio e diventarono uno strumento utile di quel potere giurisdizionale che si era venuto accentrando nelle mani dei principi. Questo accadde soprattutto dove, nello stesso luogo della sede scabinale, v'era anche una scuola di grado universitario ed eran perciò disponibili dei giuristi colti; come accadde a Lipsia e a Wittenberg (le cui sedi scabinali non devono esser confuse coi Tribunali di corte o col Tribunale d'appello); ma avvenne anche dove i governi locali assegnarono a queste sedi scabinali dei compiti precisi, come nel Brandenburgo <sup>(27)</sup>, a Halle, a Stettino e a Coburgo. L'esempio più significativo, d'una simile convergenza — in un territorio ricco di tradizioni sotto il profilo storico-giuridico, dove dominava un atteggiamento aperto dal punto di vista culturale e scientifico — è offerto dalla sede scabinale di Lipsia <sup>(28)</sup>.

L'importanza duratura di questa sede era assicurata da un insieme di fattori: la posizione geografica che favoriva i traffici, l'esistenza della Fiera internazionale, la presenza d'un gruppo di casate scabinali, la relativamente modesta frammentazione del patrimonio normativo

---

<sup>(25)</sup> STOBBE, II, pp. 65 s.

<sup>(26)</sup> EBEL, *Die Lübecker Ratsurteile*, cit.

<sup>(27)</sup> Fondamentale a questo proposito il lavoro dello STOELZEL, *Die Entw. d. gel. Rspr. etc.*, I, *Der Brandenburger Schöppenstuhl* (1901). Per Halle cfr., BUCHDA, ZSS, RA, LXVII (1950), pp. 416 ss.

<sup>(28)</sup> STOBBE, II, pp. 69 ss.; KUNKEL, *op. ult. cit.*, pp. XLII s.; l'itinerario di ricerca in questa materia può dirsi tracciato dal BOEHM, *Der Schöppenstuhl zu Leipzig etc.*, ZStrafrW, LIX (1939), pp. 371 ss., LX, 155 ss., LXI, 300 ss. cfr. anche *infra*, p. 326 a proposito di Benedetto Carpzov.

nei territori posti immediatamente ad oriente sui quali s'era estesa la colonizzazione tedesca (*ostmitteldeutsches Gebiet*) e l'interesse della dinastia feudale dei Wettin. Presente in modo documentabile fin dal Dugento, questa sede scabinale fu dotata d'un privilegio del Principe nel 1432, ed in sèguito annoverò tra i suoi membri anche dei cattedratici della Facoltà giuridica di Lipsia; alla metà del Cinquecento ne facevano parte tre borgomastri (anch'essi giuristi) e tre *doctores* (per lo più professori), sicchè può dirsi che l'influsso fosse diviso in parti uguali tra la Città e l'Università. Nel 1572 taluni abusi condussero il solerte Principe elettore Augusto I a una « rifondazione » della sede, che consistè nella sua sottoposizione all'immediato controllo del potere giudiziario del Principe, senza però che fosse sostanzialmente mutata la composizione (che d'ora in poi restò fissata in tre borgomastri e quattro altri scabini di diversa provenienza). Dopo aver raggiunto nel Seicento il suo massimo splendore, questo collegio venne abolito solo nel 1835 in sèguito alla riforma dell'ordinamento giudiziario del Regno di Sassonia.

2. Dalle sedi scabinali son da tenere ben distinte le Commissioni giudicanti (*Spruchausschüsse*) delle Facoltà giuridiche (le cosiddette *Spruchfakultäten*), specialmente quando si tratta di quei luoghi — come, per esempio, Lipsia e Wittenberg — dove erano presenti entrambe queste istituzioni, e dove era possibile che i medesimi professori facessero parte di tutti e due i collegî. Mentre, infatti, la proposizione d'una domanda giudiziale dinanzi agli scabini trovava il proprio fondamento nell'antica concezione tedesca secondo cui il patrimonio giuridico tradizionale poteva esser conosciuto appieno solamente attraverso la perizia dei suoi custodi <sup>(29)</sup>; i responsi che venivano dati dalle Commissioni costituite presso le Facoltà si rifacevano invece alla tradizione colta dell'età dei *Consiliatores* e si fondavano sul prestigio scientifico delle Facoltà medesime. Ecco perchè proporre una domanda di fronte a questi collegî non poteva avere altro significato (nè altro scopo) che quello di sapere quale dovesse essere la corretta applicazione d'una norma o d'un principio elaborato dalla *interpretatio* della scuola ad una fattispecie concreta. E poichè questi collegî dovevano attenersi alle forme processuali proprie del *jus commune*, le loro decisioni dovevano essere pronunciate sulla base d'una formale rimessione degli atti alla loro cogni-

---

<sup>(29)</sup> Cfr. *supra*, p. 144.

zione <sup>(30)</sup>, mentre di fronte agli scabini — per lo meno alle origini — si poteva proporre una domanda soltanto sulla base d'una semplice descrizione del caso controverso. Il confronto tra queste due diverse realtà istituzionali e processuali ci consente di cogliere sul vivo la contrapposizione tra la concezione del diritto propria della più antica tradizione autoctona e quella che cercava il proprio fondamento nella « nuova » scienza giuridica europea.

Il più antico esempio di rimessione degli atti suol essere ritenuto la domanda proposta da Alberto I alla Facoltà di Vienna a proposito della facoltà del tutore di disporre dei beni del pupillo <sup>(31)</sup>. Agl'inizi del Cinquecento la consuetudine della rimessione degli atti è ovunque riscontrabile, anche da parte dei Tribunali di seconda istanza (così accadeva nel 1506 a Colonia, nel 1544 a Hannover, nel 1568 a Hersfeld e a Coburgo). Il fondamento legale ad una tal consuetudine era offerto dall'art. 219 della *Carolina* che raccomanda la rimessione degli atti alla più vicina scuola superiore di scienze giuridiche (che era quanto dire: scuola di diritto comune). Nei secoli seguenti le Facoltà giurisdicenti conservarono un certo influsso sull'attività giurisdizionale in Germania; fino all'Ottocento avanzato tutte le Facoltà giuridiche tedesche — comprese quelle che furono fondate in sèguito, nell'età dell'Illuminismo (come Halle, Gottinga, ed Erlangen) — hanno svolto una (più o meno vivace) attività giurisdizionale <sup>(32)</sup>. Questo istituto, che ebbe una importanza così rilevante per quello scambio quotidiano tra scienza e prassi di cui oggi spesso si deve constatare la fine, in

---

<sup>(30)</sup> STOBBE, II, pp. 74 ss.; STOELZEL, *Enst. d. gelehrt. Richtertums in d. dtsh. Territ.*, I, pp. 187 ss.; WOHLHAUPTER, ZSS, GA, LVIII (1938), pp. 752 ss.

<sup>(31)</sup> STOBBE, II, pp. 75 s. Altri antichi pareri sono rammentati dal COING, IRMAE, cit., §§ 26 e 79.

<sup>(32)</sup> Su questo in particolare cfr. TOMASCHEK, Wien. Sitz. Ber., XXXIV (1860), pp. 58 ss. (per Vienna); MÜTHER, ZRG, IX (1870), pp. 50 ss. (per Erfurt); ROTH, ZSS, GA, XXII (1901), pp. 359 ss. (per Magonza); HEDEMANN, DJZ, 1926, pp. 1232 ss. (per Colonia); WOHLHAUPTER, *op. ult. cit.* (per Kiel); SCHOTT, *Rat u. Spruch d. Juristenfakultät Freiburg* (1952) (per Friburgo); BAUMGÄRTEL, *Die Gutachter- und Urteilstät. d. Erlanger Jur. Fak.* (1952) (per Erlangen); KLUGKIST, *Die Göttinger Juristenfak. als Spruchkollégium* (1951) (per Gottinga); per Halle: W. KELLER, *Consilia Halensium jurisconsultorum*, Magdeburg, 1908; BUCHDA, ZSS, RA, LXII (1942), pp. 210 ss.; LXIII (1943), pp. 241 ss.; LXIV (1944), pp. 223 ss.; LXVIII (1951), pp. 308 ss.; cfr. anche G. SCHUBART FICKENTSCHEK, *Hallesche Spruchpraxis. Consilia Hall. Gelehrter aus d. Anfang d. 18. Jh.* (1960); per Marburgo: W. MERK, *Festzt. Z. Marburger Univ.- Jub.*, 1927, pp. 9 ss.

taluni luoghi (come a Lipsia) si estinse solo nel 1878, quando nel *Reich* bismarkiano fu promulgato il nuovo ordinamento giudiziario.

3. La *Carolina* aveva ancora distinto la domanda proposta ad una Scuola superiore dal ricorso al giudice d'appello che era proprio della tradizione tedesca. Con l'affermarsi d'un metodo scientificamente corretto nella trattazione delle questioni giuridiche vennero meno, però, anche le diversità intrinseche, da poi che anche le sentenze dei collegî scabinali eran diventate in pratica dei pareri scientifici. La definitiva fusione tra sedi scabinali e Facoltà giurisdicenti aventi sede nello stesso luogo era impedita ormai solo dalla tradizione e da interessi di casta (e, fors'anche, da qualche convenienza economica) <sup>(33)</sup>. Ma anche la rimessione degli atti ad una Facoltà giurisdicente e la sentenza d'appello finirono con l'esser sempre più identificate tra loro anche nell'opinione corrente. Mentre l'art. 219 della *Carolina* continuava a definire la pronuncia della Facoltà giurisdicente come « rath » — come parere, cioè, e non come giudicato —, già nel 1555 a Neumarkt questo parere era già erroneamente indicato come « sentenza definitiva ». E la prassi, poi, attribuiva ai pareri pubblicati di taluni giuristi colti — com'erano quelli delle Facoltà giurisdicenti — la medesima autorità ch'era riconosciuta alle decisioni del *Reichskammergericht* e di altri Tribunali di seconda istanza.

IV. 1. Il giurista colto fu anche il tramite attraverso cui si venne diffondendo quel processo del diritto comune <sup>(34)</sup> che la

---

<sup>(33)</sup> Sul significato e sulla deplorable consistenza di questi motivi cfr. DÖHRING, pp. 75 ss. e, partic., pp. 96 ss.

<sup>(34)</sup> In mancanza d'una monografia moderna è possibile farsi un'idea d'insieme soltanto dalle opere contemporanee o, comunque, assai antiche e dalla letteratura specialistica (cfr. HENNING GOEDEN, *Judiciarii ordinis processus* [1538]; JOH. URBACH, *Processus judiciarius* [su quest'autore cfr. MÜTHER-LANDSBERG, *Joh. Urbach*, 1882]; GOBLER, *Gerichtlicher Process* [1736]; per il processo sassone cfr. *infra*, p. 326, a proposito del Carpzov. Le principali opere dell'Ottocento in questa materia son le seguenti: WETZELL, *System d. ordentl. Civilprocess*, II ed., 1878; eccellente il lavoro dello SCHWARZ, *400 Jahre deutscher Civilprozessgesetzgebung*, 1898; KÜHTMANN, *Die Romanisierung d. Zivilproz. i. d. Stadt Bremen*, 1891. Cfr., poi, G. KISCH, *Der dtsh. Arrestprozess*, 1914; SOHM, *Die litis contestatio*, 1914; PLANITZ, *Grundl. d. dtsh. Arrestprozesses*, 1922; in particolare

scienza giuridica italiana aveva elaborato su fondamenti romano-canonici ma non senza aver subito l'influsso del sistema processuale germanico. In Germania questa diffusione può essere anche esteriormente colta nella legislazione processuale dell'età della Recezione; la quale spesso precorse l'applicazione del diritto sostanziale romano, seguendo il generale itinerario del processo di recezione, dall'alto verso il basso.

a) il procedimento dinanzi al *Reichskammergericht* fu fin da principio un procedimento di conio romanistico per le medesime ragioni per le quali in quel tribunale fin dagli inizi s'applicò il diritto sostanziale romano <sup>(35)</sup>. Gli ordinamenti del *Reichskammergericht* del 1495 e del 1521, la riforma preparata fin dal 1529 e portata a compimento nel 1555 con il più importante fra i vari ordinamenti di questo tribunale, ed infine l'ultimo di questi ordinamenti — deliberato nella Dieta imperiale del 1654 e dopo di allora ulteriormente rivisto —; tutti questi ordinamenti ebbero un sostanziale influsso sulla legislazione processuale in tutto il territorio dell'Impero; ed a più riprese la loro osservanza fu prescritta ai diversi territorî da norme della stessa autorità imperiale <sup>(36)</sup>.

---

A. WOLFF, *Gerichtsverfassung u. Prozess im Hochstift Augsburg*, 1913; M. MAYER, *Das Zivilprozessrecht d. Stadt Schwäbisch-Wörth*, 1914; RETZLAFF, *Die Entw. d. Rechtsgangs nach d. Freiburger Stadrechtsbuch*, 1929; MARQUARDT, *Vier rhein. Prozessordnungen aus d. 16. Jh. Ein Beitrag zum Prozessrecht d. Rezeptionszeit* (1938), per Magonza Treviri Colonia e Jülich; LANDWEHR, *Die althann. Landgerichte* (1964). E si può anche ricorrere ai manuali di storia giuridica tedesca (quando arrivano a trattare fino all'Età moderna) e alle introduzioni dei manuali istituzionali di diritto processuale tedesco. Per avere un quadro forse un po' troppo asciutto, ma di certo assai istruttivo, si può vedere, da una parte SCHWERIN-THIEME, pp. 355 ss.; e dall'altra LENT, *Diritto processuale civile tedesco*, parte I, *Il processo di cognizione*, trad. it. E. F. RICCI, Napoli, 1962, §§ 100, 101; SCHÖNKE, *Lehrb. d. Zivilproz.*, VII ed., 1961, pp. 6 s., con ulteriori ragguagli.

<sup>(35)</sup> Oltre alla letteratura che già abbiám citato or ora, alla nt. 4, cfr. BOSTELL, *Theoret.-pract. Vorlesungen über die Kammergerichts- Praxis*, 1781; THUDICHUM, *ZfDR*, XX (1861), pp. 148 ss.; ENDEMANN, *ZfCivPr*, XVIII (1893), pp. 165 ss. Sui diversi ordinamenti del *Reichskammergericht* ha pagine penetranti lo STOBBE, II, pp. 191-199.

<sup>(36)</sup> Cfr. *supra*, le nt. 12 e 13.

Questo, ad esempio, accadde nella delibera della Deputazione imperiale del 1600 (§ 15); o nella già citata norma della Dieta imperiale del 1654, dove — al § 137 — si legge che « per quant'è possibile venga osservata la norma del processo camerale ».

b) Tra gl'innumerevoli ordinamenti processuali dei diversi Stati territoriali <sup>(37)</sup> quello della Sassonia Elettorale esercitò il più largo influsso. Il processo civile sassone <sup>(38)</sup> divenne, dopo quello del *Reichskammergericht*, il secondo punto focale nello sviluppo del diritto processuale in tutta la Germania. Numerose norme principesche in materia processuale per i Tribunali di corte — instancabilmente riformate (negli anni 1488, 1493, 1529, 1548, 1555, 1574 e giù giù fino al 1724) — così come l'ordinamento per i Tribunali di prima istanza del 1622 danno la prova della cura sistematica che in Sassonia si ebbe per il diritto processuale, L'Ordinamento giudiziario generale per la Sassonia Elettorale, promulgato nel 1622, diventò in sèguito un modello anche per il procedimento dinanzi al *Reichskammergericht* <sup>(39)</sup>.

2. L'appropriazione del processo « dotto » ha probabilmente mutato il pensiero giuridico tedesco ancor più profondamente di quanto non abbia fatto quella Recezione del diritto sostanziale sulla quale si è tanto più lunguamente soffermata l'analisi storiografica.

a) quel processo fatto da giudici-funzionari, che la dottrina del diritto comune aveva elaborato movendo dalla lettura delle fonti giustinianee, presupponeva tra l'altro anche che la direzione sostanziale ne fosse affidata al presidente del tribunale, che la esercitava collaborando con gli altri componenti del collegio nella trattazione e nella deliberazione della causa e nella stesura della motivazione della sentenza. Questa figura faceva venir meno quella divisione del lavoro processuale — tipica della tradizione germanica — tra giudice (« interrogante », « *Fraget* ») e decidenti

---

<sup>(37)</sup> STOBBE, II, pp. 256 ss.

<sup>(38)</sup> Una esposizione della materia ad opera d'un contemporaneo (oltre quelle già rammentate poc'anzi alla nt. 34) è quella offerta dal CARPZOV, *Practica nova Imperialis Saxonica*, Vittembergae, 1658; cfr. *infra*, p. 326.

<sup>(39)</sup> STOBBE, II, p. 264.

(*Urteiler*), alla quale pure continuarono a fare ancora riferimento per lungo tempo gli ordinamenti processuali dell'età della Recezione (ma non era più che un riferimento formale, perchè nella sostanza quella distinzione era venuta meno assai per tempo). Per questa via anche quel solido legame che la tradizione aveva stretto tra giurisdizione e preparazione giuridica di coloro che erano chiamati a giudicare — un legame che, secondo un'acuta notazione del Boehm (40), costituiva al tempo stesso anche una garanzia contro l'arbitrio dell'autorità e della burocrazia — fu sostituito dal vincolo che legava tutti i componenti del collegio giudicante alle teorie della scienza giuridica: il che, in via di principio, significava vincolo coi testi del *Corpus Juris*, ma in pratica sottintendeva invece un ben più stretto legame con la letteratura consiliaristica tedesca ed europea; per questo tramite, poi, il vincolo si estendeva agli statuti, e cioè, in pratica, agli ordinamenti territoriali e cittadini, e, seppure in casi più rari, alle consuetudini locali. Per secoli questo legame con la scienza ha dominato l'attività giurisdizionale in tutta l'Europa, conservando così l'unità per lo meno pratica della sua cultura privatistica. La soggezione del giudice alla legge statale cominciò, nella maggior parte dei casi, soltanto con le grandi codificazioni del tardo Settecento; per quanto, poi, riguarda l'ambiente tedesco in generale essa fu introdotta completamente solo con la promulgazione del Codice Civile Tedesco. Anche per questo, dopo la Recezione, la giurisdizione « dotta » della prima Età Moderna fu una delle forze più conservatrici della società europea.

b) Già prima della Recezione il processo aveva assunto la scrittura a sua forma tipica (41). Come il procedimento elaborato dall'antica consuetudine germanica — conformemente all'idea che di esso si aveva — si esauriva tutto nella trattazione

(40) ZStrW, LIX (1939), pp. 621 s.

(41) Sulla decadenza — già consolidata assai prima della Recezione — dell'antica funzione dei giudicanti, e sulle radici del processo scritto — derivante da quello canonico — cfr. SCHWERIN-THIEME, p. 225 (dove sono reperibili utili ragguagli); DAHM, DR, pp. 94 s.; per il processo penale cfr. EB. SCHMIDT, *Inquisitionsproz. u. Rezeption*, 1940; ID., ZStrW, LXII (1943), pp. 232 ss.; ID., *Einf.*, pp. 86 ss.



pubblica e orale di fronte al giudice e a coloro che dovevano decidere la controversia, così le esigenze dell'inquisizione criminale e del ricorso al tribunale di seconda istanza avevano alla lunga finito con lo scalzare sia l'immediatezza che l'oralità e col costringere alla pubblicazione della sentenza.

Il tipo di processo elaborato dalla dottrina del *jus commune*, invece, era un processo, non solamente scritto, ma anche fondato sugli atti, nello specifico senso che i fatti non risultanti dalle carte processuali erano — per ciò stesso — esclusi dall'ambito di accertamento del giudice (*quod non est in actis non est in mundo* <sup>(42)</sup>); principio, questo, che in origine venne inteso in un senso tecnico più ristretto). Un processo siffatto portò inevitabilmente — in perfetta coerenza coi propri principî fondanti — alla non-immediatezza delle deduzioni delle parti e dell'assunzione delle prove e alla non-pubblicità del procedimento. Bisognò aspettare la riforma del processo uscita ai primi dell'Ottocento dal travaglio riformatore della Rivoluzione francese, mentre il nazionalismo romantico rinverdiva la memoria delle antiche forme processuali franco-germaniche e s'imponeva il nuovo ideale democratico che dava forza al cittadino entro la struttura dello Stato; bisognò, dicevo, aspettare questa riforma ottocentesca per poter di nuovo volgersi verso i principî della pubblicità <sup>(43)</sup>, senza però che si potesse realmente superare l'intrinseca contraddizione di questi principî con lo spirito proprio d'un sistema processuale razionalistico ancorato al tenore degli atti e fortemente « specializzato ».

Questo allontanamento dei giudici dall'immediatezza dei fatti era reso ancor più netto nelle controversie più complesse per via della rimessione degli atti a lontane Facoltà giusdicenti o ad altri collegi giudicanti. Questa rimessione, infatti, se in via di principio mirava alla soluzione della questione di diritto, in realtà essa portava in ultimo alla decisione della controversia; sicchè — nella sede processuale decisiva — la sentenza finiva col fondarsi esclusivamente sulla lettura degli atti. Così messe le cose, il tribunale originariamente adito non

---

<sup>(42)</sup> Una vivacissima descrizione (e una critica conforme allo spirito della borghesia liberale) è quella del RADBRUCH, *Einj. in d. Rechtswiss.*, III ed., 1919, pp. 332 s.

<sup>(43)</sup> Cfr., *infra*, II, p. 262 s.

poteva che fare una succinta esposizione della fattispecie, proprio nell'intento di adeguarsi all'ottica e al modo tutto « scientifico » d'impostare le questioni ch'era proprio dell'istanza chiamata a giudicare. Un itinerario che aveva preso le mosse dalla consultazione delle antiche « Corti superiori » (*Oberhöfe*) da parte di tribunali locali incerti sulla decisione da prendere, e che già aveva turbato la coscienza giuridica ancor prima che si affermasse la « nuova » scienza del diritto <sup>(44)</sup>, giungeva ora al suo punto d'arrivo.

c) Il fatto, poi, che questo processo elaborato dalla *scientia juris* fosse diventato un processo ordinato per istanze successive in modo ancor più esplicito di quanto non fosse accaduto all'ordinamento processuale precedente, era cosa che tendeva anch'essa ad operare nella medesima direzione. L'*iter* processuale rigorosamente preordinato attraverso le successive istanze dai tribunali locali fino a quello centrale, ed il carattere proprio di questo monopolio statale della funzione giurisdizionale, rappresentano un'esigenza di politica giudiziaria connaturata allo Stato moderno europeo. È, sì, vero che anche l'antico procedimento giudiziario tedesco aveva conosciuto dei suoi propri strumenti atti a rimuovere una precedente decisione; ma gli era stata del tutto sconosciuta la possibilità d'un riesame sistematico della fondatezza oggettiva e logica della sentenza ad opera d'un ulteriore grado di giurisdizione in cui operassero giudici provvisti d'una conveniente preparazione scientifica. Oggi non trova più consensi l'opinione, un tempo diffusa, secondo cui gli antichi mezzi di gravame (*die Urteilsschelte*) — che caddero in desuetudine nel Cinquecento — siano poi stati trasfusi nei nuovi strumenti di riforma delle sentenze (*die Urteilsläuterung*) che — soprattutto nella Germania centrale — furono conservati poi fino all'Ottocento. Soltanto il processo proprio del diritto comune, fin dagli inizi della Recezione, riuscì a riprendere — dal processo affidato a funzionari imperiali tipico dell'assolutismo giustiniano e da quello elaborato nell'ordinamento canonico — quella struttura rigorosamente gerarchizzata dei gradi di giurisdizione che ancora una volta finì col favorire la mancanza d'immediatezza del processo e la riduzione della materia del contendere alla semplice produzione di atti provvisti d'un loro preordinato rigore formale.

---

<sup>(44)</sup> Cfr. *supra*, p. 161.

3. a) L'aver inteso il processo come strumentario giuridico rigorosamente coerente condizionava anche la struttura del giudizio di primo grado. L'adozione della forma scritta per un processo ordinato in istanze successive comporta di per sè la distinzione radicale dell'allegazione giuridicamente corretta (e perciò rilevante) dalla fattispecie « naturale » e la separazione della « questione di diritto » da quella « di fatto », dal momento che l'oggetto del giudizio — proprio per poter essere convenientemente riesaminato nel corso del procedimento — dev'esser prima correttamente elaborato.

Chi è convenuto in giudizio con una azione di mutuo vuol resistere alle pretese dell'attore con una difesa articolata: « Non ti sono (più) obbligato, non ho ricevuto nulla, in ogni caso ho restituito ed in più ho delle altre pretese da far valere contro di te »; il giurista, poi, per parte sua, distingue solitamente tra negazione del fatto posto a fondamento della domanda, opposizione, eccezione e domanda riconvenzionale.

Questi tipi di esigenze — insieme ad altri motivi più strettamente connessi con la storia del processo — portano tutt'e due ad un processo « articolato », nel quale le allegazioni vengono suddivise in parti o addirittura in « posizioni » tra loro isolate, ognuna delle quali può essere attaccata o difesa con autonomi strumenti processuali <sup>(45)</sup>. Questo processo, che abbiám definito « articolato », rappresenta una sorta di versione esasperata di quello scambio dialogico tra attacco difesa e contrattacco applicato alla controversia giudiziaria, che già aveva avuto modo d'esprimersi nel processo classico romano con la successione di *actio*, *exceptio* e *replica*. Ma, mentre in generale questa specie di gioco fra domanda e difesa si riferisce a pretese di fatto (come tali non ancora giuridicamente qualificate), qui invece si è già mentalmente proceduto a discernere domande eccezioni e pretese riconvenzionali (alla lor volta già sussunte ed isolate tra loro in una lucida diagnosi giuridica): che, poi, è il modo di procedere che anche i manuali odierni suggeriscono ai futuri giudici per predisporre le relazioni e le minute delle sentenze.

<sup>(45)</sup> Cfr. SCHWERIN-THIEME, pp. 356 s.; cfr. LENT, *Diritto processuale*, cit., § 100, IV.

La formulazione dell'articolazione in vere e proprie «posizioni» con il conseguente smisurato allungamento del processo, soprattutto attraverso il funzionamento autonomo dei singoli mezzi di gravame, paralizza la naturale dialettica del procedimento contenzioso e mette perciò in pericolo (proprio come la mancanza d'immediatezza e l'adozione della scrittura) l'integrazione spontanea del diritto nel tessuto della società per il tramite del processo. Per questo il processo sassone, fin dal 1622, sostituì le «posizioni» isolate con l'esposizione complessiva dei fatti di causa da farsi nella scrittura introduttiva del giudizio. Con l'accoglimento di questo stesso principio nel procedimento camerale, nel 1654, il processo per posizioni scomparve quasi del tutto, mentre si conservò la tecnica della «articolazione» (46).

b) Poichè l'articolazione comprendeva anche le istanze istruttorie e l'assunzione delle prove, anche questi atti processuali venivano scomposti in autonome fasi del procedimento (47), concluse da separate sentenze istruttorie in ordine ad ognuna delle quali si apriva un particolare *iter* di gravami (48). In questo modo non soltanto il processo diventava lento e complicato, ma veniva anche ristretta la possibilità del collegio giudicante — soprattutto nei gradi superiori di giurisdizione — d'avere una visione d'insieme di tutta la materia del contendere. Anche sotto questo riguardo la riforma ottocentesca della legislazione processuale — con il suo «principio di eventualità» e con la riduzione sia delle ipotesi di sentenza interlocutoria che dei gravami contro singoli atti processuali (in particolare contro i provvedimenti relativi ai mezzi istruttori) — rappresentò una reazione contro le forme di

(46) STOBBE, II, pp. 198 s.; cfr. SCHWERIN-THIEME, p. 357.

(47) Al contrario di quanto avrebbe comportato il «principio di eventualità» (su cui cfr. LENT, *op. cit.*, § 28, II, p. 113). Già il processo elaborato dalle scuole giuridiche italiane aveva cercato di andare incontro all'estensione del procedimento per posizioni inducendo le parti a formulare le loro domande col criterio della eventualità (SCHWERIN-THIEME, pp. 356 s.; LENT, *op. cit.*, § 100, IV); ed il processo sassone fece proprio questo indirizzo sulla base del medesimo fondamento, in contrasto col procedimento camerale, il quale anche per questo verso restò in un primo tempo assai macchinoso. Nell'ultima fase del proprio sviluppo il processo del *jus commune* in Germania s'era di fatto spinto assai avanti nell'accoglimento del «principio di eventualità».

(48) Classico (pur se invecchiato) è il lavoro del PLANCK, *Die Lehre von dem Beweisurtheil*, 1848; in seguito cfr. ENDEMANN, *Die Entw. d. Beweisverfahrens im dtsch. Zivilproz. seit 1495*, 1895.

quell'antico processo del *jus commune* che l'opinione generale sentiva come espressione ad un tempo della più esosa egemonia dei funzionari e d'un vieto formalismo <sup>(49)</sup>.

c) Nell'insieme il principio dell'articolazione ha stimolato quel certo modo di pensare che in Germania suol chiamarsi — con termine certo non particolarmente univoco — « del diritto come azione » (*aktionenrechtlich*) <sup>(50)</sup>, e che — nel senso indicato dal

---

<sup>(49)</sup> Questo, naturalmente, non sul piano del diritto. Perchè proprio il principio di ufficialità — che fa del giudice il soggetto che praticamente dispone del procedimento — appartiene soltanto all'ultima e in fondo effimera epoca dell'ordinamento giudiziario generale del tardo Stato autoritario prussiano (cfr. *infra*, p. 503). Nel processo comune, anche dopo la recezione del modello italo-canonico, di fatto dominavano incontrastati il sistema del contraddittorio e il principio della disponibilità, che condizionavano materia del contendere proseguimento del giudizio e assunzione delle prove all'impulso e all'attività delle parti.

<sup>(50)</sup> In più d'un senso si può parlare di ordinamento giuridico in cui si identifichi il diritto soggettivo con l'azione. In senso stretto questa identificazione si ha solamente quando le posizioni giuridiche soggettive possono ottenere tutela in sede giurisdizionale solo nella misura in cui esista uno strumento processuale specifico predisposto proprio al fine di accordare questa tutela; come avveniva nel processo amministrativo tedesco, quando vigeva il cosiddetto « sistema della enumerazione » prima che venisse introdotta — dopo la seconda guerra mondiale — la clausola generale; o nei *writs* inglesi prima del *Judicature Act* del 1873 (cfr. H. PETER, *Actio und Writs*, 1957, partic. pp. 13 ss., 51 ss., 81 ss.); o, ancora, nel sistema di strumenti processuali elaborati dal *jus honorarium* romano (al contrario di quanto accadeva per l'astratta *legis actio* o per il *judicium ex lege* del *jus civile*: su questa materia cfr. WIEACKER, *Tijdschr.*, XXX (1962), pp. 59 s.; cfr. anche *Tijdschr.*, XXXIII (1965), p. 472). In un tal senso non si può parlare di identificazione tra *actio* e diritto soggettivo nè per il diritto giustiniano (basti per questo rinviare a D. 19, 5, 2-4, testi largamente interpolati) nè per il diritto comune. Se ne può parlare in un altro senso, quando l'interesse specifico del giurista è prevalentemente orientato all'analisi degli strumenti di tutela processuale dei diritti soggettivi, come accade per la maggior parte dei giuristi romani dell'età classica. Anche il diritto comune nell'ultima fase del suo sviluppo ha ereditato questo modello di analisi dalla casistica del *Corpus Juris* dei Glossatori e dei *Consiliatores*, utilizzandolo anche per configurare il suo tipo di procedimento. Questa tradizione influenzò ancora l'elaborazione di quel concetto di « pretesa sostanziale » (*der materielle Anspruch*) che nel diritto civile tedesco (cfr. § 194 del codice civile germanico [B.G.B.]) fu elaborato dal WINDSCHEID (*Die actio des röm. Civilr. v. Standpunkt d. heut. R.*, 1856): un concetto, questo, che rappresentò un infelice tentativo di mediazione tra un sistema di diritti sogget-

celebre interrogativo scolastico *Qualis sit actio? An sit exceptio elisa?* — si risolve nel problema di individuare la pretesa fatta valere in concreto dall'attore alla stregua dei possibili e preordinati schemi di azioni <sup>(51)</sup>. Testimonianza di questo modo di ragionare sono talune formule di domande giudiziali che sono state tramandate già dalla prassi italiana o dalla letteratura popolare o anche da talune legislazioni cittadine <sup>(52)</sup>, le quali appaiono desunte, non da fattispecie concrete, ma da ipotesi astratte; formule che potevano rispondere solo ad un modo di pensare tipicamente colto. Questo tipo di procedimento — col quale ancor oggi s'inizia ogni insegnamento istituzionale del diritto, ma che agli occhi del profano appare innaturale e financo ridicolo — era già stato messo in burla nel Basso Medioevo con la favola dell'asino e della barca del pescatore <sup>(53)</sup>. Nell'età dell'Illuminismo una satira di tutto questo modo di pensare è offerta dal « Processo sull'ombra del ciuco » che si legge nel quarto libro degli *Abderiten* del Wieland.

4. In questa tecnica processuale del *jus commune* — che, malgrado le più recenti riforme, è giunta fino ai nostri giorni — si trovano fuse la passione logica della scienza giuridica analitico-casuistica basso-medievale, con la tendenza, propria dello spirito moderno alla razionalizzazione del pensiero e quella dello Stato moderno ad un'analogia razionalizzazione della vita pubblica. Gli incalcolabili effetti che questa tecnica ha avuto sul concetto stesso di diritto possono a un di presso esser descritti così <sup>(54)</sup>:

---

tivi sostanziali (quale la Pandettistica aveva recepito dal Giusnaturalismo) ed un potere di proporre la domanda giudiziale orientato piuttosto alla determinazione dell'oggetto del giudizio (cfr. DE BOOR, *Gerichtsschutz u. Rechtssystem*, 1941).

<sup>(51)</sup> Si parla qui di individuare — e perciò di individuazione — come attività psichica del giudice. Spettava alle parti — anche nel processo del più antico *jus commune* — solamente la « materializzazione », nel senso in cui la intende l'odierna teoria generale del processo: la prospettazione, cioè, di quella materia su cui si fonda la loro pretesa, e dalla quale deriva per il giudice l'esistenza d'una domanda giudiziaria.

<sup>(52)</sup> Così, press'a poco, nei *Klagenspiegel* (cfr. *supra*, pp. 252 s.) e nella Riforma di Worms degli anni 1498-99 ad essi collegata.

<sup>(53)</sup> SAVIGNY, V, 2, pp. 644 s.

<sup>(54)</sup> Sulla materia è fondamentale lo scritto del MICHAELIS, *Wardlungen d.*

a) L'estrapolazione logica di fatti « giuridicamente rilevanti » dal coacervo della materia del contendere e la separazione — resa così possibile — della « questione di fatto » della « questione di diritto » fa della sentenza del giudice una operazione di *sussunzione*, il completamento — cioè — di quel giudizio logico già contenuto ipoteticamente nella norma generale o nel sistema dei principî giuridici. Se per legge, o alla stregua dei principî, sia stabilito che se si dà A, ne consegue B; quando il giudice constata che nella fattispecie concreta sussiste *a*, da ciò è tenuto a concludere che deve esser vero anche *b*. Quell'operazione che nella più antica esperienza giuridica si caratterizzava come *ritrovamento* del diritto (un diritto esistente, sì, ma non ancora « portato alla luce ») diventa, nel nuovo contesto d'esperienza, *applicazione* del diritto. E solo per questa via quel metodo ch'era proprio della scienza giuridica s'è introdotto nel vivo della funzione giurisdizionale: perchè il ridurre a problemi giuridici le realtà di fatto sussumendole sotto le norme con sentenze aventi una struttura ipotetica, appartiene per sua natura al procedimento proprio della conoscenza teorica e non già al comportamento tipico del giudice, le cui sentenze sono atti non soltanto di cognizione ma anche di volontà. Se il più antico diritto tedesco — a stare a molte testimonianze — concepiva il sentenziare e il giudicare come « un render diritto ciò che diritto non era, e nel contempo come un piegare al diritto » e perciò come un atto che di per sè creava ordinamento (che, cioè, — secondo il metro di giustizia offerto dalla tradizione e dalla consuetudine — riduceva il disordine in ordine); altrettanto, ora, il compito del giudice — ben significato dall'ètimo del verbo *applicare* — era quello di *piegare* una fattispecie (già in precedenza letta con gli « occhiali del giurista ») a rendersi coerente con un complesso di norme e di principî attraverso l'operazione logica della sussunzione.

b) Guadagni e perdite di questo ormai irreversibile mutamento di prospettive che si compì agl'inizî dell'Età Moderna, son sotto gli occhi di tutti noi. Esso rese possibile per la prima volta la

---

*dtisch. Rechtsdenken seit d. Eindr. d. fremden R.*, in: *Grundfragen d. neuen Rechtswiss.*, 1935; cfr. anche WIEACKER, GuB, p. 39.

pronuncia di sentenze razionalmente motivate (e per ciò stesso razionalmente controllabili), le sottrasse all'arbitrio e al gioco degl'interessi privati, e trattando in modo uguale situazioni identiche garantì assai meglio la legalità formale e quella sostanziale. Ma nel contempo esso sottrasse anche l'attività giurisdizionale alla comprensione di coloro tra i consociati che non fossero stati provvisti d'un certo strumentario culturale, e la ridusse a monopolio d'una casta d'intellettuali: che è quanto dire che condivise, nel bene come nel male, quella carica «alienante» che è propria della razionalizzazione e della specializzazione della stessa qualità della vita moderna.

Perchè questa tecnica, a cui son giunte tutte le scienze giuridiche evolute (anche quelle che meno hanno subito l'influsso del diritto romano — come la scienza giuridica inglese —, e fors'anche quella dell'antica tradizione ebraica, o quella islamica), esercitata ininterrottamente per secoli sulle cattedre e nelle aule dei tribunali, ha finito con l'improntare di sè per sempre i canoni di pensiero e di comportamento del giurista europeo. Questa tecnica lo ha qualificato, non solamente nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ma anche nell'amministrazione e — più in generale — in ogni sorta di attività che comporti una «discussione», rendendolo abile nella distinzione analitica e nell'ordinazione formalmente corretta dei punti controversi, e dandogli così, nell'attività politica ed in quella economica, un autentico monopolio nei confronti degli stessi interessati. L'energia razionalizzata, la lucida volontà di raggiungere gli scopi predeterminati e il rigore organizzativo — che rappresentano, anche nei confronti delle altre grandi culture, le caratteristiche peculiari della vita pubblica in Europa — non sarebbero stati possibili senza il contributo di pensiero che la scienza giuridica ha offerto. Ma questi vantaggi sono stati pagati con la rinuncia alla possibilità di rendere pienamente comprensibile l'esercizio delle funzioni pubbliche ai non-giuristi. Tutto ciò ha impedito la diretta partecipazione del cittadino alla vita dello Stato, e al suo posto ha spesso lasciato emergere un sordo senso di diffidenza nei confronti del giurista di professione. Questa ostilità è, forse, l'unico risvolto di per sè fondato di quella opposizione (nazionalistica e romantica) che da più di un secolo suol levarsi contro il «diritto romano». In realtà



questi moti di ripulsa non riguardano il diritto romano in quanto tale, ma piuttosto (e più in generale) ogni sorta di scienza rigorosamente giuridica e, più ancora, ogni forma di attività statale nettamente differenziata da ogni altro aspetto dell'esperienza comune; ma proprio per questo essi sono radicalmente sterili, perchè non è in nostro potere — se non a costo di autentiche catastrofi — far sparire nel nulla un aspetto della vita una volta ch'esso si sia pienamente consolidato.

## II.

### LA LEGISLAZIONE NELL'ETÀ DELLA RECEZIONE

I. Legislazioni delle città (« *Reformationen* »). — II. Legislazioni territoriali (« *Landrechte* »). — III. Ordinamenti territoriali e di polizia.

I. 1. Le legislazioni particolari dell'età della Recezione sono ad un tempo conseguenza e causa d'un'ulteriore diffusione del diritto romano; esse, cioè, son la prova sia del concreto generale vigore di questo sistema normativo che della diffusa volontà di continuare ancora ad applicarlo per l'avvenire. Nell'intenzione dei loro compilatori queste legislazioni tendevano a collocarsi a mezza via fra la normativa tipicamente medievale — che, nel concorso di determinate circostanze storiche, mirava soltanto all'accertamento e alla consolidazione d'un (preesistente) patrimonio consuetudinario <sup>(1)</sup> — e le codificazioni nelle quali, a partire dalla fine del Settecento, i moderni Stati-legislatori avrebbero tradotto in termini normativi i loro progetti radicalmente nuovi. Mentre, per un verso, esse si riconnettevano alla tradizione normativa delle città e dei territori risalente a prima della Recezione, per altra via vennero poi sempre più coscientemente mirando, non già alla consolidazione dei diversi patrimoni consuetudinari, ma piuttosto ad un coerente rinnovamento dei sistemi normativi. Nel termine « riformazione » <sup>(2)</sup>, usato soprattutto per indicare il rinnovamento delle legislazioni cittadine — che è espressione comu-

---

<sup>(1)</sup> Sul quadro di fondo dell'ordinamento cfr. gli scritti del KRAUSE, dello EBEL e del KERN cit. *supra*, p. 147, nt. 26.

<sup>(2)</sup> La legislazione delle città tedesche ha certamente mutuato questo termine dagli statuti italiani; secondo lo STOBBE, II, p. 223 esso fu usato per la prima volta a Norimberga nel 1479, forse per influsso dell'esempio offerto dalla legislazione veneziana.

nemente ricorrente nell'età di passaggio tra Medioevo ed Età Moderna — nel termine « riformazione », dicevamo, si esprime in modo particolarmente felice la funzione — per dir così — mediana che queste legislazioni intendevano assolvere.

La penetrazione del diritto romano nelle compilazioni normative era cominciata assai per tempo in Germania, già nel corso del Basso Medioevo. Nella legislazione imperiale questa penetrazione era stata agl'inizî facilitata dal fondamento romanistico che s'era voluto dare all'autorità dell'Imperatore; mentre nei singoli territori essa fu resa possibile dall'intervento dei giuristi colti per glossare e rielaborare i libri giuridici e le legislazioni cittadine. A partire dalla metà del Quattrocento, poi, questi processi vennero via via rafforzandosi per la crescente iniziativa dei principi delle diete e dei reggimenti autonomi delle città più grandi ed economicamente più floride.

Certo, il vigore sistematico dei legislatori dal Tardo Illuminismo era ancora ben lungi dal manifestarsi. Il programma che questa legislazione si prefisse era spesso limitato all'adeguamento delle norme particolari fino ad allora vigenti al diritto romano, sul cui vigore nessuno aveva più dubbî; il che non esclude che, soprattutto in virtù della collaborazione di qualche giurista particolarmente valoroso, si siano elaborate anche talune nuove figure normative di buona fattura. Ma non dobbiamo commettere l'errore di ragionare di tutte queste compilazioni normative presupponendo quell'immediata e totale effettività che la legge suol avere nel razionalizzatissimo Stato contemporaneo <sup>(3)</sup>.

A questo rinnovamento di segno romanistico si avviarono per prime le città della Germania meridionale: per l'influsso che vi esercitava una nobiltà colta <sup>(4)</sup>, per i rapporti commerciali che

---

<sup>(3)</sup> La mutevolezza di quest'effettività è un dato che oggi lo storico del diritto antico solitamente sottovaluta. Essa tende a diminuire quando si trova di fronte una tradizione fortemente radicata nella coscienza popolare, o quando si estende lo spazio su cui essa è chiamata ad esplicarsi, o ancora quando si affievoliscono i traffici e s'indeboliscono gli apparati di esercizio del potere; in questi ultimi secoli — per il concorso di fattori diametralmente opposti a quelli or ora elencati — quest'effettività è venuta man mano crescendo fino ai nostri giorni.

<sup>(4)</sup> Ne abbiám già parlato *supra*, p. 211, nt. 81. Per i Paesi Bassi cfr.

le legavano alle loro consorelle dell'Italia settentrionale e per dare una risposta conveniente alle loro esigenze economiche. Talvolta l'impulso al rinnovamento fu dato dall'esterno, dalle circostanze politiche: come accadde a Worms per via del contrasto che oppose la città al vescovo <sup>(5)</sup>.

Le più importanti legislazioni cittadine, elencate seguendo il progredire dell'influsso romanistico (un ordine che non collima necessariamente con quello cronologico) son le seguenti: Colonia (1437), Amburgo (1497, riveduta negli anni 1603-5), Lüneburg (1577), Lubeca (1586), Norimberga (1479), Friburgo (1520), Francoforte sul Meno (1509, riveduta nel 1578 e nel 1611) e Worms (1499). Si suol distinguere tra loro due gruppi che corrispondono ai due caratteri alternativi fondamentali delle città tedesche: da una parte le città anseatiche della costa già fiorenti nel Basso Medioevo coi vasti interessi del loro commercio marittimo che arrivava fino alla Francia Occidentale alle Fiandre all'Inghilterra e ai Paesi baltici; dall'altra parte, invece, le Città imperiali del Sud che si svilupparono più tardi, tra il Quattro e il Seicento, con le loro floride industrie e coi loro traffici commerciali volti verso la Borgogna l'Italia e l'Europa sud-orientale. E non per caso proprio queste ultime città mostrano una maggior apertura verso le correnti della Recezione.

2. La legislazioni di Colonia Amburgo e Lubeca sono antiquate; e quindi, quanto al loro contenuto essenziale, legate ai modelli di stampo germanico, e quanto alla loro strumentazione tecnica e sistematica assai più macchinose e legate alla tradizione.

a) Colonia <sup>(6)</sup>, la più grande città basso-medievale della Germania, già nel 1437 si dette una propria legislazione, la quale — mal-

---

DEKKERS, *Het humanisme en de rechtswetenschap in de Nederlanden*, Antwerpen-Den Haag, 1938; FEENSTRA, *Verkenningen of het gebied der receptie*, Zwolle, 1950. Più in generale H. MITTEIS (Festschr. Schulz, I [1951], pp. 257 s.) vede in questo influsso della nobiltà sulla Recezione una forma estrema di dominio della nobiltà nell'esperienza giuridica.

<sup>(5)</sup> KUNKEL, *Qu. z. neueren dtsh. Privatrechtsgeschichte*, I, 1, *Ältere Stadt-rechte* (1935), XV.

<sup>(6)</sup> STOBBE, II, pp. 288 ss.; PLANITZ, ZSS, GA, LV (1935), pp. 131 ss.

grado che il diritto romano fosse presente tra gl'insegnamenti che si impartivano allora in quell'Università (7) — ci appare solo debolmente romanizzata. E, significativamente, quest'influsso romanistico appare più marcato in quelle materie, nelle quali — per mancanza d'una sufficiente elaborazione teorica o normativa nell'ambito del diritto tedesco — anche in altre occasioni e fin da principio (fino, cioè, dall'età della « Protorecezione ») si era ricorsi all'ausilio del diritto romano: così, accanto alla materia costituzionale, si trattò soprattutto della normativa sulla tutela e sul beneficio d'inventario da riconoscersi all'erede. Solo il diritto romano conosceva la figura della *tutela dativa* che fin da principio si palesò uno strumento necessario di quella politica assistenziale verso cui le città sentirono di doversi orientare; e, d'altro canto, la limitazione di responsabilità dell'erede era di grande importanza in una società nella quale il commercio fondato sul credito aveva assunto uno sviluppo così grande.

b) Per A m b u r g o (8), che alla fine del Quattrocento assunse una posizione di egemonia fra le città anseatiche, è possibile constatare l'esistenza d'una legislazione propria fin dal 1270, esemplata dallo Specchio Sassone. Ancora nel 1497 si procedeva a una nuova redazione di queste norme, sempre seguendo un modello di tipo tedesco. Dopo un'ulteriore rielaborazione in seguito a trattati e *Bauernsprachen* (9), nel 1603 il Consiglio della città, che nel frattempo s'era ancor di più espansa economicamente, sotto la spinta della borghesia, formò una commissione di revisori. La revisione — che fu ultimata nel 1605 — fu fatta sotto l'influsso delle Costituzioni della Sassonia Elettorale (10), le quali — alla loro volta — offrivano la più moderna e più raffinata interpretazione di quello Specchio Sassone che già da gran tempo era stato imbevuto di giurisprudenza dotta. Se per il suo contenuto può ancora esser considerata appartenente al filone della tradizione giuridica tedesca, per la terminologia questa redazione — anche nella sua forma originaria — è già un'opera dotta, per quanto il Consiglio che l'aveva deliberata, mantenendo fede al primo proposito, avesse ordinato che si evitassero per quant'era possibile le parole latine e quelle altre parole che potessero restare incomprensibili alle persone incolte, sostituendole con termini rigorosamente tedeschi (11).

(7) COING, IRMAE, § 21.

(8) STOBBE, II, pp. 309 ss. Per la legislazione amburghese del 1270: il testo in LAPPENBERG, Hbg. Rechtsalterthümer, I (1845), pp. 1-74; e, in seguito, H. REINKE, ZSS, GA, LXXII (1955), pp. 83 ss.; ZVerHambGesch, XXIX (1928), pp. 219 ss.; COING, IRMAE, § 35, nt. 525-530.

(9) Cfr. *infra*, p. 297.

(10) Cfr. *infra*, p. 294.

(11) STOBBE, II, p. 312.

c) La più recente legislazione di L u b e c c a <sup>(12)</sup> non corrisponde al rango e alla fama del fiero capoluogo anseatico, del suo antico diritto non scritto, e della rinomanza che le decisioni del suo consiglio s'eran guadagnata in tutta la regione baltica <sup>(13)</sup>. Per un lungo periodo di tempo di questo diritto s'eran avute delle redazioni scritte solo in occasione della fondazione di città « sorelle » (fino a Reval) per dar loro subito un primo ordinamento. Nella madrepatria, proprio per la fama di cui esso era circondato e per la sua indiscussa certezza, la necessità di una sua redazione scritta fu avvertita solamente in connessione con la decadenza della Repubblica baltica. Nel 1547 il *syndicus* Rüdél viene incaricato di provvedere alla redazione scritta dell'ordinamento cittadino. In seguito il lavoro s'arendò, e fu ripreso in mano soltanto nel 1582 da una commissione formata da tre giuristi; le quale, nel 1586, pubblicò lo « Statuto ed ordinamento della libera e imperiale Città di Lubeca, nuovamente rivisto corretto e tradotto » (dall'antica lingua ufficiale e commerciale di Lubeca, che dalla regione baltica scomparve solo con la decadenza delle strutture anseatiche, e decadde anche come lingua ufficiale interna quando comparve la traduzione della Bibbia fatta da Lutero). L'opera fu stampata a Lubeca, per i tipi di Johann Balhorn, nell'anno del Signore 1586 <sup>(14)</sup>. Ma non fu certo degna dell'antico diritto di Lubeca: conservatrice nella sostanza e antiquata nella struttura, questa legislazione lascia intravedere una sua (seppur latente) romanizzazione, che ne sottolinea ancor di più la debolezza d'impianto sotto il profilo teorico.

d) Tutt'altro discorso è da farsi per la riforma della legislazione di L ü n e b u r g , che, iniziata nel 1577, fu condotta a termine nel 1583 <sup>(15)</sup>. Anch'essa fu redatta solo verso la fine dell'età della Rece-

<sup>(12)</sup> STOBBE, II, pp. 293 ss.

<sup>(13)</sup> EBEL, *Lübecker Ratsurteile*, I/II, 1955-58; su cui cfr. *Forschungen z. Gesch. d. Lübb. Rechts*, 1951; *Bürgerliches Rechtsleben d. Hansezeit in Lübb. Ratsurteilen*, 1954. Le più antiche compilazioni legislative delle città (1263-1348) son reperibili in KORLÉN, *Das mittelndd. Stadtr. von Lübeck, Norddeutsche Stadtrechte*, Lund u. Kopenhagen, 1951.

<sup>(14)</sup> Secondo il KLUGE, *Etymol. Wörterbuch*, XVII ed., 1957, s.v. « verbalhornen » [verbo tedesco che significa « peggiorare una cosa con la buona intenzione di migliorarla », *Nd.t.*] lo stampatore Balhorn non ebbe alcuna colpa per le negligenze dei redattori; e, per i fastidi avuti, rifiutò la collaborazione alla stampa della seconda edizione del 1603. In ogni caso il fatto che, seppure a torto, si sia formata addirittura una parola a spese del Balhorn è la prova della grande diffusione dell'opera. Un capolavoro di editoria sono invece i *Commentarii in ius Lubicense* (I/II, 1642; III/IV, 1643) del Mevius, su cui cfr. *infra*, pp. 327 s.

<sup>(15)</sup> Stampe: dapprima Lüneburg, 1727; più tardi in E. PUFENDORF, *Observ. juris univ.*, IV, 1770, pp. 624-842. Per il contenuto cfr. W. REINKE, *Lüneburgs ält. Stadtbuch u. Verfestigungsregister*, 1903; SCHULTZE - v. LASAULX, *Die Krise*

zione; mentre, a partire dal primo ordinamento cittadino di cui la tradizione serba memoria e che risaliva al 1247, s'era avuto un lungo e fiorente sviluppo fondato tutto sul diritto sassone. Ma, al contrario di quanto può dirsi delle contemporanee compilazioni delle metropoli anseatiche, questa riforma rappresenta l'opera pensata ed equilibrata d'un giurista provvisto di larga cultura.

Probabilmente in occasione dell'acquisto del governatorato da parte del duca, nel 1576, il Consiglio incaricò il *syndicus* Enrico Husanus, con la collaborazione d'un gruppo di cittadini (i quali in verità, più che collaborare, intralciarono il lavoro), di procedere ad una riforma di tutto l'ordinamento cittadino, comprese le norme penali e quelle di polizia. Nel suo lavoro lo Husanus tenne ben presente il modello offerto dalla riforma di Francoforte del 1578, il cui autore Fichard egli aveva conosciuto personalmente; nel contempo furono tenute costantemente sott'occhio anche le Costituzioni della Sassonia Elettorale del 1572 che in quest'epoca godevano di largo prestigio in tutto il territorio di tradizionale influsso del diritto sassone. Inoltre i precedenti scritti dello Husanus mostrano una sorprendente conoscenza di altre compilazioni normative contemporanee (comprese le *Coutumes*), dei Postglossatori, degli autori contemporanei tedeschi olandesi e francesi, e della letteratura cameralistica.

Per tutte queste ragioni il contenuto di questa riforma altro non era che il diritto comune dell'epoca, in quella forma — per dir così — « compensata » che aveva assunto passando attraverso il filtro d'una recezione di alto livello scientifico nei territori di tradizionale vigore del diritto sassone. Prevalentemente conformi al diritto comune erano le norme in materia di obbligazioni, di diritti reali mobiliari, di tutela e di successioni legittime secondo i principî sanciti dalla Novella 118. Come tutte le più elaborate legislazioni cittadine, invece, questa riforma si adeguò al diritto tedesco (nella forma che questo era venuto assumendo nella normativa locale) per la materia dei diritti reali immobiliari, per quella matrimoniale e dei rapporti familiari, in materia patrimoniale (tipicamente possono ricordarsi istituti come l'alienazione dinanzi al Consiglio, la comunione negoziale dei beni, l'ordine dei successibili, il diritto di prelazione a favore dei parenti più stretti in costanza di comunione ereditaria). Furono rispettati anche gli « articoli di Eddach » che trovavano il loro fondamento nelle tradizionali forme di vita economica di questa « città del sale ». Il processo, accogliendo il « principio di eventualità », il divieto dell'articolazione e le forme

---

d. *Gemeinen Sachenrechts*, Festschr. Hedemann, 1938, pp. 51 ss. e soprattutto D. M. RABE, *Die Lüneb. Stadtrechtsreformation (1577-1583)*, tesi dattiloscritta dell'Università di Friburgo, 1957; e, prima, J. MERKEL, *Heinr. Husanus (1536-1587)*, 1898; EBEL, *Bursprache, Echtding, Eddach in d. ndd. Stadtrechten*, Gött. Festschr. Niedermeyer, 1953, pp. 68 ss.

« speciali » di contestazione della lite (la cosiddetta « fortificazione di guerra », « *Kriegsbefestigung* »), si fondava sullo schema offerto dalla tradizione sassone; il diritto penale era interamente fondato sulla *Carolina* (che a Lüneburg era applicata già prima del 1576).

3. Più significative per noi, e più moderne per l'impianto teorico su cui appaiono fondate, sono le legislazioni delle città della Germania meridionale. Oggi esse sono agevolmente consultabili nell'edizione curata dal Kunkel <sup>(16)</sup>, la quale è più propriamente una selezione di queste norme, della quale anche noi ci gioveremo nell'impostare questa nostra esposizione <sup>(17)</sup>.

a) La prima in ordine di tempo tra queste riforme legislative fu quella di Norimberga. Dopo una vivace attività legislativa intorno alla metà del Quattrocento, che aveva dato incremento alla già fiorente civiltà borghese d'una ben governata comunità, fino dal 1479 Norimberga ebbe una prima riforma: opera d'un autore a noi sconosciuto, ma evidentemente provvisto d'una solida cultura giuridica, che ha lavorato sul fondamento, sì, del diritto romano ed in coerenza con la dottrina degli statuti, ma salvaguardando il patrimonio giuridico locale. In realtà questa riforma mantenne stretti i propri legami col più antico linguaggio giuridico e con la tecnica legislativa tradizionale di Norimberga, talvolta anche a prezzo di qualche goffaggine nella formulazione <sup>(18)</sup>.

Certo, se si pone mente al contenuto, bisogna riconoscere che l'influsso romanistico è più che evidente. Vi appaiono, però, conservate quelle regolamentazioni tipicamente locali, che potevano apparire più vitali per una città mercantile, in materia di rapporti patrimoniali fra coniugi, di compravendita e di società commerciali: un segno, questo, che ben vive nell'autore una autonomia nei confronti dei pur palesi influssi culturali ed un'acuta sensibilità nelle scelte più rilevanti sul piano della politica del diritto. Qui come altrove il diritto « nuovo » trovava maggiori difficoltà di penetrazione in quelle materie nelle quali le antiche istituzioni autoctone erano rimaste vitali per via d'una loro quotidiana e concreta sperimentazione nei fatti.

La riforma legislativa di Norimberga ha esercitato il suo influsso in un ambito territoriale assai vasto: per esempio, sulla legislazione

<sup>(16)</sup> Cfr. *supra*, nt. 5.

<sup>(17)</sup> A questo punto c'è — nell'originale tedesco — una citazione letterale, che nella traduzione viene omissa, perchè — non potendosi, naturalmente, rendere il sapore genuino del testo — essa appesantirebbe l'andamento del discorso pur senza nulla aggiungervi nella sostanza (*N.d.t.*).

<sup>(18)</sup> KUNKEL, p. xvi.



di T u b i n g a compilata nel 1497 <sup>(19)</sup>, e — tramite quest'ultima — sull'ordinamento territoriale del Württemberg del 1555; ed ancora sulla riforma legislativa di Worms, su quella della Baviera del 1518 e su quella del territorio di Solms <sup>(20)</sup>. In quasi tutti i casi, però, questo influsso è stato reso possibile più per via di rapporti culturali e personali che non per uno scambio d'esperienza pratica.

Anche in questa città così vivace l'attività legislativa continuò ancora. Nel 1506 il Consiglio, per mezzo di Willibald Pirkheimer, chiese un parere a Venezia in materia di legislazione tutelare <sup>(21)</sup>; e nel 1564 la riforma fu rinnovata con la collaborazione di Claude Chansonette: la legislazione ne guadagnò in coerenza sistematica ed in eleganza e — per quanto lo consentivano i tempi — ne uscì ancor più nettamente romanizzata <sup>(22)</sup>.

b) la riforma di W o r m s fu redatta nel 1498 da un ignoto giurista e venne pubblicata nel 1499. In realtà non si tratta d'uno statuto locale per Worms, ma piuttosto d'un manuale di diritto imperiale ad uso dei ceti meno colti <sup>(23)</sup>, redatto forse sotto l'influsso della recente (del 1495) fondazione, nella vicina Spira, del *Reichskammergericht*. Questo è confermato da una fonte del tempo <sup>(24)</sup> e dallo stesso sottotitolo della compilazione che ne raccomanda l'uso a « tutti i governi »; e può anche spiegare in modo persuasivo la presenza in appendice d'un formulario processuale esemplato sul coevo « Specchio delle azioni » (*Klagenspiegel*: cfr. *supra*, pp. 251 s.). Appare, poi, perfettamente coerente con questa ipotesi il fatto che, nei confronti del diritto romano, quello locale (franco-renano) rimane nell'ombra in una misura che altrimenti, tenendo conto dell'epoca assai risalente in cui questa compilazione fu redatta, apparirebbe assolutamente sorprendente. Il diritto locale, infatti, è conservato solamente per quelle materie nelle quali la Recezione incontrava sempre un'incondizionata resistenza: in particolare in materia di filiazione, di matrimonio, di donazione obnuziale e di rapporti patrimoniali all'interno della famiglia; per questo troviamo ancora disciplinata l'obbligazione da promessa unilaterale (*Angelobung*) ed il possesso di tipo germanico (*Gewere*). Insomma, volendo dare un giudizio d'insieme, può ben dirsi che si tratta d'un'opera che in ogni caso aveva corrisposto poco al suo scopo pratico e locale.

---

<sup>(19)</sup> Per questo cfr. SCHANZ, *Das Tüb. Stadtrecht von 1493, Herkunft u. Bedeutung*, 1963.

<sup>(20)</sup> KUNKEL, pp. XXVIII ss.

<sup>(21)</sup> STOBBE, II, pp. 302 s.

<sup>(22)</sup> Sullo Chansonette cfr. *supra*, p. 236, nt. 44.

<sup>(23)</sup> Talvolta vi si confrontano diverse redazioni, come in IV, 1, 4: « In questa materia vi sono diverse opinioni; ma la stimata opinione dei giuristi ritiene che ... ».

<sup>(24)</sup> KUNKEL, p. XIX.

c) La riforma legislativa di Francoforte del 1509 — come molte altre compilazioni legislative di quest'epoca — è nel suo insieme un ordinamento giudiziario, con incluse — ognuna a suo luogo — le norme relative alle diverse materie di diritto privato sostanziale (in particolare: diritto delle successioni, rapporti patrimoniali tra coniugi, garanzie delle obbligazioni, materia tutelare). Essa, cioè, presuppone il perdurante vigore d'un più antico ordinamento e si pone perciò come un'autentica (parziale) riforma: dal che consegue che le materie oggetto della riforma stessa ricevono una disciplina di chiaro stampo romanistico, tanto che quando ci si riferisce semplicemente al « diritto » s'intende parlare senz'altro del diritto romano. Ed è assai sintomatico che questo valga perfino per la materia dei rapporti patrimoniali tra coniugi, disciplinata qui sulla base del principio di comunione degli acquisti <sup>(25)</sup>, che — col senso pratico loro proprio — i Postglossatori avevano sviluppato prendendo le mosse dai testi romani in materia di dote. Allo stesso tempo questa riforma dimostra una maggiore assennatezza — sul piano pratico — di quella di Worms: per esempio, essa mantenne in vigore le antiche forme locali di pubblicità senza far luogo a quelle di origine romana.

Negli anni tra il 1571 e il 1578 il Fichard (su cui cfr. *supra*, p. 228) — su incarico del Consiglio della città, che trovava la precedente riforma « del tutto confusa, in più punti oscura ed in molte parti manchevole » — rielaborò del tutto e completò la riforma tenendo in gran conto lo stato della scienza giuridica e le soluzioni offerte dalle altre legislazioni particolari <sup>(26)</sup>.

d) La legislazione di Friburgo del 1520 è a buon diritto ritenuta il miglior esempio di ordinamento cittadino del tempo suo, capolavoro dello Zasio legislatore <sup>(27)</sup>. La superiorità della mano del suo autore si mostra chiaramente per la lucida scelta dei criteri di politica legislativa, per la chiarezza e il rigore della costruzione, per la scelta ponderata d'ogni disposizione e per la giudiziosa conservazione dell'antico diritto patrio in tutte quelle parti in cui fosse utilizzabile o addirittura meritevole d'esser preferito; ma soprattutto per la celeberrima originale creazione della normativa sulle quote di riserva legittima nelle successioni. Non solo per queste sue qualità og-

<sup>(25)</sup> KUNKEL, p. XXIV.

<sup>(26)</sup> Fondamentale il lavoro del COING, *Die Frankfurter Ref. von 1578 u. d. Gemeine Recht ihrer Zeit*, 1935.

<sup>(27)</sup> STOBEE, II, pp. 306 ss.; STINTZING, *U. Zasius*, 1857, pp. 157 ss.; cfr. anche la letteratura sullo Zasio da noi già citata alla p. 226, nt. 16. La paternità dello Zasio, a volte messa in discussione, è stata nuovamente accertata — nei suoi termini reali — dalla ricerca di H. KNOCHE, *U. Zasius u. d. Freiburger Stadtrecht*, cit., partic. pp. 27 s., 40 ss. (su cui cfr. WIEACKER, ZSS, RA, LXXVII [1960], pp. 557 ss.); cfr. anche *supra*, p. 227, nt. 17.

gettive la legislazione di Friburgo fu diffusa dagli scolari dello Zasio: dal Sicardo nel Württemberg e dal Fichard nel territorio di Solms <sup>(28)</sup>.

II. 1. Dietro alle singole legislazioni territoriali (*Landrechte*) — pur fra loro legate da un vincolo derivante da un comune *habitus* spirituale e culturale — era presente, come volontà politica traente, l'interesse del principe — ed ancor più dei ceti politicamente rappresentati — all'unificazione della struttura giudiziaria, all'eliminazione degli abusi e della frammentazione nell'esercizio della funzione giurisdizionale da parte dei tribunali di grado inferiore (un fatto, questo, che offendeva il senso di giustizia dei profani e la coscienza scientifica dei giuristi). In particolare erano i tribunali di corte a sentir viva l'esigenza di unificare il diritto vigente nei territori sottoposti alla loro giurisdizione. Così a Jülich-Berg i rappresentanti degli Stati si lamentavano per gl'inutili costi della giustizia e per gli annullamenti di sentenze; e le Costituzioni della Sassonia Elettorale furono promulgate proprio per venire incontro alle lamentele delle rappresentanze degli Stati che « nelle sedi scabinali dei territori di Vostra Grazia in molti casi vengono pronunciate sentenze disuguali e contraddittorie (le une con le altre), dal che derivano ingiustizie non piccole » <sup>(29)</sup>.

Come fondamento d'un diritto territoriale unificato la consuetudine locale — nella maggior parte dei casi — non appariva utilizzabile, perchè — diversamente da quanto accadeva nelle grandi città — essa non era uniforme, mancava spesso d'una redazione scritta ed era perciò anche priva di certezza nel contenuto; un'eccezione era in qualche modo rappresentata da un territorio come l'Antica Baviera che aveva vissuto fin da tempi remoti in una sua quasi totale insularità. Così, nel 1553, la Commissione incaricata nel Württemberg di redigere il nuovo ordinamento territoriale constatava che non sarebbe stato possibile cavar

---

<sup>(28)</sup> Se ne riparerà tra poco, a p. 294. Due altre legislazioni cittadine tipicamente romanizzate sono quelle di Zwickau (ALFR. SCHULTZE, *Die Zwickauer Stadtrechtsreformation 1533-1569*, Leipzig, 1935, su cui cfr. ZSS, GA, LVIII [1938], pp. 709 ss.) e di Friedrichstadt (WOHLHAUPTER, *St. Besta*, II, 1939, pp. 213 ss.

<sup>(29)</sup> KUNKEL, *Landrechte*, p. XI.

fuori dalla gran massa degli usi una legislazione unitaria che avesse voluto essere razionale utile ed uniforme <sup>(30)</sup>.

Per questa ragione le legislazioni territoriali, in confronto alle (pur non dissimili) riforme delle legislazioni cittadine, ci appaiono più fortemente romanizzate, conformemente alla regola secondo la quale un diritto locale più frammentario e meno sviluppato era destinato a soccombere più rapidamente e più facilmente all'influsso del diritto comune. Proprio per via di questa frammentazione della materia prima da mettere a profitto e per gl'inevitabili compromessi fra le singole regioni a cui era giocoforza ricorrere, la redazione degli ordinamenti territoriali fu impresa tanto ardua che spesso si ridusse ad una imitazione delle legislazioni delle città più vicine. Nè mancarono casi di trapasso materiale di norme da un ordinamento territoriale ad un altro.

2. Ordinamenti territoriali degni d'esser menzionati <sup>(31)</sup> sono quello del Baden del 1511, la riforma dell'ordinamento della Baviera del 1518, quello tirolese del 1526, la brandemburghese *Constitutio Joachimica* del 1527, l'ordinamento territoriale di Jülich-Berg degli anni 1555-1564, quello del Württemberg 1555 riformato nel 1610, l'ordinamento giudiziario del territorio di Solms del 1571, le Costituzioni della Sassonia Elettorale del 1572 (che pure non sono, a ben guardare, un vero e proprio ordinamento territoriale, *Landrecht*), ed infine gli ordinamenti territoriali di Baden-Baden del 1588, di Baden-Durlach degli anni 1622 e 1654 e quello Ducato di Prussia del 1620 riformato poi nel 1721.

a) L'ordinamento territoriale del B a d e n (« Ordinamento in materia di successioni e di tutela per il margraviato posto vicino a Friburgo ») precedette la legislazione cittadina di Friburgo composta dallo Zasio, che di questo ordinamento certo non fu l'autore pur se certo vi mise mano <sup>(32)</sup>. Mostra pregi non dissimili a quelli delle norme di Friburgo, pur se non poté appoggiarsi ad una tradizione altrettanto

---

<sup>(30)</sup> KUNKEL, *op. cit.*, p. XXIII.

<sup>(31)</sup> La seguente scelta — che a noi sembra abbastanza rappresentativa — si fonda prevalentemente sull'edizione di queste legislazioni curata dal KUNKEL con i suoi commenti così penetranti ed illuminanti.

<sup>(32)</sup> P. LENEL, *ZGeschOberrh.*, XXVII (1912), pp. 511 ss.; CARLEBACH, *Bad. Rechtsgesch.*, I, 1906, pp. 46 s.; WICHARD, *ZGeschOberrh.*, XLIV (1931), p. 350 s.

fortemente sviluppata, per cui la tradizione locale vi è trattata con minor riguardo.

b) Uno dei diritti più conservatori del suo tempo è la Riforma dell'ordinamento territoriale della Baviera del 1518<sup>(33)</sup>; e si trattò davvero d'una riforma e non d'una redazione nuova di sana pianta, se in tutto essa si fonda, brano dopo brano, sul libro giuridico (*Rechtsbuch*) antico-bavarese dei figli dell'Imperatore Ludovico (compilato nel 1346) che dopo la divisione fra il ramo di Monaco e quello di Landhust restò diritto comune e si oppose alla frammentazione altrove così consueta. Insieme fra loro i consiglieri d'entrambi i governi fin dal 1487 discussero a Erding sulla opportunità d'una revisione dell'antico diritto; e qui si ebbe anche, certo per il carattere duro di quella stirpe, una cosciente difesa del più antico diritto in quanto tale: nel 1501 i rappresentanti degli stati si lamentarono apertamente per la mancata applicazione dell'antico libro giuridico<sup>(34)</sup>.

Solo nel 1516 una nuova Commissione degli Stati riprese il lavoro di revisione. In questa occasione — oltre all'abbozzo di Erding del 1487 — vennero messi a profitto anche le riforme legislative di Norimberga e di Worms e l'ordinamento del Tribunale camerale del 1495: ancora una volta si trattò di connessioni suggerite da ragioni dotte, certo non fondate su effettive ragioni d'ordine pratico. Il risultato fu un ordinamento che, per il suo contenuto, poteva dirsi ancora legato alla tradizione locale: ma che, giudicato in una prospettiva più rigorosamente culturale, appariva (per il suo stesso stile) fortemente romanizzato — « denaturato », si direbbe<sup>(35)</sup> — riletto in un'ottica dominata dal *jus commune* e dalla *ratio*. Tutto sommato, però, si tratta d'un'opera assai singolare, apprezzabile sotto il profilo della politica del diritto.

c) L'ordinamento territoriale del Tirolo del 1526 — riformato poi nel 1532 e nel 1573 — si mantiene ancorato, anche nella sua ultima redazione, ai modelli del diritto patrio in modo più viscoso di quanto non accadesse negli altri territori, per esempio per la materia tutelare e per quella successoria: questo probabilmente accadde per il fatto che qui il ceto rurale aveva una sua autonoma rappresentanza politica, cosa che non era abituale in Germania. I « buoni costumi antichi » sono esplicitamente dichiarati vigenti in quanto non abrogati<sup>(36)</sup>. Questa fedeltà al passato fu, anche in questo caso,

---

(33) Sulla preistoria e sullo svolgimento della legislazione cfr. le penetranti notazioni del KUNKEL, pp. xvii s.

(34) STOBBE, II, p. 364.

(35) KUNKEL, p. xlix.

(36) STOBBE, II, p. 405, nt. 7.

pagata (a voler giudicare la cosa dal punto di vista tipico della scienza giuridica) con la goffaggine e la arretratezza dei risultati ottenuti.

d) La *Constitutio Joachimica* del Brandemburgo <sup>(37)</sup>, promulgata nel 1527 — opera, forse, del Cancelliere Sebastiano Stublinger — è una stringata (e perciò incompleta) disciplina — tecnicamente tutt'altro che ineccepibile — in materia di matrimonio, di regime dei beni familiari e di successioni secondo il diritto (di ceppo sassone) vigente allora nella Marca del Brandemburgo. Di romano questa *Constitutio* ha solamente l'ordine degli eredi legittimi. Durante il Cinquecento fu romanizzata anche la rimanente normativa in materia di successioni.

e) L'ordinamento territoriale di Jülich-Berg (degli anni 1555-1564), la cui promulgazione fu favorita dagli Stati provinciali <sup>(38)</sup>, tenne conto della forte frammentazione delle norme vigenti in questo territorio e vi pose rimedio con una ancor più forte romanizzazione. Però — come il Kunkel constatò e mise in luce <sup>(39)</sup> — le norme in materia di successione contenute in questa compilazione sono in gran parte riprese parola per parola dalla legislazione bavarese del 1518.

f) L'iniziativa di mettere in scritto il diritto vigente nel Württemberg fu presa dal duca Cristoforo (1550-1568), il quale cominciò con l'ordinare che tutte le norme e le consuetudini in vigore nelle città e nei diversi uffici dovessero essere notificate a una Commissione di cui faceva parte anche il Sicardo, scolaro — come sappiamo — dello Zasio. La Commissione consegnò i risultati del proprio lavoro a tre Consiglieri ducali la cui proposta comune fu poi sottoposta all'esame di altri Consiglieri e pubblicata — tenendo conto delle istruzioni che aveva dato personalmente il Duca — nel 1555 <sup>(40)</sup>. Queste norme furono poi riformate nel 1567 e ancora nel 1610.

Per via della grande frammentazione delle norme vigenti nell'ambito del territorio, questa compilazione tenne presenti (oltre alla legislazione cittadina di Tubinga del 1493) anche quelle di altre città della Germania sud-occidentale, di Worms — per esempio — e soprattutto di Friburgo. La romanizzazione — anche nelle tradizionali isole di resistenza del diritto tedesco, come i rapporti patrimoniali tra coniugi, il regime dei trasferimenti immobiliari, i patti e i retratti successori — supera qui i suoi limiti abituali, quelli — per esempio — che aveva mantenuto nella legislazione di Friburgo <sup>(41)</sup>; ma in questa materia all'ultimo compilatore di queste norme mancò la necessaria lucidità

<sup>(37)</sup> KUNKEL, p. XIX.

<sup>(38)</sup> Cfr. *supra*, nt. 29.

<sup>(39)</sup> KUNKEL, p. XX.

<sup>(40)</sup> KUNKEL, p. XXIII.

<sup>(41)</sup> KUNKEL, p. XXIV.

di giudizio sul piano della politica legislativa. Tuttavia questa legislazione del Württemberg ha, alla sua volta, influenzato le legislazioni di Solms, di Francoforte (la seconda compilazione, del 1578), del Palatinato Elettorale (del 1572), di Baden-Baden (del 1588) ed ancora di Baden-Durlach (1622) ed anche già la riforma legislativa di Norimberga del 1564: è, questo, un caso di « retroreazione » (*Rückrezeption*), poichè questo stesso ordinamento territoriale derivava, a sua volta, dall'antica riforma legislativa di Norimberga del 1478 (42).

g) L'ordinamento giudiziario e territoriale della Contea di Solms del 1571 fu redatto seguendo una più antica traccia elaborata dal Fichard (cfr. *supra*, p. 228) (43), nella quale si comparavano accuratamente le più recenti normative (come l'ordinamento territoriale del Württemberg o l'ancor più recente riforma legislativa di Norimberga) e soprattutto si teneva sott'occhio la scienza giuridica contemporanea. Ma anche questo umanista educato ad una attenta sensibilità pratica ha certamente tenuto in gran conto — come pur aveva fatto il suo maestro Zasio — le consuetudini del territorio (44) in materia di trasferimenti immobiliari di retratti e di contratti agrari (45). Struttura e dettato son chiari e facilmente comprensibili; ond'è che a buon diritto quest'opera ha esercitato la propria influenza ben al di là dei modesti confini della contea per la quale era stata redatta: nell'Assia Elettorale, e nei territori di Hessen-Darmstadt di Nassau e di Magonza, ed anche in più piccole signorie (per esempio a Katzenelnbogen nel 1591).

h) Diversamente da questi ordinamenti territoriali le Costituzioni della Sassonia Elettorale (46) del 1572 non sono compilazioni legislative locali — una compilazione di tal genere viveva in quelle terre già da tempo ed era lo Specchio Sassone con tutte quelle interpretazioni che lo avevano mantenuto al passo coi tempi ed anche coerente da un punto di vista scientifico —, ma sono, piuttosto decisioni autentiche prese dal potere legislativo in controversie pendenti nelle sedi scabinali di Wittenberg e di Lipsia (cfr. *supra*, pp. 265 ss.). Esse non nacquero perciò, come la maggior parte degli ordinamenti territoriali di quest'epoca, dalle esigenze che emergevano dalla frammentazione territoriale; ma furono piuttosto il risultato d'un'attività giurisdizionale particolarmente ricca e matura dal punto di vista scientifico, si presentano esternamente con la forma propria di convenzioni — legislativamente sanzionate — tra collegi giudicanti

(42) Cfr. *supra*, p. 287 per Norimberga.

(43) KUNKEL, pp. xxviii-xxxv.

(44) Così già lo STOBBE, II, pp. 383 s.

(45) THIEME, Leipz. Festschr. für Alfr. Schultze, 1934, pp. 207 ss.

(46) KUNKEL, pp. xlii ss.

(per cui sarebbero in qualche modo paragonabili alle decisioni « plenarie » dei maggiori Senati dell'Età Moderna).

Indottovi dalle lagnanze che gli eran pervenute <sup>(47)</sup> (cfr. *supra*, p. 290), il Principe Elettore Augusto I, nel 1563 richiese alle Facoltà giuridiche di Wittenberg e di Lipsia una relazione sulle rispettive controversie: la prima gli presentò centotrentasei questioni, la seconda ne presentò ottantasei; alla fine una conferenza di tutt'e due le Facoltà discusse su un complesso di dugentoventisette questioni.

Il risultato, una bozza legislativa il cui stile rammenta le Novelle giustiniane (*Novellengesetzgebung*), fu redatto da un certo Cracan — *doctor juris* e consigliere del Principe Elettore — e promulgato nel 1572 (escluse le *Constitutiones ineditae* propriamente destinate alla mitigazione delle pene, che dovevano restar segrete per non compromettere l'ordine pubblico). È degna di nota la lotta che in precedenza Freiberg, una cittadina di montagna, ed altre città avevan condotto per conservare le loro norme in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi, e la replica sproporzionata e ottusa che dette il Cracan: che si sarebbe trattato d'un « diritto grossolanamente irrazionale e contro natura, che neppure i gatti si darebbero; un diritto da bestie, disumano iniquo e contro natura ».

Le Costituzioni danno la prova del sorprendente <sup>(48)</sup> livello scientifico raggiunto dalla prassi sassone e dimostrano una piena padronanza della letteratura giuridica europea <sup>(49)</sup> e — al tempo stesso — il sicuro intuito di politica legislativa di un'amministrazione perfettamente efficiente. Nel 1661, con analoghi intendimenti e come risultato di rinnovate consultazioni, vennero pubblicate le *Decisiones Electorales Saxonicae*.

i) Nel 1525 in Prussia <sup>(50)</sup> — già territorio dell'Ordine Teutonico secolarizzato ad opera dell'ultimo Gran Maestro sicchè da allora in poi quel territorio diventò un Ducato — vigeva un ordinamento tratto in parte dallo Specchio Sassone ed in parte dalla legislazione cittadina di Magdeburgo (*Der Alte Culm*) ed integrato da alcune ordinanze ducali. Questo complesso normativo venne rivisto nel 1566; ma alla fine, su richiesta degli Stati, si pose mano a una nuova compilazione legislativa che fu pubblicata nel 1620 col titolo di « Ordinamento territoriale del Ducato di Prussia » (*Landrecht des Herzogthumbs Preussen*). Questo ordinamento è tributario in parte al diritto comune ed in parte a quello magdeburghese (che è quanto dire al diritto sassone).

<sup>(47)</sup> Cfr. *supra*, nt. 29.

<sup>(48)</sup> KUNKEL, p. XLIII.

<sup>(49)</sup> KUNKEL, p. XLIV.

<sup>(50)</sup> STOBBE, I, pp. 351 ss.



In questo contesto le Costituzioni della Sassonia Elettorale poterono esercitare un forte influsso come ripercussione d'una giurisdizione colta sul diritto sassone.

III. I. Queste fonti di cui abbiám fatto cenno sono solamente un'antologia — seppur significativa — d'un gran numero di legislazioni cittadine e territoriali che si moltiplicarono dappertutto, alle soglie della Guerra dei Trent'Anni, in una Germania materialmente florida, sì, ma insidiata dall'ondata d'un riflusso spirituale ed economico.

Nè può esser dimenticato quanto poco lo spirito e lo scopo di queste leggi corrisondessero all'odierna idea di codice: perchè molte di esse non ebbero altra pretesa che di fissare e mettere in ordine le consuetudini esistenti, alcune non escludevano nemmeno l'autonomo vigore d'altre leggi e d'altre consuetudini, e quasi tutte presupponevano l'applicabilità in via sussidiaria del diritto comune.

A tutto ciò si aggiunga un ulteriore limite della loro portata. Quanto più questi ordinamenti territoriali si rifacevano in modo acritico a modelli di provenienza estranea (i quali, alla lor volta, altro non erano spesso che il frutto d'un'importazione ancor più artificiosa e più « dotta »), tanto più lacunosa era l'attenzione che essi ponevano ai rapporti reali, ed anzitutto ai dati — mutevoli da luogo a luogo — d'una realtà sociale ed economica condizionata dalle strutture politiche e di classe. Così, mentre la più antica legislazione di Norimberga del 1479 ed ancora quella di Friburgo si limitano semplicemente a disciplinare quegli aspetti della vita cittadina (polizia delle strade e dei sentieri, dell'edilizia e degl'incendi; disciplina del lavoro domestico dell'artigianato e dei prezzi; ordinamento e tariffe degli esercenti le libere professioni, come medici farmacisti e notari) sui quali la scienza giuridica romanistica nulla aveva da insegnare; altre compilazioni — magari più dotte, ma certo meno indipendenti — tralasciarono senz'altro di disciplinare queste materie per le quali non potevano disporre di alcun modello di riferimento: è il caso della legislazione di Worms o della prima compilazione di Francoforte (risalente al 1509).

2. Ciò non ostante si può ben affermare che la legislazione tedesca del Cinquecento e del Seicento ha sempre considerato la disciplina della vita sociale e dell'economia come ufficio tradizionale e doveroso, come compito — cioè — di chi è chiamato a governare gli altri « per grazia di Dio ». Questo buon governo della vita pubblica (*politeia*) si faceva volentieri rientrare nel concetto della buona *politia*, della *polizia* — cioè — nel senso lato che allora si dette a questo termine. Nella misura in cui i legislatori cittadini e territoriali — abbagliati dai modelli romani e romanistici — limitavano i loro interventi al campo del solo diritto privato, tanto più chiaramente emergeva l'esigenza di autonomi « ordinamenti di polizia » (*Polizeyordnungen*): si ebbero così ordinamenti di polizia validi per tutto il *Reich*, per un territorio o per una città. Nelle regioni costiere della Germania settentrionale l'antica tradizione delle comunità di cittadini di darsi delle *Bauernsprachen* (dei regolamenti, cioè, dettati dalle stesse comunità) riuscì a conservare un filone normativo autonomo.

a) Gli Ordinamenti di polizia dell'Impero <sup>(51)</sup> (Dieta di Worms del 1495, di Friburgo del 1498, di Augusta del 1530 del 1548 e del 1577; qualche riferimento anche nella decisione della Dieta imperiale del 1654) furono, insieme alla *Carolina*, le ultime norme d'un qualche interesse promulgate da un impero ormai senescente. Esse avevano per scopo il buon ordinamento della vita pubblica (leggi santuarie su vestimenti e matrimonî; norme sui pifferai, i musicanti e i buffoni, sui mendicanti e gli zingari, sulla prostituzione, l'adulterio e il concubinato, sull'usura e la bestemmia, sulla vinificazione e le frodi alimentari) e disciplinavano la materia del diritto dell'economia e del lavoro (commercio, pesi e misure, prezzi, salari e altre forme di retribuzione). Appartengono, ancora, a pieno titolo al diritto privato la disciplina della tutela (vista da sempre come dovere dell'autorità: vedi, per esempio, la *Reichspolizeiordnung* del 1577, tit. 12), il diritto di rappresentazione a favore dei cugini (Dieta di Friburgo del 1498, di Worms del 1521), e l'ordinamento imperiale sul notariato

---

<sup>(51)</sup> STOBBE, II, pp. 203 ss.; WESENBERG, Mem. Koschaker, I, pp. 189 ss.; cfr. COING, IRMAE, § 33.

del 1512, poichè la redazione degli atti pubblici (ivi compresa la forma dei testamenti) riguardava materie la cui regolamentazione unitaria costituiva un'esigenza ovvia per tutti.

b) Un quadro ancor più ricco è offerto dagli Ordinamenti di polizia di singoli Stati territoriali (*Länder*), la cui ripubblicazione e rielaborazione è merito dello Schmelzeisen<sup>(52)</sup>. Questi ordinamenti, accanto alla materia del pubblico benessere, riguardavano anche quella parte del diritto privato che la volontà sovrana o il comune sentimento dei consociati ritenevano connessa a quella materia, o, comunque, bisognosa d'una disciplina coerente con le esigenze dei singoli luoghi. Erano così riconducibili al campo privatistico le norme sui blocchi dei prezzi, sulla cessione dei crediti, sulla consuetudini commerciali, sulle tariffe dei compensi agli artigiani e al personale di servizio domestico o quelle sui contratti tipici degli esercenti le professioni liberali (come sarebbero avvocati e procuratori, medici, farmacisti e librai); più in particolare eran connesse alla materia dei diritti reali su beni immobili le norme sui pubblici registri e sulla loro tenuta nonchè sull'intervento degli ufficiali pubblici nei trasferimenti immobiliari; al diritto di famiglia appartenevano invece le disposizioni in materia di giudice preposto alla sorveglianza sulle tutele (*Obervormundschaft*), di chiamata e di dimissione dei tutori, e di curatela; al diritto delle successioni, infine, eran riconducibili le norme sulle forme testamentarie e sull'ordine delle successioni legittime<sup>(53)</sup>.

c) Un discorso del tutto simile vale per gli Ordinamenti di polizia delle singole città, che nel Nord (Brema, Lubeca) vennero annualmente promulgati fino al 1754 nella forma di regolamenti autonomi delle comunità (*Bauersprachen*) e come re-

---

(52) SCHMELZEISEN, *Polizeiordnungen u. Privatrecht*, 1955. [L'edizione delle fonti è poi seguita a cura dello stesso SCHMELZEISEN, *Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte*, II, *Polizei- u. Landesordnungen*, 1: *Reich u. Territorien*, 2: *Einzelverordnungen*, Köln-Graz, 1968-1969; ed era data per imminente da Wieacker in questa stessa nota (N.d.t.).]

(53) Cfr. SCHMELZEISEN, *Polizeiordnungen*, cit., pp. 21 ss., 68 ss., 87 ss., 140 ss., 197 ss.

sidui dell'antico giuramento del cittadino <sup>(54)</sup>; e vale anche per la materia del diritto dell'economia disciplinata dalle più recenti raccolte di consuetudini agrarie: obblighi di offerta e di consegna delle derrate, prezzi, calmieri e via dicendo.

3. Tutti questi complessi normativi s'inserivano nel quadro d'un'esperienza giuridica a cui erano estranee tanto quella separazione tra diritto pubblico e privato intuita già dalla dottrina del diritto comune ma destinata a realizzarsi solo nell'Ottocento mediante la contrapposizione tra Stato e Società, quanto l'astrazione concettuale degl'istituti del diritto privato. E la loro conoscenza è istruttiva per farci constatare quegli'intrinseci limiti della recezione del diritto privato romano che si è tanto spesso indotti a dimenticare. Gli schemi scolastici del diritto comune — che non potevano, nè volevano, tener conto dei mille vincoli pubblici e corporativi che necessariamente s'instauravano in un tessuto economico di trama particolarmente angusta — non erano di certo espressione d'un ideale economico individualistico (il diritto giustiniano e quello dei Glossatori e dei *Consiliatores* presupponevano o la società assolutistica e burocratica dell'Impero bizantino o quella feudale e comunitaria del Basso Medioevo europeo), ma eran piuttosto riferibili alle più diverse situazioni e ai più disparati livelli di sviluppo economico proprio per via della loro generalità di sapore così scopertamente didascalico. Perciò il quadro che si ricava dall'analisi del *Corpus Juris* e della letteratura scientifica potrebbe apparire stranamente vuoto e monotono se non lo si completasse coi dati che ci sono offerti dalle legislazioni particolari de' singoli territori. Così, per i trasferimenti dei beni immobili per il diritto romano del *Corpus Juris* sarebbe stata sufficiente la semplice consegna; mentre le legislazioni locali (come già d'altronde aveva fatto la tarda legislazione imperiale romana) richiesero sempre la documentazione del negozio traslativo e l'intervento dell'autorità. Per quanto attiene al diritto del lavoro, il *Corpus Juris* — almeno per il lavoro degli uomini liberi —

---

(54) STOBBE, II, p. 229; sulle sue origini e la sua natura è fondamentale il lavoro di EBEL, *Der Bürgereid*, 1958, ed è da vedere anche, dello stesso EBEL, *Die Willkür*, 1953, pp. 46 ss.; e, ancora, ID., *Bursprake*, cit., pp. 68 ss.

conosceva soltanto la figura della *locatio conductio operarum* (che era uno schema contrattuale appena appena differenziato rispetto al *genus* locatizio), mentre la normativa locale in materia di prestazioni personali richiama tutto il sistema dei poteri e della comunità familiari, così come quella sull'artigianato si fonda sulla struttura corporativa e quella relativa al lavoro agrario sulla complessa trama degli obblighi relativi alle prestazioni personali. Il sistema delle obbligazioni offerto dalle Pandette presupponeva la libertà contrattuale (anche se non la atipicità — *Typenfreiheit* — dei negozi obbligatori); gli ordinamenti territoriali e cittadini — invece — prevedono tasse, tariffe, calmieri, obblighi molteplici di contrarre <sup>(55)</sup>.

Il rapporto tra teoria e realtà giuridica del tempo è perciò simile — pur nella diversità dei presupposti — a quello proprio del sistema del diritto privato attuale. Ad un ordinamento giuridico astratto e generale (e perciò palesemente individualistico) — qual era allora il diritto privato comune ed oggi è il diritto civile — si contrappone il grande intrico di legami di autorità professionali e corporativi nascente nello scambio dei prodotti, nel lavoro, nella normativa in materia di proprietà immobiliare e di disciplina sulle abitazioni, nelle giunture socialmente ed economicamente più sensibili — insomma — d'un qualunque sistema di diritto privato. Chi non riesce a cogliere tutta questa realtà così complessa può anche non comprendere appieno il processo, apparentemente tanto mostruoso, della «recezione d'un diritto straniero». La Recezione s'insinuò nella coscienza giuridica prendendo le mosse dall'insegnamento e dalla raffinatezza tecnica d'un'attività legislativa e giurisdizionale svolta da uomini provvisti d'una cultura di livello universitario; e non già dalle concrete condizioni di esistenza, le quali continuarono a trovare una «risposta» adeguata in quell'antico senso della vita e del diritto che era naturalmente vivo ed operante tra i non-giuristi con tutto il suo ricco e multiforme patrimonio di tradizioni; non diversamente da quanto accadde nell'architettura tedesca di quest'epoca, quando la dimora «gotica» del borghese non meno che la casa del contadino sopravvissero nella loro struttura fondamentale pur

---

(55) SCHMELZEISEN, *Polizeiordnungen*, cit., pp. 286 ss., 314 ss., 391 ss., 461 ss.

sotto le modanature estrinseche recepite dal Rinascimento italiano. Anche se la si considera da quest'angolo visuale, la Recezione ci appare più come una « scientificizzazione » della pratica giuridica che non come una mutazione nel contenuto dell'ordinamento. Certo, quella razionalizzazione culturalmente così provveduta non tardò a creare le condizioni esterne per un mutamento del tradizionale senso della vita e del diritto; ma, operando così, essa promosse dal di dentro, senza alterarne l'identità, lo sviluppo dell'esperienza giuridica tedesca verso quella pianificazione totale della vita — una pianificazione burocratica centralizzatrice e razionalizzante — la cui vittoria sembra essere il destino della società europea dell'Età Moderna.

In realtà il « diritto romano », in nessun luogo ed in nessun tempo, ha avuto vigore sulla base di un fondamento diverso da questo: come metodo e disciplina, cioè, e non come sistema di diritto privato. Già nell'età classica in molte province, e in tutto l'Impero in epoca giustiniana, la realtà del diritto romano aveva finito con l'identificarsi alla fine con una politica governativa negatrice d'ogni libertà economica che spesso sconfinava nell'economia di rapina e di sfruttamento; l'antico diritto giurisprudenziale romano — che aveva rappresentato l'ordinamento d'un piccolo gruppo fortemente privilegiato — s'era venuto via via scolorando sullo sfondo d'un orizzonte culturale ormai privo d'una sua propria individualità. Ugualmente, quando fiorì la scienza giuridica basso-medievale, mai in nessuna parte d'Europa fu messo in discussione il vigore primario di quelle consuetudini locali e di quegli statuti, in cui si esprimevano le concrete esigenze vitali della società. In genere solo nell'Ottocento la forza rappresentata dal diritto romano dette mano alla fondazione e alla legittimazione d'una società individualistica come quella « proto-liberale » (cfr. *infra*, II, 140 s.), quando alla prima Recezione seguì quella che è universalmente nota come « Post-recezione ». Ed è significativo il fatto che, anche in quest'occasione, pionieri della nuova società furono, non già le nazioni del continente nel quale il diritto romano aveva imperato per tanti secoli, ma le nazioni anglosassoni; ed anche sul continente le più tipiche creazioni giuridiche di questa nuova età — le società di capitali, i titoli di credito, il diritto commerciale, quello della navigazione e quello minerario, o il credito reale — non germinarono certo da radici romanistiche (cfr. *infra*, pp. 365 s.).



PARTE TERZA

**L'USUS MODERNUS PANDECTARUM  
E LA FINE DELLA RECEZIONE PRATICA**





## L'USUS MODERNUS PANDECTARUM

I. Nozioni introduttive. — II. Il superamento della Recezione « teorica ». — III. Emancipazione dell'insegnamento dal *mos italicus*. — IV. Estensione degli àmbiti di materia e delle forme letterarie. — V. Valutazione globale dell'epoca.

I. 1. Fino alla fine del Cinquecento l'esperienza giuridica tedesca aveva solamente recepito, apprendendo ad applicarla in modo affatto passivo, la scienza europea del diritto comune; che è, poi, quanto dire la scienza italiana e quella francese; a partir da quest'epoca, invece, si può affermare che esiste una scienza giuridica tedesca, anche se ancora non può parlarsi d'una scienza di rango europeo, pari a quelle delle altre nazioni del Continente. Le forme e le materie dell'insegnamento, la letteratura giuridica, e perfino l'attività giurisdizionale — se si escludono taluni esempî significativi, per lo più di stampo umanistico <sup>(1)</sup> — erano mutate dalla romanistica europea; soltanto nelle legislazioni più elaborate e di miglior fattura — l'ordinamento della città di Friburgo, o la *Carolina*, o le Costituzioni della Sassonia Elettorale — le esigenze particolari della società tedesca erano state tenute presenti con maggiore indipendenza di giudizio e autonomia di soluzioni. In generale proprio quei fatti di normazione come gli ordinamenti territoriali e di polizia di cui abbiám ragionato or ora mostrano quanto grande fosse ancora l'abisso che divideva tra loro scuola e realtà.

Di fatto una « recezione », in quanto processo di appropriazione, può dirsi compiuta soltanto quando vi sia stata un'autentica assimilazione. Mancando quest'assimilazione, sarebbe stata impossibile una sopravvivenza vitale del tessuto giuridico rece-

---

(1) Cfr. *supra*, pp. 227 s., 253 ss., 270, 289 s., 295 s.

pito, così come sarebbe stata per un altro verso impensabile una scienza giuridica che avesse voluto isolare, come oggetto esclusivo della propria riflessione, il diritto realmente « vigente » in Germania. Questa assimilazione potè compiersi solo lentamente e a costo di grandi fatiche, man mano che l'esperienza pratica da un lato e, dall'altro, un'acquisita dimestichezza nel maneggiare senza soverchia soggezione le grandi opere del diritto comune europeo ebbero reso i giuristi tedeschi capaci d'intendere adeguatamente quali fossero i compiti loro propri in ogni settore dell'esperienza giuridica del loro Paese. Questi giuristi hanno per la prima volta operato l'innesto vitale d'una scienza tedesca del diritto comune sul tronco d'una tradizione coerente e collaudata.

2. Questo periodo costituisce la parte più lunga, e fors'anche la più importante, della storia del diritto romano in molti Paesi europei e specialmente in Germania. Vi è stata creata quella dogmatica del diritto comune, dei cui frutti ancor oggi vivono la scienza giuridica e le codificazioni tedesche dal Giusnaturalismo fino al presente.

Così le sistemazioni teoriche dei contratti consensuali, del possesso in generale e di quello comune (*Gesamthand*) in particolare, della cessione o dell'indebito arricchimento, che il Codice civile tedesco recepi direttamente dalla Pandettistica, erano già state precedentemente elaborate — sia nel loro nucleo problematico che nell'euristica e nell'esegesi delle fonti — dalla precedente dottrina del diritto comune. Un pari valore per la dogmatica penalistica odierna è da riconoscersi — a parte il più vistoso mutamento nei fondamenti ideologici e culturali — alla scienza criminalistica dell'età dell'*usus modernus* <sup>(2)</sup>; molte figure della cosiddetta « parte generale », e le più classiche fattispecie criminose, si sono formate durante questo periodo.

Questi risultati sono il frutto d'un lavoro secolare della scienza e della prassi tedesca intorno a quei problemi dogmatici, ad affrontare i quali si era indotti, non tanto da ragioni sociali o ideali, quanto piuttosto dalle più immediate esigenze della pratica quotidiana. Ecco perchè in questa nostra esposizione — essenzialmente indirizzata a cogliere e ad analizzare quei mutamenti nel

---

(2) Per una sintesi cfr. EB. SCHMIDT, *Einfl.*, pp. 147-175 (diritto penale sostanziale); 176-214 (diritto processuale penale).

modo di concepire il diritto che hanno segnato di sè l'avvicinarsi delle diverse epoche storiche, e le mutazioni del pensiero scientifico o del modo d'essere della società — in quest'esposizione, dicevamo, questo periodo storico non potrà trovare una trattazione del tutto adeguata alla sua importanza. Una storia degli istituti del moderno diritto privato tedesco, invece, dovrebbe quasi sempre prender le mosse dalla forma assunta da questi istituti nella sistematica dell'*Usus modernus* (3).

II. 1. Si è soliti definire l'età del consolidamento della scienza del diritto comune, agl'inizi dell'Età moderna, — col titolo stesso d'un tardo capolavoro appartenente a questa corrente di pensiero (4) — *Usus modernus pandectarum* (5); e, cioè, « prassi romanistica adeguata alle esigenze del tempo »; i contemporanei parlavano anche di *mores hodierni* o di *nova practica*. In tutte queste definizioni trova espressione — in modo forse non troppo vistoso, ma pur caratteristico — un nuovo atteggiamento nei porsì di fronte alla tradizione romanistica; il superamento, cioè, della cosiddetta « Recezione teorica », intendendosi per tale la diffusa convinzione che al diritto romano, in virtù della *translatio imperii* all'Impero medievale, fosse da riconoscere un vigore ge-

---

(3) Cfr. KUNKEL, ZSS, RA, LXI (1954), pp. 509 ss.; cfr. *supra*, pp. VII e 8 nt. 12. Cfr. anche WESENBERG, pp. 112-126; e, per una valutazione degna di nota, già STINTZING, I, pp. 652 ss. e II, pp. 1-31. Sulle caratteristiche metodologiche è ora fondamentale L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisp.*, cit., pp. 200 ss. e *passim*.

(4) Sull'omonima opera di Samuel Stryk cfr. *infra*, pp. 330 s.

(5) *Modernus*, in quest'accezione, deriva originariamente dalla critica letteraria medievale (cfr. E. R. CURTIUS, *Europ. Lit. u. lat. M. A.*, II ed., Bern, 1954, pp. 257 ss.); in questo stesso significato il termine ricompare ancora nella celebre *Querelle des Anciennes et des Modernes* della controversia stilistica scoppiata in Francia nel Seicento. Nella scienza giuridica il termine è dapprima riferito (significativamente) alla Glossa (e ai *Consiliatores*) per contrapporli all'antico *Corpus Juris*. Nella prima Età barocca col termine « moderno » si cominciò a prender le distanze anche dalla più antica letteratura europea; così come l'*usus modernus* e la *practica nova* dei giuristi tendevano a contrapporsi alle grandi *auctoritates* medievali. Un'eco di questa impostazione si avverte ancora nel concetto — caro allo Hugo e al Savigny — d'un diritto romano « odierno » (cfr. *infra*, II, pp. 48 s., 75 s.).

nerale. Già il formarsi della cosiddetta « Leggenda di Lotario » (cfr. *supra*, p. 209), agl'inizi del Cinquecento, aveva rivelato un indebolimento di questo filone tradizionale nella misura in cui si cominciava a sentire come problematica una generica *translatio imperii* e si tendeva a sostituirla con un più puntuale atto di normazione. Il pieno superamento della « Recezione teorica » è solitamente legato al nome d'un uomo versatile come Hermann Conring (1606-1681) <sup>(6)</sup>, che fu uomo politico, scrittore di cose storiche, diplomatico e giurista. Il Conring fu storico d'impostazione critica e pragmatica ad un tempo; e il suo lavoro, secondo un indirizzo tipico della storiografia dell'età barocca, mirò soprattutto a dimostrare la fondatezza o l'inconsistenza di questo o di quel titolo politico o giuridico; proprio seguendo questa sua impostazione metodologica, secondo l'esempio del Calixt che gli era stato maestro a Helmstedt, egli confutò la Leggenda di Lotario arrivando a delineare — nel suo celebre scritto *De origine juris Germanici*, del 1643 — la prima ricostruzione storica della Recezione <sup>(7)</sup>. Si tratta d'un particolare che merita d'esser sottolineato. Il crollo definitivo della coscienza del Reich, che s'ebbe con la Guerra dei Trent'Anni, travolse nella rovina dell'ideale imperiale anche quella più universale coscienza giuridica che aveva offerto al diritto romano quella sorta di fondamento metafisico su cui si reggeva l'affermazione del suo vigore <sup>(8)</sup>. E non è una coincidenza fortuita che il Conring sia stato tra coloro che chiamarono vigorosamente in campo il particola-

<sup>(6)</sup> STOBBE, *H. Conring, der Begründer d. dtsh. RGesch.*, 1870; STINTZING, II, pp. 16 s., 165 ss.; E. v. MOELLER, *H. Conring, der Vorkämpfer d. dtsh. R.*, 1915; KOSSERT, *H. Conrings rechtsgesch. Verdienst*, 1939; DÖHRING, *NDBiogr.*, 3, pp. 342 ss.; e, soprattutto, ERIK WOLF, GRD, pp. 220 ss.; cfr. anche ANTONI, *Der Kampf wider die Vernunft*, 1956, pp. 92 ss.

<sup>(7)</sup> Cfr. partic. E. L. HENKE, *C. Calixtus und seine Zeit*, 1853-1860; ERIK WOLF, GRD, pp. 252 ss.; P. BENDER, *Die Rez. d. röm. R. im Urteil d. dtsh. Rwiss.* (dissertazione dattiloscritta dell'Università di Friburgo, 1955). Sulla leggenda di Lotario cfr. *supra*, p. 209, nt. 75.

<sup>(8)</sup> LENZ, *ZigesStaatsw.*, LXXXI (1926), pp. 128 ss.; ERIK WOLF, *Die dtsh. Reichstheorie*, in: *Zdt. Kult. Phil.*, X (1943), pp. 115 ss.; ANTONI, *op. cit.*, pp. 93 s. Sul parallelismo — sopravvissuto sul piano idealistico fino all'Ottocento — tra l'idea di *Reich* e il diritto romano basta rinviare alle penetranti pagine del KOSCHAKER, pp. 442 ss. e *passim*; sul suo declino dopo il 1871, pp. 559, 562.

rismo protestante e la « libertà dei Principi » nella lotta contro le pretese imperiali della Casa d'Asburgo.

2. Anche quella dell'*Usus modernus* è un'epoca che appartiene a tutta la storia della scienza giuridica europea. Quello della rifondazione del vigore del *jus commune* operata dal Conring è solamente un caso in sè esemplare, ma puntualmente corrispondente a quanto accadde negli altri Paesi europei, nei quali l'Umanesimo giuridico e il *mos gallicus* non riuscirono ad imporsi nei confronti del *mos italicus*; meno in Francia e in Olanda, dove eleganza sistematica e prassi parvero bilanciarsi. Ma anche qui, e soprattutto negli Stati territoriali italiani in Spagna e nella parte meridionale dei Paesi Bassi, il consolidarsi dell'assolutismo la sua attività legislativa continuamente crescente ed il costituirsi d'una burocrazia formata di giuristi favorirono la differenziazione nazionale e territoriale dell'antico diritto comune europeo dando così un contributo decisivo alla formazione degli ordinamenti giuridici regionali. A questo processo contribuì in misura certo tutt'altro che secondaria la fondazione di Università destinate ad operare entro àmbiti territoriali più ristretti; le quali finirono necessariamente col limitare l'antica consuetudine dei giuristi europei di muoversi attraverso l'intero continente e l'oggettiva « internazionalità » della scienza giuridica e dei moduli di applicazione del diritto, pur se fino al Settecento si mantenne l'antica unità sia della lingua (latina) dei giuristi che dei generi letterari da essi usati, e se la rottura dell'unità della scienza giuridica europea si compì solamente negli Stati nazionali dopo la Rivoluzione francese. Perchè l'assolutismo ha esaltato le peculiarità nazionali e regionali — come, d'altronde, era naturale che avvenisse — prima negli ordinamenti costituzionali e nelle strutture amministrative, in un secondo tempo nella legislazione e nell'amministrazione della giustizia in materia penale e solo da ultimo nel sistema del diritto privato.

3. In Germania l'esito di quel gesto di consapevolezza critica compiuto dal Conring con la pubblicazione del suo scritto fu il rafforzamento d'un'autonoma coscienza giuridica nazionale, che — a lungo andare — sarebbe stato di giovamento anche alla scienza giuridica tedesca. Da allora in poi la Recezione poteva

esser considerata anche, in quanto processo storico, influenzabile da una volontà precisa e perfino reversibile: su questa base si potè instaurare un rapporto più libero sia con le fonti romane che con le antiche *auctoritates* del diritto comune. Se fino ad allora era stato impossibile sottrarsi all'applicazione dei testi (glossati) del *Corpus Juris* in mancanza di concorrenti (e contrastanti) norme statutarie (anche perchè nessuno avvertiva la necessità di chiedersi quale fosse il fondamento di quest'applicazione); ora più nulla impediva di metter in discussione lo stesso vigore formale di quei testi normativi, o di dar loro — per via d'interpretazione — un significato diverso rispetto a quello voluto dalle *auctoritates* di cui dicevamo or ora. Al contrario il diritto patrio — d'antica o di recente formazione — poteva ora pretendere d'esser applicato anche in quei casi in cui per sue carenze formali non avrebbe potuto avere, secondo l'antica dottrina degli statuti, alcuna incidenza pratica. Con l'affermazione di questi nuovi principî, poi, si raggiunse anche un altro risultato, fondamentale sul piano scientifico: il diritto privato da gran tempo vigente in Germania venne riscoperto e rivalutato come sistema di istituti viventi al di là d'una volontà cristallizzata in norme particolari; e, nel contempo, fu spianata la strada all'elaborazione di istituti nuovi, privi di qualunque connessione coi testi romani. Cominciarono così a formarsi nuovi rami della scienza giuridica: basti pensare, in particolare, al nascere d'una storia del diritto tedesco e d'una moderna teoria del diritto pubblico interamente elaborata in terra di Germania.

4. Anche la prassi si trovò a dover fare i conti con la fine della Leggenda di Lotario. Chi, col Conring, insegnava che il diritto romano era vigente in Germania solo per singoli àmbiti di materie in virtù del suo essere di fatto applicato (*usu sensim receptum*), ben poteva poi, di fronte ad ogni principio, ricercare la prova storica della sua reale applicazione pratica; e ritenere anche possibile che certe norme, che erano state in precedenza oggetto di recezione, fossero state in sèguito messe da parte in virtù d'una consuetudine derogatrice. L'accettazione di questi corollarî pratici, però, minacciava di mettere radicalmente in crisi quel rapporto tra diritto comune e diritti particolari che

appariva fondamentale per conservare l'unità della giurisdizione — specie nel *Reichskammergericht* — e che era stato così avvedutamente costruito e sistemato dalla dottrina degli statuti elaborata dai dottori tardo-medievali (cfr. *supra*, pp. 198 s.). E la prassi, anche dopo il Conring, continuò a tenersi fedele ad una recezione pratica in blocco (*lege latum in complexu*).

Tra i diversi punti di vista tra loro nettamente contrastanti assunte alla fine una funzione mediatrice la teoria della *fundata intentio* che, elaborata dallo Schilter, si palesò ben ponderata anche sotto il profilo della politica del diritto: a favore di chi invocava l'applicazione d'un testo glossato del *Corpus Juris* doveva presumersi l'applicabilità della norma contenuta nel testo stesso, a meno che l'avversario non ne provasse rigorosamente la non-recezione o la successiva deroga <sup>(9)</sup>.

III. Per vie diverse le riforme dell'insegnamento, tendenti ad un'emancipazione dal *mos italicus*, dettero alla scienza giuridica una maggior vivacità e indipendenza. In evidente connessione con una certa diminuita influenza della cultura italiana e con un contemporaneo aumento del prestigio di quella francese nella Germania degli inizi del Seicento, venne via via crescendo l'influsso del più sistematico *mos gallicus* e della Giurisprudenza elegante di origine francese, soprattutto nelle regioni sud-occidentali della Germania. Il *mos italicus*, che presentava i singoli *loci* del *Corpus Juris* appesantiti dal macchinoso apparato della Glossa, era venuto via via perdendo credito perchè riusciva a portare a compimento una parte sempre

---

(<sup>9</sup>) STOBBE, II, pp. 110 ss., partic. p. 115; STINTZING, II, pp. 176 ss.; e partic. pp. 186 ss. sul fondamentale contributo dello Schilter e sulle controversie che ne nacquero; LANDSBERG, III, I, pp. 58 s., 67 s. Questa formula non deve esser confusa con la preminenza — che era stata riconosciuta da tempo in sede teorica, anche se poi veniva limitata con lo strumento della *stricta interpretatio* — degli statuti nei confronti del *jus commune* a cui era assegnata una funzione solamente sussidiaria: perchè questa formula riguarda soltanto il vigore delle norme romane e non già il grado — per dir così — relativo di questo loro vigore. Sulla teoria degli statuti propria dell'*Usus modernus* cfr. G. HERRMANN, *Joh. Nik. Hart und d. dtisch Statutenlehre*, 1963; sul CARPZOV, pp. 42 ss.; JOACH. F. HEINE, ZSS, RA, LXXXII (1965), pp. 266 ss.; L. LOMBARDI, *Saggio*, cit., *passim*.



minore di quello che sarebbe stato il suo compito. Questo movimento si distingueva dai tentativi di riforma degli Umanisti del Cinquecento (cfr. *supra*, pp. 234 ss.) per una sua più accentuata intonazione pratica. L'insegnamento si liberò sempre di più dall'esegesi dei singoli testi (*loci*), sostituendola spesso con un'esposizione pratica ad un tempo e formativa in cui si offriva una sintesi ordinata e sistematica delle istituzioni assunte ad oggetto proprio e diretto dell'esposizione stessa <sup>(10)</sup>.

1. La riforma prese anzitutto di mira le tradizionali lezioni « ordinarie », che alcune puntuali testimonianze cinquecentesche ci descrivono ormai da tempo in piena decadenza. Essa tentò soprattutto d'evitare ogni inutile perdita di tempo limitando la materia di queste lezioni <sup>(11)</sup>.

a) Seguendo l'esempio di quelli di Heidelberg redatti nel 1604 (probabilmente sotto l'influenza di Dionisio Gotofredo), i nuovi statuti di Strasburgo del 1634 stabilirono che il primo professore di Pandette dovesse « leggere » *materiae* più utili e più attinenti all'uso quotidiano, ed in particolare quelle che riguardavano il diritto più recente; e, ancora, ch'egli dovesse, per quanto possibile, adeguare i testi *ad praesentis saeculi usum*; questo per fare in modo che gli uditori potessero apprendere ciò che, in ognuno dei *tituli*, c'è da imparare e da tener davvero presente, per acquisire *generalem juris cognitionem*. La lezione sul *Codex* venne esplicitamente trasformata in lezione di diritto processuale e feudale, necessariamente sostituendo un'esposizione istituzionale al metodo rigorosamente esegetico; il professore doveva, perciò, « leggere » tutti insieme i *tituli* riguardanti il processo indipendentemente dalla loro originaria collocazione nei diversi *libri* del *Codex*; e la *lectura* del *jus feudorum* doveva ridurre tutti i relativi *tituli* in un *Compendium* metodico.

b) Similmente, secondo la riforma degli studi varata ad Ingolstadt nel 1647, le lezioni dovevano esser tenute in modo metodico, allo scopo di dare agli studenti una *cognitio universalis et fundamentalis*; tutto ciò con esplicito riferimento al metodo dell'umanista Matthias Wesembeck. Qualche anno dopo — nel 1667 — la riforma di Gießen mostra di muoversi nella stessa direzione.

2. Accanto alle *lectiones ordinariae* — che spesso languivano, tenute, com'erano, quasi sempre dai sostituti in luogo dei pro-

<sup>(10)</sup> STOBBE, II, p. 415; STINTZING, I, pp. 655 s.

<sup>(11)</sup> Cfr. STINTZING, I, pp. 656 ss.

fessori ordinari sovaccaricati dagli impegni dell'attività giudiziaria <sup>(12)</sup> — si vennero ora tenendo sempre più spesso delle riunioni didattiche «informali» (*Privat Kollegien*) — *conservatoria, examinatoria, disputationes* — senza alcuna connessione con la materia e col metodo ch'erano stati propri del tradizionale programma d'insegnamento. In breve tempo queste nuove forme didattiche furono consigliate anche dalle Facoltà e finiron così con l'entrare nel programma ordinario degli studi, nel quale, da questo momento cominciarono a distinguersi *publica, privata* e *privatissima*. Evidentemente quel che spingeva verso nuove forme didattiche era il desiderio (e la necessità) di dare agli allievi una miglior preparazione pratica; e, d'altra parte, un impulso al rinnovamento era venuto anche dalla consuetudine, ormai invalsa, di dedicare trattazioni monografiche agli istituti privatistici di più recente formazione.

3. Ancor più importante, forse, fu la riforma del tradizionale ordinamento delle cattedre <sup>(13)</sup>, a cui si giunse sotto la spinta delle nuove necessità. La suddivisione delle cattedre nelle Facoltà giuridiche, che risaliva al Medioevo, ricalcava le divisioni interne del *Corpus Juris*: c'era, infatti, una cattedra di *Institutiones* e almeno una di *Pandectae* ed una di *Codex*; accanto a queste, nelle Facoltà d'orientamento protestante, ce n'era da tempo anche una canonistica.

Già gli statuti dell'Università di Strasburgo (a cui abbiamo alluso or ora, *sub* I, a) dimostrano che le tradizionali materie d'insegnamento erano state già da gran tempo sostituite con materie più moderne; anche nella riformata Heidelberg già nel 1604 il canonista insegnava la materia feudale; ma già allora se ne divisava la sostituzione con il *jus germanicum antiquum*, e gli stessi statuti di Strasburgo trasformarono praticamente le lezioni sul *Codex* in un insegnamento di diritto processuale e feudale.

---

<sup>(12)</sup> Sull'attività didattica del Carpzov e di altri cfr. STINTZING, II, p. 26, nt. 2. Sullo scandalo del pubblico per questo malvezzo è istruttivo leggere la stimolante e piacevole conversazione del BEUTLER, *Essays um Goethe*, I, 4, 1947, pp. 86 ss.

<sup>(13)</sup> COING, IRMAE, §§ 19, 21; con ulteriori ragguagli.

In vero le cattedre dedicate al *jus patrium* e a quello statutario (Kiel, 1712), o al « diritto della nazione tedesca » (*das vaterländische Recht*) (Tubinga, 1727), divennero un fatto consueto soltanto più tardi, e dapprima per imitazione del modello olandese <sup>(14)</sup>; dietro all'istituzione di queste nuove cattedre s'intravede già il fiorire della storiografia erudita di stampo barocco <sup>(15)</sup>.

4. Certo si è che queste tendenze non si affermarono dappertutto. Conservatrici restarono, anche in quest'occasione (com'era avvenuto nei confronti del primo Umanesimo), le Facoltà di Lipsia e di Wittenberg, per via dei loro stretti legami con la prassi delle rispettive sedi scabinali. Lipsia soprattutto restò una roccaforte del *mos italicus*: ancora nel 1616, pur quando anche qui l'accelerazione degli studi era praticata, si escludevano i *conservatoria* dagli elenchi ufficiali. A Wittenberg, poi, ancora nel 1624, i professori Reussner jr. e Konrad Karpzow vennero esplicitamente ammoniti a non usare più nell'insegnamento i *synoptici tractatus* e a limitarsi all'esegesi dei testi: un'eco, si direbbe, della tradizione risalente al testamento di Osse (cfr. *supra*, p. 242).

IV. Anche nel campo della letteratura il superamento della Recezione teorica, insieme alla diminuita rigidità e al maggior respiro assunto dalle forme d'insegnamento, induceva ad un rinnovamento dei generi letterari e all'introduzione di nuove materie.

1. a) Nel Cinquecento la letteratura propriamente scientifica — accanto ad una assai ricca produzione di più modesto livello — si era ancora essenzialmente limitata alle raccolte di *consilia* e alla cosiddetta « cameralistica » (cfr. *supra*, pp. 253 ss.). Solo nel Seicento si vennero via via aggiungendo, in numero sempre maggiore, esposizioni sistematiche di buon livello scientifico, le quali — in certo modo — trasposero, nei termini propri dell'esperienza giuridica tedesca, i risultati raggiunti dai grandi pratici

<sup>(14)</sup> STOBBE, II, p. 417; cfr. LANDSBERG, III, I, pp. 54 s., 240 ss. Sugli inizi del Cinquecento cfr. STINZING, I, pp. 662 s.

<sup>(15)</sup> Sulla più antica letteratura in materia di diritto patrio cfr. STOBBE, II, pp. 143 ss.

italiani dei secoli precedenti. Alcuni compendî introdussero studenti ed operatori pratici del diritto ad uno studio coerente e sistematico di tutta la materia offerta dall'ordinamento vigente: è, questo, il caso del *Compendium juris Saxonici* del Lagus <sup>(16)</sup>. Sotto il titolo di *Tractatus* o di *Syntagma*, poi, alcune monografie mettevano di volta in volta insieme, dalla massa delle fonti romane, delle legislazioni particolari, dei *consilia* e della prassi giudiziaria, quanto d'un certo istituto o d'una determinata materia poteva avere un significato attuale in ordine ad un'applicazione pratica. Queste opere rappresentano in certo modo il prototipo della monografia e del manuale moderni.

b) Se un vantaggio si trasse da queste nuove forme di letteratura giuridica, fu quello d'una più precisa compenetrazione della scienza e della giurisdizione « dotta » con le realtà concrete della vita sociale ed economica del tempo. Queste opere avevano di mira, non più i tradizionali *loci* delle Pandette, ma i fenomeni storici reali; e proprio in conseguenza di questa loro finalizzazione alla prassi conservarono una struttura interna di tipo sostanzialmente casistico. Perchè, malgrado la preferenza dell'*Usus modernus* per le esposizioni di larga sintesi e per l'ordinamento della materia esposta secondo criterî pratici e di agevole comprensione, si dovranno pur sempre definire i più rappresentativi scrittori di quest'epoca più dei sintetizzatori o dei sinottici che non propriamente dei sistematici: per questo essi furono appassionatamente dei pratici — dei cultori della casistica, cioè — avidi d'impossessarsi dei nuovi campi d'indagine appena allora aperti.

I tentativi del primo Umanesimo tedesco, di costruire un sistema giuridico intimamente coerente e fondato su una gnoseologia di tipo idealistico (cfr. *supra*, pp. 239 s.), non furon ripresi nella Germania di quest'epoca. In realtà, le più limpide e coerenti strutture del diritto comune positivo — che seppero tenersi ugualmente lontane tanto dai progetti sistematici del Cinquecento tedesco (così teorici e campati in aria) quanto dalle grandi costruzioni « matematiche » dell'età del razionalismo — furono

---

(16) STINTZING, I, p. 304.

assai di più il frutto della culta giurisprudenza nata in terra di Francia. Questa tradizione culturale francese s'inaugurò con Donello <sup>(17)</sup>, raccolse nel suo alveo — alla fine del Seicento, col Domat — i risultati che, sul piano sistematico, erano stati raggiunti dal Giusnaturalismo teoretico <sup>(18)</sup>; ed infine offrì il suo rigore d'impianto quando si ponevano col Pothier le prime remote fondamenta all'edificio del *Code* napoleonico <sup>(19)</sup>. Essa, però, poté esercitare un'influenza in Germania soltanto assai tardi, soprattutto attraverso la mediazione della scienza giuridica olandese.

2. Alla rinnovata attenzione per la prassi e al superamento dell'antico ordinamento delle cattedre e delle lezioni fece sèguito l'introduzione e lo studio di nuove materie giuridiche sempre più lontane dal novero delle antiche discipline romanistiche ch'erano state oggetto di recezione.

a) Quello spirito, critico insieme e pragmatico, che già era presente ed operante nelle scoperte del Conring favorì in un primo tempo uno studio erudito della storia giuridica tedesca e degl'istituti del diritto privato tedesco. Non per nulla questa fu l'epoca della storia giuridica e locale di stampo barocco, della ricostruzione di pomposi alberi genealogici delle diverse dinastie, e della moda di far « documentare » dagli storiografi di corte il fondamento storico delle pretese territoriali. Questa specie di storia strumentalizzata (*Zweckhistorie*) finì col giovare alla storia giu-

<sup>(17)</sup> Sul suo apporto sistematico in rapporto al sistema delle *Institutiones* cfr. EYSEL, *Doneau, sa vie et ses ouvrages*, Dijon, 1860, pp. 245 s.; GIERKE, *Joh. Althusius*, pp. 40 s.; A. B. SCHWARZ, ZSS, RA, XLII (1921), p. 583.

<sup>(18)</sup> *Loix civiles dans leur ordre naturel*, 1689-1697; HUGO, *Beytr. z. civilist. Bücherkenntniss*, I, pp. 98 s.; VIOLLET, *Hist. du Droit français*, III ed., Paris, 1905, pp. 242 s., 261; SCHWARZ, *op. ult. cit.*, pp. 583-606. Sul Domat in generale VOELTZEL, *Jean Domat*, Paris, 1936; BAUDELLOT, *Un grand jurisconsulte du XVIIe siècle: Jean Domat*, Paris, 1938.

<sup>(19)</sup> Su questo autore cfr. VIOLLET, *op. ult. cit.*, pp. 224 ss.; ESMEIN-GÉNESTAL, *Cours élémentaire*, cit., pp. 721 ss., 734; DE COURZON, *NouvRevHist*, XLIII (1919), pp. 265 s.; H. MITTEIS, ZSS, GA, LXIII (1942), p. 176; SHERMAN, *Roman Law in the Modern World*, I, II ed., 1924, pp. 237 s.; sull'opera del BOURJON, *Droit Commun de la France et la coutume de Paris réduites en principes*, Paris, 1747, cfr. VIOLLET, *Hist.*, cit., pp. 250 s.; SCHWARZ, *op. ult. cit.*, p. 585.

ridica in specie non meno che alla storiografia in generale: riveva così, con un più specifico indirizzo verso la « storia patria », l'antico interesse umanistico verso l'erudizione storica.

Come già il Sicardo — accanto alle fonti romane pregiustiniane — aveva dato alle stampe il *Breviarium visigotico* (pur se anch'esso opera di estensori romani) <sup>(20)</sup>, così agl'inizi del Seicento proprio alcuni giuristi si resero benemeriti per la scoperta di fonti e di monumenti storici nazionali. Al Lindenbrog si deve la prima complessa ed autorevole edizione delle legislazioni altomedievali dei varî popoli germanici <sup>(21)</sup>. In armonia con la varietà d'interessi storiografici che fu propria dell'età barocca, in questo tempo furono spesso superati i confini che tradizionalmente avevano fino ad allora tenute separate tra loro le diverse Facoltà universitarie. Come il Conring, che pur non era di per sè un giurista, determinò un nuovo orientamento nella scienza giuridica; così il ritrovamento del manoscritto in cui Rüdiger Manesse († 1304) aveva raccolto liriche d'amore appartenenti al *Minnesang* tedesco dei secoli XII e XIII — ritrovamento compiuto dai giuristi Goldast e Freher <sup>(22)</sup> — contribuì grandemente a dare a tutta la cultura tedesca il senso della propria consistenza e della propria storia <sup>(23)</sup>. Il clima suscitato da queste scoperte fu una sorta di patriottismo degli uomini di cultura, che, nato sul terreno dell'Umanesimo, s'era poi approfondito nei travagli interminabili della guerra ed in conseguenza dell'attenuarsi delle lotte di religione.

b) Ancor più importante per la storia del diritto privato fu il fatto che questi interessi culturali finirono con l'incidere anche sulla realtà del presente ed in particolar modo sullo sviluppo del diritto privato tedesco come sistema autonomo. Furono i Pratici del Seicento e del Settecento ad operare la prima autentica sistemazione di molti istituti proprî dell'esperienza giuridica tedesca (non riconducibili, cioè, al sistema del diritto comune) utilizzando però — della dogmatica del diritto comune — lo strumentario concettuale: basti pensare alla materia delle proprietà

<sup>(20)</sup> Cfr. *supra*, p. 227.

<sup>(21)</sup> *Codex legum antiquarum*, Francof., 1613; su cui cfr. STINTZING, I, p. 738. Sulla storiografia germanistica erudita del tardo *Usus modernus* cfr. LANDSBERG, III, 1, pp. 240-271.

<sup>(22)</sup> In questo punto sono state apportate alcune (modeste) varianti al testo originale tedesco, per accomodarlo meglio all'intelligenza del Lettore italiano non specialista di storia della letteratura tedesca (*N.d.t.*).

<sup>(23)</sup> STINTZING, I, p. 736.

comuni (*Gesamthände*) <sup>(24)</sup>, della comunione dei beni tra coniugi, delle comunioni ereditarie, delle società commerciali, dei consorzî minerari, delle compagnie armatoriali, dei patti successorî, delle investiture collettive, del diritto agrario, delle forme più tipicamente germaniche di credito fondiario, degli oneri reali e dei privilegi (di quelle, cioè, che si chiamarono *Servituten*).

Questo rinnovato studio si volse però anche al diritto comune. Molti principî generali del diritto comune hanno assunto proprio nell'*Usus modernus* quella forma dogmatica definitiva nella quale furono poi sottoposti a critica e ordinati a sistema dal Giusnaturalismo, codificati nei primi codici illuministici e rimessi poi in onore dalla Pandettistica. Questo può dirsi, per esempio, per la dottrina del trasferimento di proprietà fino al Savigny <sup>(25)</sup> come per il principio di tipicità dei contratti <sup>(26)</sup> e la elaborazione della categoria generale del contratto consensuale <sup>(27)</sup>; per la teoria della rappresentanza negoziale come per quella del contratto a favore di terzi; per la dottrina della successione a titolo universale come per quella della persona giuridica fino alle soglie della Scuola storica.

c) Lo stesso discorso potrebbe farsi per la scienza penalistica e per quella processualistica; ma esso è al di fuori del nostro campo d'indagine <sup>(28)</sup>. Ancor più significativa, per comprendere i caratteri proprî ed autonomi e l'apertura culturale di quest'epoca, è però la nascita e lo sviluppo d'una dottrina del diritto pubblico di chiara marca tedesca, per la quale naturalmente meno numerosi erano i punti di riferimento reperibili nel tessuto del diritto comune europeo. Il dato politico più saliente e più ca-

<sup>(24)</sup> È fondamentale il lavoro del BUCHDA, *Gesch. u. Kritik d. dtsh. Gesamthandlehre*, 1936, pp. 30-152; cfr. *supra*, p. 188, nt. 20.

<sup>(25)</sup> FELGENTRAEGER, *Savignys Einfluss auf d. Übereinigungslehre*, 1927; sull'antica teoria del *titulus* e del *modus* cfr. BRANDT, *Eigentumserwerb u. Austauschgesch.*, 1940, pp. 43 ss.; cfr. anche pp. 66 s.

<sup>(26)</sup> DUBISCHAR, *Über d. Grundl. d. schulsystemat. Zweiteil. d. Rechte*, 1961.

<sup>(27)</sup> Cfr. *infra*, p. 367, nt. 56.

<sup>(28)</sup> Cfr., per questo, SCHAFFSTEIN, *Die allgem. Lehren v. Verbr. in ihrer Entw. durch. d. Wiss. d. gem. Strafr.*, 1930; BOLDT, *Joh. Sam. Fr. v. Boehmer u. d. gemeinrechtl. Strafrechtswiss.*, 1936; A. HALL, *Corpus delicti*, 1939; un panorama è offerto dallo SCHMIDT, *Einj.*, pp. 147 ss.

ratteristico di quest'età — il crollo, cioè, delle antiche potenze universali che aveva cominciato a palesarsi con la Riforma la Controriforma e il primo Assolutismo — si tradusse in modo particolarmente evidente nel rilievo sempre maggiore che venne assumendo il *jus publicum* regionale come branca autonoma della scienza giuridica e come autonoma disciplina d'insegnamento. In questo secolo di grandi tensioni politiche — quando tanti contrasti, sia sul piano politico che su quello costituzionale, dividevano l'Imperatore dagli « stati » (*Stände*) del *Reich*, i Principi da quelli dei loro territori, il *Reich* nel suo insieme dalle altre Potenze — la trattazione scientifica del diritto pubblico fece progressi così rapidi <sup>(29)</sup>, da rendere impossibile qualunque paragone coi risultati che nello stesso campo s'eran raggiunti durante il secolo della Recezione. Per quanto attiene alla storia del diritto pubblico (*Verfassungsgeschichte*) la riflessione critica d'un Bogislav di Chemnitz (*Hippolitus a Lapide*) o d'un Pufendorf dette un contributo importante al rinnovamento del quadro costituzionale dopo la Pace di Westfalia <sup>(30)</sup>; mentre nella formazione del diritto amministrativo acquisirono meriti non piccoli — con le loro *disputationes* — uomini come il Freher, l'Arumäus, il Limnäus e i due maestri di Tubinga Harprecht e Besold <sup>(31)</sup>. In entrambe queste discipline furono poste le basi per una dottrina dello Stato di stampo schiettamente tedesco, che pur si rifaceva al pensiero di personaggi di tutta Europa, quali il Machiavelli il Bodin il Grozio lo Hobbes e lo Spinoza e ai principî politici e morali su cui quel pensiero si era fondato <sup>(32)</sup>. I più significativi di questi

---

<sup>(29)</sup> Puntuale quanto scrive lo STINTZING, II, 2, pp. 32 ss., 189 ss.; LANDSBERG, III, 1, pp. 39 ss., 117 ss.; ERIK WOLF, GRD, pp. 236 ss. (Conring), 328 ss. (Pufendorf), copiosi ragguagli bibliografici alle pp. 216 ss. (sull'Altusio), 250 ss. (sul Conring), 367 ss. (sul Pufendorf).

<sup>(30)</sup> Sulla pubblicistica dell'epoca dedicata al *Reich* cfr. *infra*, p. 000 e qui alla nt. prec.; E. WOLF, *Idee u. Wirklichkeit d. Reichs im dtsh. Rechtsdenken d. 16. u. 17. Jhs*, 1944, pp. 133 ss. Sul valore della storia giuridica come premessa dello storicismo cfr. ANTONI, *op. cit.*, pp. 90 ss.

<sup>(31)</sup> Su tutta questa materia cfr. STINTZING, *op. loc. ult. cit.*; LANDSBERG, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(32)</sup> È fondamentale per questa materia MEINECKE, *L'idea della ragion di stato nella storia moderna*, trad. it., Firenze, 1942-44, rist., ivi 1970.



teorici tedeschi dello Stato e della società — come l'Altusio e Samuel Pufendorf — appartengono già all'età dell'incipiente Giurisprudenzialismo.

V. L'*Usus modernus* è l'epoca, lunga e multiforme, che si colloca fra la giurisprudenza basso-medievale e la sua recezione in Germania da un lato e il terremoto culturale del Giurisprudenzialismo dall'altro. Un'epoca siffatta non può, evidentemente, esser ricondotta in modo indiscriminato ad un unico denominatore comune; giacchè essa comprende in sè atteggiamenti di pensiero e scelte metodologiche tra loro profondamente differenti: l'acribia storica e filologica e il rigore sistematico della Giurisprudenza « elegante »; l'erudizione storica e la ricerca antiquaria d'un Conring e dei suoi allievi giuristi; l'elaborazione di autonomi sistemi di diritto pubblico e di diritto ecclesiastico e le grandi Somme e Compendi degl'infaticabili Pratici della Germania centrale. Ancor di più bisogna guardarsi dal ritenere che — per via della sua poliedricità — questa dell'*Usus modernus* sia da ritenersi un'epoca stagnante e di transizione priva d'una sua propria fisionomia. Soprattutto in Germania, dove il genio dell'Umanesimo giuridico non aveva attecchito, l'*Usus modernus* si trovò ad esercitare una funzione affatto particolare: al posto del diritto comune europeo semplicemente recepito con le sue teorie, esso creò uno strumentario concettuale alla cui stregua fu possibile dar coerenza all'ordinamento vigente in Germania.

Oggetto di analisi non era più il *Corpus Juris* (con l'apparato della Glossa accursiana e l'elaborazione scientifica dei *Consiliatores*); ma, piuttosto, gli ordinamenti territoriali (nelle loro componenti sia romane che germaniche) e il diritto vigente nell'intera Germania — privato, processuale, penale, pubblico ed ecclesiastico — in quella forma in cui era venuta plasmandolo la giurisprudenza dei Tribunali superiori. Emersa da una prassi giudiziaria autenticamente tedesca, elaborata da una letteratura parimenti sollecitata del rigore teorico e dell'incidenza pratica, costruita attraverso l'unificazione delle diverse materie per costituire un ordinamento unitario, questa scienza giuridica ha per prima dato un volto loro proprio a quelle che oggi noi conosciamo come le provincie ormai consolidate del sapere giuridico. L'*Usus*

*modernus*, insomma, è il punto reale d'inizio della scienza giuridica moderna quale ancor oggi noi conosciamo e coltiviamo; è, questo, un dato che merita d'esser sottolineato, malgrado la sua non assoluta evidenza, e che — invece — gli splendori (a noi più familiari) delle epoche successive potrebbero farci dimenticare.

Un'importanza non minore ebbe l'*Usus modernus* in quegli altri Paesi europei, nei quali il diritto romano era arrivato per la prima volta attraverso la Recezione: come nei Paesi Bassi, in Spagna ed anche in Scandinavia e nelle regioni dell'Europa centrale. Anche in Francia, non ostante la pur gloriosa parentesi dell'Umanesimo giuridico, solo questo periodo fece emergere quella dogmatica giuridica finemente elaborata da cui sarebbero poi nati i codici dell'età napoleonica <sup>(33)</sup>. Se volessimo trovare una formula compendiosa con cui definire una stagione della scienza giuridica che ha fatto maturare tanti nuovi indirizzi, dando risultati così multiformi e ponendo nel contempo le premesse per il raggiungimento di ulteriori traguardi; una formula che, nella sua brevità, desse risalto alla fame di nuovi contenuti e insieme alla naturale vitalità di questa stagione, potremmo forse parlare di « alto barocco europeo » <sup>(34)</sup>, avendo però la cautela di non voler trarre ulteriori (ed eccessivi) corollari dal trapianto di questo termine caro agli storici dell'arte in un più ampio terreno di storia della cultura. Con questo trapianto terminologico si vorrebbe solamente accennare al fatto che, anche in un periodo che — almeno per la Germania — non si presenta certo prodigo di nomi o di opere di eccezionale spicco per lo storico del diritto privato, restò vivo il rapporto tra l'esperienza giuridica e la più ampia vicenda della storia culturale.

---

<sup>(33)</sup> KOSCHAKER, pp. 208 s., e *passim*; THIEME, *Naturr. u. europ. Privatrechtsgesch.*, II ed., Basel, 1954. Sui fondamentali contributi sistematici cfr. *supra*, le nt. 18 e 19 di questo stesso paragrafo.

<sup>(34)</sup> Così BOEHM, *ZfgesStrafrwiss*, LX (1940), p. 155; aderisce a questa formula H. v. WEBER, *Festschr. Rosenfeld*, 1949, p. 29.



ALCUNI GIURISTI DELL'*USUS MODERNUS*

I. Notazioni introduttive. — II. I Pratici del Seicento e del Settecento. — III. L'indirizzo « antiquario » in Germania.

I. 1. La tendenza ad elaborare secondo criterî meramente pratici il materiale offerto dalla trama dei rapporti sociali — che fu tipica di questa età — è la ragione per la quale, tra i giuristi tedeschi di questo secolo, non è dato trovare personaggî paragonabili a quelli della Francia del Cinquecento, e nemmeno d'uno spicco pari a quello dei loro contemporanei olandesi: tant'è vero che, anche nelle Università tedesche, questi ultimi prevalsero pur se qualche maestro tedesco andava nel contempo a guadagnarsi fama in terra d'Olanda <sup>(1)</sup>.

Quest'inferiorità non è segno solamente d'una paralisi della vita culturale tedesca. La rapida crescita che si ebbe a partire dalla fine del Seicento è la prova puntuale del fatto che la cultura tedesca nel suo insieme era assai più aperta e promettente alla fine della Guerra dei Trent'Anni che non alla metà del Cinquecento; perchè, pur in mezzo alle catastrofi esterne, s'era venuto allentando quel paralizzante irrigidimento di fronti che aveva caratterizzato il periodo immediatamente precedente e si eran così create le premesse per l'emersione di nuove forze culturali e politiche: in questo rinnovato clima culturale operarono i Pratici, riuscendo nel loro intento di compiere serenamente il loro compito immersi nella quotidiana realtà del loro tempo e di dare un orientamento nuovo ed autonomo alle loro ricerche. Nè c'era da aspettarsi l'improvviso esplodere di chi sa quali crea-

---

(<sup>1</sup>) Cfr. *supra*, p. 246; e *infra*, pp. 333 s.

zioni in quelle circostanze, mentre divampavano le persecuzioni religiose e si viveva in mezzo alle sofferenze create dalla guerra e nella frammentazione territoriale uscita dalla Pace di Westfalia. In realtà, subito dopo la Guerra dei Trent'Anni, il lavoro nascosto non fu di minor peso dell'opera di ricostruzione esteriore<sup>(2)</sup>, anche se può essere più difficile dare un volto preciso ai mille infaticabili operatori che venivano tessendo la loro pur solidissima trama dogmatica che non ai solitari maestri d'altre epoche storiche.

2. Per capir meglio l'orientamento pratico caratteristico di quest'età, può esser istruttivo constatare che i giuristi più significativi operarono contemporaneamente in diverse branche della scienza giuridica. Esercitando le loro funzioni di presidenti o di giudici di tribunale, di giuristi di corte o di consulenti, essi trattarono spesso indifferentemente — nel rediger le sentenze e nel dar pareri, nel costruire le loro teorie e nello scriver libri — di diritto privato e feudale, processuale e penale, pubblico e canonico. Le loro vite ci appaiono frequentemente segnate da talune tappe obbligate: la nascita in una famiglia in cui la professione del giurista si tramandava di generazione in generazione; gli studi nell'Università più vicina al luogo di nascita (*Landesuniversität*), ai quali per il solito seguiva — per i giovani di rango sociale più elevato — una *peregrinatio academica* anche al di là dei confini del *Reich*, che serviva a far conoscere soprattutto lo stato dell'esperienza giuridica in Francia e in Olanda; veniva poi l'assunzione d'un insegnamento sempre connesso con un'attività di consulenza in una Facoltà giusdicente e spesso con la presidenza (o, per lo meno, con un seggio) in un tribunale di corte. Non raramente, poi, queste carriere si concludevano nel Consiglio Segreto del principe; dal quale, però, poteva capitare di essere estromessi — e di dover tornare all'insegnamento universitario — per un venir meno del proprio prestigio o della fi-

---

(2) Anche per questo verso è da condividere l'alta considerazione che dell'*Usus modernus* hanno il WESENBERG, pp. 11 s. (che si lamenta di quella ch'egli stesso definisce una *damnatio memoriae*) ed il KUNKEL, ZSS, RA, LXXI (1954), p. 518.

ducia del principe o, più semplicemente, per il mutamento della persona del sovrano.

Tra le opere di tutti i personaggi di maggior rilievo <sup>(3)</sup> si trovano esposizioni di giurisprudenza «forense» attinente alle diverse branche del diritto; nei più tardi, poi (nello Stryk, per esempio, nello Struve e nel Leyser), affiora una tendenza verso la *jurisprudentia naturalis*, la quale — però — appare più governata dall'esigenza di dare una coerenza anche morale alla ragion pratica propria del discorso giuridico che non sollecitata dalle intuizioni metodologiche dei grandi giusnaturalisti del Settecento. Opere particolarmente significative s'incontrano in quelle materie che solo con l'avvento dell'*Usus modernus* avevano raggiunto piena dignità di scienza: nel diritto processuale e nella criminalistica, nel diritto pubblico e in quello ecclesiastico protestante. L'emergere d'ingegni enciclopedici, poi, è del tutto conforme ai modelli culturali propri dell'età barocca <sup>(4)</sup>.

II. 1. a) Già assai per tempo la scienza giuridica sassone — che era come il centro d'una riflessione ad un tempo teorica e pratica intorno al diritto privato, al penale e al processuale —, dopo aver dato dei precursori come il Berlich <sup>(5)</sup> e il Carpzov *senior*, ebbe in Benedetto Carpzov (1595-1666) un giurista pratico di fama europea <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> Le biografie che seguono son largamente debitrice al secondo volume della *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* dello STINTZING e del LANDSBERG: un'esposizione ancor oggi indispensabile, anche se qua e là bisognosa di rettifiche e di completamenti. Scorci felici — con ragguagli sulle opere e sulla relativa bibliografia — sono offerti, anche per questo periodo, dal compendio biografico contenuto nel DÖHRING, pp. 369-463.

<sup>(4)</sup> Per tutti cfr. LANDSBERG, II, 2, pp. 736 s.; ed anche E. WOLF, GRD, pp. 248 s.

<sup>(5)</sup> Sul Berlich cfr. STINTZING, I, pp. 737 s.; DÖHRING, *Neue Dtsch Biogr.*; sul celebre, anche se non geniale, latinetto *Nisi Berlichius berlichizasset, Carpzovius non carpzovizasset*, cfr. J. F. HEINE, *Zur Methode in B. Carpzovs zivilrechtl. Werken*, in: ZSS, RA, LXXXII (1965), pp. 227-301; sul Carpzov *senior* cfr. STINTZING, I, pp. 723 s.

<sup>(6)</sup> STINTZING, II, pp. 55-110; BOEHM, *Der Schöppenstuhl*, cit., *passim*; H. v. WEBER, *Festschr. Rosenfeld*, 1949, pp. 29 ss.; EB. SCHMIDT, *Einf.*, pp. 149 ss. Finora è stata studiata con maggior attenzione la sua produzione penalistica

Carpzov, appartenente a un'antica famiglia di giuristi, si laureò a Wittenberg nel 1618; e, dopo un viaggio di formazione attraverso l'Italia la Francia e l'Inghilterra, nel 1620 fu nominato Aggiunto e nel 1623 Assessore ordinario della sede scabinale di Lipsia a cui in seguito continuò ad appartenere per quasi tutta la vita. Ebbe anche, contemporaneamente, molt'altri incarichi e posizioni di rilievo: nel 1645 divenne professore ordinario a Lipsia, fu poi a Dresda — come consigliere di quel Principe elettore — dal 1653 al 1661, anno in cui tornò a Lipsia. Una leggenda nata durante l'Illuminismo ha deformato i tratti della sua figura di uomo. A stare alle indagini del Boehm (?), delle dugentomila sentenze di morte che questa leggenda gli attribuiva, non se ne trovano più di tre o quattrocento in tutto il tribunale scabinale per il trentennio in cui il Carpzov vi esercitò la propria attività. E non bisogna dimenticare, nè quanto esteso fosse il territorio sul quale si esercitava la competenza di quel collegio scabinale, nè che in quello stesso periodo a Lipsia nessuna strega sali sul rogo, ma — anzi — molte donne accusate di *crimen magiae* vennero assolte.

Le numerose opere del Carpzov, che hanno spesso un loro valore anche monografico, sono però in prevalenza compilazioni miranti ad offrire una descrizione sistematica ed esauriente del diritto penale, privato ecclesiastico e pubblico. Tra queste son degne d'una menzione speciale: la *Jurisprudentia Forensis Romano-Saxonica* (Francofurti, 1638 et seqq.); i *Responsa juris electoralis* (Lipsiae, 1642), che secondo il giudizio del Landsberg è opera eccellente per aver trasfuso il materiale forense entro schemi dogmatici limpidi e sobri; la *Jurisprudentia ecclesiastica* (del 1649) dove è tratteggiato il sistema del diritto ecclesiastico luterano; e l'opera conclusiva, la cui fama ha raggiunto l'intera Europa, la *Practica nova Imperialis Saxonica* («La giurisdizione attuale di diritto comune sassone», Vitembergae, 1658). Una valutazione corretta dell'intera opera del Carpzov potrebbe farsi solamente attraverso un apprezzamento del valore monografico d'ogni suo scritto; e non si può quindi pretendere di sostituirla

---

e processualistica: cfr. le opere citate *supra*, alla p. 318, nt. 28 ed inoltre A. LOBE, *Die allg. straf. Begriffe nach Carpzov*, 1894; KLEE, *ZVglRwiss.*, XV (1902), pp. 220 ss.; LINDEN, *Die Strafrechtsanalogie in B. Carpzovs Practica nova*, 1947. Sul contributo del Carpzov ai problemi relativi alla collisione cfr. HERMANN, *Joh. Nik. Hart*, cit., e, più specificamente, MERZYN, *Der Beitrag B. Carpzovs zur Entw. d. Kollisionsrechtes*, 1963, pp. 3 ss. Una penetrante valutazione del pensiero civilistico del Carpzov è offerta dal HEINE, *Zur Methode*, cit.

con un sommario sguardo d'insieme. La reale importanza del Carpzov sta nel suo essere stato il rappresentante più tipico dello stile scientifico della sua epoca: con la sua infaticabile diligenza di ricercatore, la sua straordinaria esperienza di operatore pratico e la puntuale lucidità dei suoi giudizi; egli fu un maestro nell'offrire delle sintesi conclusive di tutto un travaglio di elaborazione scientifica, un maestro come sempre sogliono esserci quando si chiude un'epoca particolarmente significativa (si pensi, in momenti tra loro diversissimi, ad Ulpiano ad Accursio al Windscheid). Alla storia spirituale del suo tempo il Carpzov appartiene, non tanto come rielaboratore della prassi giudiziaria e come sistematico o come storico, ma proprio per il modo caratteristico della sua operosità di giurista.

b) Johannes Brunne mann (1608-1672) <sup>(8)</sup>, nativo di Cölln sulla Sprea, già nel 1630 diventò professore di logica e nel 1640 assunse la cattedra di *Institutiones* a Francoforte sull'Oder; dal 1664 esercitò anche la funzione di consigliere del Principe Elettore del Brandeburgo. Dopo alcuni scritti su argomenti processualistici pubblicò — nel 1665 — una *Repetitio* esplicitamente destinata ad uso dei pratici sull'esempio dei celebri *Paratitla* dell'olandese Wesenbeck; a cui fece seguire due commentari: uno al *Codex* (nel 1663) ed uno alle *Pandette* (nel 1670), redatti entrambi secondo un ormai sperimentato «metodo legale», ma con un interesse — più marcatamente pratico che non storico-filologico — per le *leges praecipue usum habiturae* <sup>(9)</sup>. Queste due ultime opere rappresentano un caratteristico momento di passaggio dallo stile esegetico a quello sintetico-pratico nell'esposizione sistematica del diritto vigente.

2. a) David Mevius <sup>(10)</sup> (1609-1670) nativo di Greifswald, dopo un viaggio di studi attraverso l'Olanda l'Inghilterra e la Francia, nel 1636 cominciò ad insegnare nella sua città natale, nel '38 fu nominato *Syndicus* della città di Stralsund, dal 1653 fu vicepresidente

---

<sup>(7)</sup> Testimoniate dal suo scritto *Sachsen* in: *ZdHeimatw. Sachsen*, XV (1941), pp. 18 ss.; cfr. EB. SCHMIDT, p. 156.

<sup>(8)</sup> STINTZING, II, pp. 101-112; SCHAFFSTEIN, *Die allgem. Lehren*, cit., p. 12 e *passim*.

<sup>(9)</sup> STINTZING, II, p. 109.

<sup>(10)</sup> STINTZING, II, pp. 112-139; EBEL, *Forsch. z. Gesch. d. Lübecker R.*, 1951, pp. 135 ss.; DÖHRING, pp. 298, 302 ss., 307, 316; l'ulteriore letteratura è cit. *ivi*, p. 423; MOLITOR, *D. Mevius u. sein Entwurf eines Meklenburg. Landr.*, ZSS, GA, LXI (1941).



(ma con funzioni praticamente presidenziali) del Tribunale d'appello di Wismar <sup>(11)</sup>, la cui competenza si estendeva su quei territori che a sèguito della Pace di Osnabrück eran passati sotto la sovranità della Corona di Svezia.

Esercitando questo suo ufficio, il Mevius salì ai sommi vertici cavallereschi e politici. Le sue celebri *Decisiones* (più precisamente: *Jurisdiction summi tribunalis regii quod est Vismarii*) in nove volumi (edite tra il 1664 e il 1669; e poi, tra il 1672 e il '75) nacquero tutte dalla prassi di questo tribunale; ma (come nel caso del Carpzov) furono oggetto d'un'autonoma risistemazione da parte del loro autore al momento della pubblicazione. Quest'opera, che esercitò un influsso così vasto e duraturo, fu edita per la decima volta ancora negli anni 1791-1794 <sup>(12)</sup>.

Già prima della pubblicazione di queste sue *Decisiones*, però, i *Commentarii in jus Lubicense* (1642-43) dimostrano le esperienze pratiche fatte dal Mevius nelle città baltiche: quest'opera è celebre come prima analisi scientifica d'un'esperienza giuridica tedesca sovraterritoriale, corrispondente — in questo — al modo con cui il *Sachsenspiegel* era stato studiato dalla scienza giuridica sassone, e fondata sull'osservazione delle esigenze quotidianamente emergenti nella prassi giudiziaria <sup>(13)</sup>.

Un *Prodromus jurisprudentiae gentium communis* (Stralsund, 1671) si richiama già al Grozio per il dichiarato scopo di studiare una *jurisprudentia universalis*; anche se — come notò acutamente lo Stintzing <sup>(14)</sup> — questi principî generalmente validi appaiono concepiti come « ultima e più alta norma per i pratici » <sup>(15)</sup>. Certo si è che il Mevius è da annoverarsi tra i giuristi tedeschi più significativi; e non solo per il suo secolo.

<sup>(11)</sup> Sul significato di questo tribunale (indipendente dal potere regio) cfr. DÖHRING, p. 26 (ove, alla nt. 58, è citata la ulteriore bibliografia).

<sup>(12)</sup> STINTZING, II, pp. 118, 120-124.

<sup>(13)</sup> STINTZING, II, p. 127.

<sup>(14)</sup> *Op. vol. cit.*, p. 139.

<sup>(15)</sup> Press'a poco lo stesso — secondo lo HEINE, *Zur Methode*, cit., pp. 270 s. — vale per il particolare rapporto del Carpzov con l'*aequitas*: anche qui in modo caratteristico per la posizione dell'*Usus modernus* alla vigilia del Giusnaturalismo, nella quale — insieme ad una grande libertà sostanziale — viene ancora conservata la parvenza d'un « legame positivo con le fonti ». Analogamente

b) Georg Adam Struve <sup>(16)</sup> (1619-1692), nato a Magdeburgo, dopo aver studiato a Jena e a Helmstedt, divenne professore nel 1646 e nel 1647 entrò a far parte del collegio scabinale di Jena. Consigliere di corte a Weimar nel 1667, tornò tra il 1674 e il 1680 e nell'ultimo anno della sua vita al suo posto d'insegnamento dopo aver da ultimo presieduto il governo di reggenza (*die vormundschaftliche Regierung*) per conto del Principe ereditario Giovanni Guglielmo.

Accanto agli scritti di diritto feudale (*Syntagma juris feudalis*, composto prima del 1653) merita soprattutto d'esser rammentato il *Syntagma juris civilis universalis* (che più tardi s'intitolerà *Jurisprudentia secundum ordinem pandectarum*) <sup>(17)</sup> ordinato, secondo i *tituli* del Digesto e talvolta con più libero ordinamento sistematico, in cinquanta *annotationes* a loro volta suddivise in *Theses*. Il *Syntagma* — malgrado il suo stile estrinseco di sapore scopertamente scolastico (*definitio, divisio, subiectum, causa, effectus*) è un modello « di esposizione chiara e fluente » <sup>(18)</sup>, soprattutto nelle introduzioni generali: nelle quali — come in molte opere di quest'epoca — il nuovo trova modo d'esprimersi più limpidamente che non nei dettagli dell'esposizione. Un particolare successo arrise alla sua *Jurisprudentia Romano-Germanica forensis* comparsa nel 1670. Questo riassunto chiaro, interpretazione fondamentalmente nuova dell'intero sistema (*jus in re e jus ad rem*), rimase per lungo tempo un libro di largo successo — il cosiddetto « piccolo Struve » — e fu continuamente ristampato fino all'ultima edizione pubblicata a Francoforte sul Meno nel 1771 <sup>(19)</sup>.

---

per la spregiudicatezza nel computo degl'interessi e per il trattamento della *poena infitiandi*, cfr. HORST KAUFMANN, *Rez. u. Usus modernus der actio Legis Aquiliae*, 1958, pp. 87 ss. Sull'*Erubescimus sine lege loqui* del Carpov cfr. HEINE, *Zur Methode*, cit., p. 269; per la facilitazione degli aggiustamenti interpretativi in virtù del principio secondo cui *cessante ratione legis cessat lex ipsa*, cfr. KRAUSE, *ZSS*, KA, XLVI (1960), p. 100; HEINE, *Zur Methode*, cit., pp. 208 s.

<sup>(16)</sup> STINTZING, III, pp. 146-164.

<sup>(17)</sup> Opera edita nel 1658; per le successive edizioni e rielaborazioni cfr. STINTZING, pp. 155 ss.

<sup>(18)</sup> STINTZING, p. 155.

<sup>(19)</sup> « Ogni avvocato, per la sua attività pratica, aveva bisogno — a stare a quanto affermava lo Sturm nel 1726 — solamente del « Piccolo Struve » (STINTZING, p. 159).

3. Nella generazione successiva cominciano già ad affiorare i primi influssi razionalistici: dapprima nella morale pratica del primo Illuminismo, e poco dopo anche nelle tendenze più scopertamente teoriche e sistematiche. Che il clima culturale, in Germania e nel resto d'Europa, venisse generalmente mutando lo si arguisce dal fatto che le soluzioni venivan sempre meno fondate sull'autorità dei testi romani o della dottrina del diritto comune, mentre al contrario si preferiva giustificare anche le teoriche più tradizionali col ricorso alla *naturalis ratio* <sup>(20)</sup>. Rappresentanti tipici di questa generazione di giuristi furono Samuel Stryk, Justus Henning Böhmer ed Augustin Leyser.

a) Samuel Stryk <sup>(21)</sup> (1640-1710), genero del Brunnemann, professore fin dagli anni 1667-1668 a Francoforte sull'Oder — dove fu maestro del Thomasius — fu chiamato come rettore e decano alla nuova Università di Halle di cui fu uno dei più celebri promotori, sia dal punto di vista organizzativo e caritativo, sia anche per via del suo modo chiaro e vivace di far lezione.

A queste sue caratteristiche umane corrispondono appieno le sue opere, tutte d'intonazione pratica. Per la dottrina del diritto comune, alle soglie ormai del Giusnaturalismo, lo Stryck fu un pioniere con il suo *Usus modernus pandectarum* (1690-1712), la cui pubblicazione fece senz'altro del suo autore il *forensis jurisprudentiae coryphaeus*. In lui, poi, cominciano a farsi sentire i primi accenti illuministici di un timbro chiaramente thomasiano: certo egli, da quell'uomo prudente che è, mette in dubbio, non già la realtà del *crimen magiae*, ma soltanto la possibilità di provarne la sussistenza nei singoli casi concreti, e l'efficacia probatoria delle deposizioni estorte con la tortura. Anche il suo discorso in tema di divorzio, con una più libera trattazione dell'abbandono fittizio (*quasi desertio*), mostra già chiaramente l'influsso giusnaturalistico. Sotto il profilo pratico lo Stryk ha valorizzato e fatto accettare il diritto privato tedesco in modo molto più

---

<sup>(20)</sup> Devo questo giudizio ad una conferenza del Coing, tenuta il 19 novembre del 1965.

<sup>(21)</sup> LANDSBERG, III, 1, pp. 64-70; DÖHRING, pp. 136, 297 s., 303, 336, 449.

spregiudicato del Thomasius che pure lo propugnò in modo assai più clamoroso <sup>(22)</sup>.

b) Justus Henning Böhmer <sup>(23)</sup> (1674-1749), nato a Hannover, presente fin dal 1701 all'Università di Halle, vi diventò professore ordinario nel 1721; nel contempo esercitò funzioni pubbliche in Prussia in qualità di Cancelliere del Ducato di Magdeburgo. I primi scritti di questo pratico versatile e di successo furon dedicati al diritto canonico: accanto al *Jus Parochiale* (comparso nel 1701 con una prefazione dello Stryk) al *Jus ecclesiasticum Protestantium, Usus modernus, juris canonici juxta ... decretalium ostendens* (opera in cinque volumi pubblicati tra il 1717 e il 1737) e ad una sintesi di tutta questa materia — le *Institutiones Juris canonici*, del 1738 — son degni di speciale menzione taluni lavori di storia della Chiesa, sull'ordinamento della Chiesa antica e sul *Corpus Juris Canonici*, tutti volti alla riaffermazione di quella parte della tradizione risalente alla Cristianità antica che non contrastava coi postulati del Protestantesimo; inoltre convien ricordare una sua *Introductio in jus publicum* (edita nel 1710).

Tra i lavori pandettistici del Böhmer — oltre a una edizione critica delle *Institutiones* e alle consuete numerose dissertazioni poi raccolte — è da ricordare un'opera che ebbe grande successo: la *Introductio in jus digestorum* (del 1734, di cui si ebbero tredici edizioni fino al 1791), che il Landsberg <sup>(24)</sup> esaltò come « il miglior manuale dell'*Usus modernus* » che sia stato scritto in tutto il Settecento. Ed è giudizio che si palesa perfettamente fondato, se — col Landsberg stesso — si vuol considerare merito specifico di quest'opera « la pregnanza e una indubitabile armonia sistematica » delle opinioni intelligentemente conciliative che vi si trovano esposte <sup>(25)</sup>. Testimoniano, infine, del costante interesse dell'*Usus modernus* per un'immediata incidenza pratica taluni manuali più propriamente tecnici, come la *Succinta manu ductio ad methodum disputandi et conscribendi disputationes juridicas* (Halle, 1703) e la matura « Breve introduzione all'uso abile

---

<sup>(22)</sup> G. SCHUBART-FICKENTSCHER, *Hallesche Spruchpraxis. Consiliensamml. Hall. Gelehrter etc.*, 1960.

<sup>(23)</sup> LANDSBERG, III, 1, pp. 145 ss.; SCHULTE, *Gesch. d. Qu. u. Lit. d. Can. R.*, III, 2, 1880, pp. 92 ss.; SCHRADER, *Gesch. d. Univ. v. Halle*, I, 1894, pp. 147 ss.; DÖHRING, pp. 66, 204, 296, 310, 315 s.

<sup>(24)</sup> *Op. cit.*, p. 149.

<sup>(25)</sup> *Op. cit.*, p. 148.

degli atti » (*Kurze Einleitung zum geschickten Gebrauch der Acten*, Halle, 1732). I sei volumi delle *Consultationes et decisiones* son la testimonianza del suo lavoro forense.

Justus Henning Böhmer rappresenta le migliori qualità d'una scienza giuridica specificamente pratica, perfettamente presente a se stessa, interamente appagata dalla coscienza della propria operosità e dalla serena dedizione ai propri còmpiti quotidiani <sup>(26)</sup>.

c) Augustin Leyser <sup>(27)</sup> (1683-1752) — professore a Wittenberg nel 1707, e da allora fino alla morte operoso anche nel Tribunale di Corte e nel collegio scabinale di quella stessa città — sembra appartenere ad una generazione successiva, ormai chiaramente influenzata dal primo Illuminismo. La sua fama è legata ad una moltitudine di scritti di piccola mole — *Dissertationes*, *Disputationes* e via dicendo — divenuti per tempo meritamente celebri e raccolti nei *Meditationum ad Pandectas libri XI* (pubblicati tra il 1717 e il 1748) secondo l'ordine dei *tituli* testuali e perciò senza una loro propria coerenza sistematica. Il Leyser è già evidentemente preso dalla logica giusnaturalistica: fa lezione secondo il modulo pufendorfiano e fonda le sue conclusioni talvolta direttamente sul diritto naturale ed abitualmente sull'autorità del Pufendorf. L'antica tradizione casistica e la nuova etica razionale confluiscono in una sorta di giurisprudenza d'equità estremamente incisiva. Pur essendo un romanista, il Leyser loda spesso il diritto tedesco per la sua libertà rispetto alle « sottigliezze romane », si dichiara favorevole alle decisioni contrarie alle *auctoritates* ma conformi all'equità e fondate sull'*analogia juris*, riconosce al giudice un potere creativo per esempio in materia di proroga dei pagamenti, di rilevanza della *clausula rebus sic stantibus*, di revisione dei prezzi di forniture contrattualmente fissati, e perfino di aumento *ex officio* del valore della domanda

---

<sup>(26)</sup> Sul contributo del Boehmer al momento organico-storico del pensiero giusnaturalistico cfr. TESSITORE, *I fondamenti della filosofia politica di Humboldt*, 1965, pp. 24 s.

<sup>(27)</sup> Quanto stiamo per dire segue le tracce segnate dal LANDSBERG, III, 1, pp. 206 ss. e dal DÖHRING, pp. 296, 313, 336, 416 (ove ulteriore bibliogr.). Sull'*Usus modernus* del tardo Settecento cfr. le eccellenti pagine del DÖHRING, pp. 312-328.

proposta in giudizio; oppure dichiara validi testamenti alla cui confezione siano intervenute, come testimoni, solamente delle donne. In tutta quest'opera si manifesta, non soltanto una personalità vivace ed originale, ma anche la progressiva compenetrazione della coscienza specificamente giuridica con l'etica propria del Giusnaturalismo.

III. 1. Nei Paesi Bassi alla giurisprudenza umanistica — che aveva avuto il suo rappresentante di maggior spicco nel Noodt — s'era venuto affiancando un indirizzo più pratico che mirava a far convergere tra loro gli scopi dell'*Usus modernus* tedesco con gl'intenti eruditi degli Umanisti. Personaggi come Johann Voet (1647-1714) e più tardi Cornel Van Eck (1664-1732) Brenkman (1680-1736) Antonis Schulting (1659-1734) e Cornelius Van Bynkershoek (1672-1745) <sup>(28)</sup> fecero parte di quel mondo riformato dell'Europa nord-occidentale il cui influsso profondo sulle colonie olandesi <sup>(29)</sup>, sulla Scozia <sup>(30)</sup> — che, a partire dalla Riforma, ha mantenuto rapporti costanti soprattutto con Leiden — e sulle regioni protestanti della Svizzera s'è mantenuto vivo fino ad oggi. Si è già discusso della grande influenza esercitata dalla cultura giuridica olandese sulla nascente scienza giuridica tedesca: essa venne man mano progredendo col crescere del più generale prestigio di cui la cultura di questo paese — fiorito dopo le guerre di liberazione e restato fuori dalla Guerra dei Trent'Anni — godette nella Germania settentrionale tesa nello sforzo di risollevarsi dalle rovine anche culturali del lungo conflitto.

2. Il contributo che i Paesi Bassi potevan dare alla scienza giuridica tedesca era anzitutto quello d'una generale conoscenza

---

<sup>(28)</sup> La letteratura sulla più antica scienza giuridica olandese l'abbiam già citata *supra*, alla p. 246, nt. 78. Sui giuristi « eleganti » olandesi van Eck (1664-1732), Brenkman (1680-1736), Schulting (1659-1734) e Bynkershoek (1673-1743) cfr. anche LANDSBERG, III, 1, pp. 162 s.

<sup>(29)</sup> Con l'inclusione della Terra del Capo di Ceylon e della Guiana Britannica divenute colonie inglesi dal 1806: cfr. KOSCHAKER, 120 ed *infra*, II, p. 229 nt. 49.

<sup>(30)</sup> Sull'influsso della scienza giuridica olandese in Scozia cfr. STEIN, SDHI. XXIII (1957), p. 149; e, più ampiamente, *Id.*, *Juridical Review*, 1963, pp. 205 ss,

del diritto romano, la cui presenza in Europa si fondava ormai — a partire dal Cinquecento — sull'Umanesimo, e cioè sugli ideali culturali della filologia classica. Come l'affinarsi del senso storico e di quello pratico era stato utile all'affermazione del diritto privato tedesco, così ora il consolidamento d'una cultura filologica giovò al ritorno a ricerche propriamente antiquarie di diritto romano.

Questo tipo d'interessi culturali, privi in un primo tempo di legami con la scuola ufficiale, fiorì nella Germania centrale: a Jena con L. A. Hainberg <sup>(31)</sup>, a Helmstedt con Polykarp Leyser (IV), a Dresda col Wächter, a Lipsia con G. Kortte, J. H. Mylius e Joh. Fr. Hombergk. Ma solo l'interesse per la storia, che il Thomasius suscitò nell'ambiente dell'Università di Jena allora appena fondata, condusse l'ultima generazione di studiosi a quelle ricerche più propriamente storico-giuridiche con le quali si fecero un nome Chr. H. Hoff, Eberhard Otto che viveva in Olanda (con il *Thesaurus juris romani*, raccolta di contributi della scuola storico-antiquaria; e, ancora, col suo *Papinianus*), e Hob. Salomon Brimquell coi suoi lavori di storia letteraria e con l'enciclopedia *Historia Juris Romano-Germanici a primis rei publicae Romanae atque Germanicae (!) initiis ad nostra usque tempora* (Jena, 1727). Seguendo questo stesso indirizzo si meritò fama europea Johann Gottlieb Heineccius <sup>(32)</sup>.

Heineccius (1681-1741), scolaro del Thomasius, operoso dal 1708 a Halle, fu chiamato nel 1723 a Franecker (Frisia Occidentale) donde tornò a Halle passando per Francoforte sull'Oder; fu uomo attivo colto ed infaticabile.

Le sue ricerche di storia del diritto romano ebbero un successo duraturo in tutta l'Europa. Accanto al capolavoro — *Antiquitatum Romanarum Syntagma*, del 1719, la cui ventesima edizione si stampava a Francoforte sul Meno ancora nel 1841, opera di storia giuridica tagliata nello stile della Giurisprudenza elegante — son da ricordare, tra gli altri scritti, la bella lezione

---

<sup>(31)</sup> LANDSBERG, III, 1, pp. 166 ss.

<sup>(32)</sup> LANDSBERG, III, 1, pp. 179 ss.; cfr. DÖHRING, pp. 312, 320 s., 325, 337.

inaugurale tenuta a Franecker nel 1725, dal titolo *De jurisprudentiae romanae formulis ritibusque antiquis*, dove — sotto l'influenza del Thomasius — si pone il problema del formalismo giuridico romano; i tipicamente « eleganti » *Commentarii ad legem Juliam et Papiam Poppaeam* (pubblicati ad Amsterdam nel 1726) e gli scritti su Giovenzio Celso e su altri giuristi romani dell'età classica. Le tracce dell'influenza esercitata dal nascente giusnaturalismo pratico d'un Thomasius sono particolarmente evidenti nei lavori del Heineccius in materia di diritto privato tedesco e di storia del diritto germanico: lo scritto programmatico *De jure antiquo germanico deligentius excolendo*, scritto — quest'ultimo — rigorosamente « antiquario », ma che pure costituisce la prima esposizione sistematica e esauriente del « diritto privato tedesco » in quanto tale.

Infine il Heineccius si palesa scolaro diretto del Thomasius in un manuale (per il vero di scarsa originalità) dedicato per l'appunto al diritto naturale: *Elementa juris naturae et gentium*, Halle, 1737.

3. Dalla metà del Settecento gli sforzi proseguirono in questa nuova direzione. Nella romanistica tedesca essi rappresentarono il punto di raccordo tra la Giurisprudenza elegante dell'Europa occidentale la Scuola storica tedesca, i cui fondatori Savigny e Hugo furono entrambi — per vie diverse — allievi di questi « antiquari ». E tuttavia una compiuta valutazione di questa corrente è stata resa difficile proprio per l'emergere della Scuola storica, i cui grandi nomi hanno finito col mettere in ombra l'opera di questi immediati predecessori di statura certo assai più modesta.

Assai rappresentativa di questa corrente fu la Scuola di Gottinga: quest'Università, fondata agli inizi dell'Illuminismo e che dette assai per tempo frutti tanto cospicui, col suo pragmatismo critico preparò il terreno alla Scuola storica <sup>(33)</sup>. Certo non fu caso fortuito che la car-

---

<sup>(33)</sup> DROYSEN, *Historik* (ed. da Rothacker, 1925), suppl. 79; cfr. *infra*, II, pp. 12 s.; MEINECKE, *Le origini dello storicismo*, trad. it. di M. BISCIONE, C. GUNDOLF, G. ZAMBONI, Firenze, 1954, p. 232; ANTONI, *La lotta contro la ragione*, Firenze, 1942, pp. 199 ss.; THIEME, ZSS, GA, LVI (1936); ID., ZSS, GA, LVII (1937),



riera d'un Conradi <sup>(34)</sup> e d'un Mascov cominciasse a Gottinga e che Georg Christian Gebauer v'insegnasse a lungo. Sulla base dei lavori critici preparatori del Brenkmann (le cui carte relitte lo stesso Gebauer acquistò per l'Università di Gottinga nel 1743) il Gebauer e, dopo la sua morte, lo Spangenberg misero insieme quella celebre edizione del *Corpus Juris Civilis* (uscita nel 1776), che rappresentò il contributo più significativo della prima Scuola di Gottinga alla scienza romanistica dell'epoca <sup>(35)</sup>.

Alla vigilia del sorgere e dell'affermarsi della Scuola Storica erano operosi a Giessen J. Fr. Höpfner (1743-1797) <sup>(36)</sup>, e ad Erlangen Chr. Fr. Glück (1755-1831) <sup>(37)</sup>. Höpfner col suo « Commentario teorico-pratico alle Istituzioni del Heineccius » <sup>(38)</sup> ed ancor di più Glück con il suo famoso « Commento dettagliato delle Pandette » <sup>(39)</sup> esercitarono un largo e duraturo influsso sulla scienza civilistica del loro tempo <sup>(40)</sup>. Tutti e due, poi, pubblicarono anche contributi di ricerca più propriamente storico-giuridica.

Questi ragguagli così sommarî non posson pretendere di sostituire un'autentica esposizione di tutta la storia di quest'epoca; ma, forse, non sarebbe neppur possibile tracciare un quadro dav-

p. 100, nt. 1; v. SRBIK, *Geist u. Gesch. v. dtsh. Humanismus bis zur Gegenwart*, I, 1950, pp. 121 s.; TESSITORE, *I fondamenti*, cit., pp. 13 ss.

<sup>(34)</sup> LANDSBERG, III, 1, p. 234.

<sup>(35)</sup> Per questo cfr. LANDSBERG, *op. e vol. ult. cit.*, pp. 238 s.

<sup>(36)</sup> Dal 1771 al 1781 fu professore a Giessen e più tardi fece parte del Tribunale d'appello di Darmstadt: LANDSBERG, III, 1, pp. 442 ss.

<sup>(37)</sup> LANDSBERG, III, 1, pp. 444 ss.

<sup>(38)</sup> *Theoretisch-praktischer Commentar über die Heineccischen Institutionen*, Frankfurt a. M., 1773.

<sup>(39)</sup> *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, 34 voll., Erlangen, 1790-1831, che comprende il commento fino a metà del XXVIII libro del Digesto.

<sup>(40)</sup> Il valore specifico di questo commentario consiste proprio nella sintesi, che vi è assai felicemente operata, tra la precedente letteratura giuridica europea — quella del diritto comune, per intenderci, e quella antiquaria — specialmente quella dei giuristi « eleganti » di Francia e d'Olanda ed i suoi epigoni tedeschi del Settecento. Com'è accaduto a più d'un capolavoro dell'*Usus modernus*, quest'opera ha sopravvissuto per molti decenni ancora alla grande svolta operata dalla Scuola storica. L'esigenza d'una sintesi di tal genere ha potuto far maturare il progetto sia d'una sua continuazione dopo la morte del Glück sia della rielaborazione italiana curata dal Cugia.

vero esauriente. Pur con tutta la loro abilità nell'operare sul tessuto dell'esperienza giuridica quotidiana, e pur avendo posto — senza clamori nè gloria — molti dei fondamenti di quella che è oggi la cultura civilistica tedesca, nessuno di questi giuristi — con le sole eccezioni, forse, del Carpzov e, più tardi, del Mevius e del Heineccius — è riuscito a guadagnarsi una fama europea. Gli è che, in realtà, l'impulso per un rinnovamento del pensiero giuridico e di quello politico non emerse dal lavoro quotidiano paziente ed assiduo dei giuristi dell'*Usus modernus*, pur essendo innegabile che senza il loro contributo il rinnovamento che la scienza civilistica ebbe poi nell'Ottocento sarebbe stato — più che impossibile — addirittura impensabile. Ma l'avvenire immediato sarebbe stato appannaggio d'altre forze legate più strettamente con la più vasta storia della cultura e della società politica: esso sarebbe nato dall'evolversi della tradizione giusnaturalistica sul terreno d'un'autonoma filosofia sociale e giuridica, e dal rinnovamento della scienza romanistica sull'*humus* offerto dallo storicismo. Son queste le forze, dal cui incontro è nata — senza ulteriori mediazioni — la scienza giuridica moderna.



## BILANCIO DELLA RECEZIONE E DELL'USUS MODERNUS

I. Il rapporto tra materia e metodo. — II. La diffusione del Diritto comune in Germania. — III. Materie oggetto di recezione. — IV. Rifondazioni dogmatiche della scienza giuridica moderna. — V. Tentativo d'una valutazione complessiva.

I. Il nostro giudizio sulla Recezione e sulla più antica scienza del Diritto comune fiorita in Germania è condizionato dal concetto stesso di Recezione che abbiám posto a base di tutta la nostra analisi (1). Se è vero quel che a suo luogo abbiám detto — che la Recezione è consistita più in una « scientificizzazione » dell'esperienza giuridica che non nella assunzione di « materiale » normativo nuovo per contenuto e straniero per provenienza (2) —, allora i suoi effetti più tipici son da ricercare, non già in un mutamento delle norme vigenti, quanto piuttosto in un rinnovamento del concetto stesso di diritto operatosi attraverso il passaggio della funzione giurisdizionale e di quella legislativa nelle mani d'un ceto di operatori colti. Se il significato d'una recezione puramente « materiale » è stato forse sopravvalutato a partire dall'Ottocento, ciò è dipeso certamente dal (legittimo) interesse che lo storico del diritto privato e della dogmatica privatistica nutre per la storia dei principî e delle istituzioni giuridiche (3), ma non vi è stata nemmeno estranea la convinzione (tipicamente positivistica) che l'intera realtà dell'esperienza giuridica sia cor-

---

(1) Cfr. *supra*, pp. 177 ss., partic. p. 187.

(2) Circa le possibili riserve contro questo modo di vedere cfr. *supra*, pp. 187 s. nt. 19 s.

(3) Sulla diversità tra l'interesse ermeneutico dello storico del diritto e quello del dogmatico nei confronti dei risultati d'una medesima ricerca, cfr. *supra*, p. 9 nt. 14 ed *infra*, II, pp. 115 ss.

rettamente riducibile alle norme vigenti o alle elaborazioni scientifiche. Ai nostri occhi, invece, è assai meno importante sapere se (ed in qual misura) si mantenne la responsabilità del venditore soltanto per i vizî maggiori della cosa venduta (*Hauptmängelhaftung*) — tipica del Diritto germanico — in contrapposizione alla generale responsabilità per i vizî della cosa stessa (*Sachmängelhaftung*) propria del Diritto comune (cfr. ancora i §§ 482 ss. BGB in contrapposizione ai §§ 459 ss.); tutto questo, dicevamo, ci sembra assai meno importante del fatto che dopo la Recezione in entrambi i casi la norma da far valere sia stata tratta, ad opera di un giudice dotto, da un'*auctoritas* scritta applicata mediante un'operazione rigorosamente logica alla fattispecie concreta dedotta in giudizio (4). Correttamente, perciò, è stato indicato (5) come nucleo essenziale della Recezione il passaggio da un diritto basato sull'autorità della tradizione ad un diritto scritto, da un criterio di decisione delle controversie che faceva richiamo alla intuibile evidenza della bontà della decisione stessa ad uno fondato su un rigoroso procedimento logico-concettuale: mutazione che traduce — sul piano specifico della storia del diritto — il passaggio delle società moderne da una vita vissuta in un irriflesso rapporto con la realtà ad un agire fondato su una coscienza logica e razionale. La Recezione è stata un processo di modernizzazione che non si è limitato alla sola Germania; e che di per sè non aveva neppur bisogno — per realizzarsi — dello strumento offerto dal diritto romano, come è dimostrato sia dal sorgere del Giusnaturalismo settecentesco sia da un confronto anche superficiale con lo sviluppo dell'esperienza giuridica britannica.

Un simile processo storico, però, così generale e secolare, non può esser studiato direttamente; ma può essere ricostruito in modo — per dir così — solamente mediato, attraverso le fonti e gli altri dati estrinseci che la storia giuridica offre.

Lo studio storico dei fatti spirituali è, come lo spirito stesso, legato alle sue emersioni sul piano delle evidenze constatabili:

(4) Cfr. *supra*, pp. 270 ss.

(5) Cfr. le puntuali osservazioni del DAHM, DR, pp. 101 s. (con richiamo ad A. HEUSLER, *Inst. d. dtsh. Privatrechts*, I/II, 1885-6); cfr. anche SCHWERIN-THIEME, p. 257. Sull'introduzione di questo processo di razionalizzazione prim'ancora dell'inizio della Recezione pratica cfr. *supra*, pp. 157 s.

e la storia della recezione del diritto romano in Germania — in quanto storia, anch'essa, d'un fatto spirituale — può essere studiata nel suo insieme solamente attraverso le storie delle singole istituzioni giuridiche (6). Se, per un verso, è vero che il quadro complessivo della Recezione può essere colto solo argomentando dal modo di appropriazione e di trasformazione dei singoli istituti e dei diversi principî; è, per altro verso, innegabile, anche, che l'applicazione di questi nuovi modelli normativi ha finito col mutare la realtà sociale ed economica in un costante rapporto d'interazione tra pensiero e vita. Il taglio, poi, che abbiamo dato a tutto questo nostro discorso ci consente di conoscere soltanto un frammento di tutta la realtà: nelle pagine che seguono cercheremo di ricostruire in modo appena sufficiente questo frammento, tracciando dall'esterno una specie di bilancio della diffusione che il *jus commune* ebbe in forza dell'*Usus modernus*.

II. 1. È arduo descrivere in breve quella che fu la diffusione del Diritto comune in Germania (7) fino alla consolidazione dell'*Usus modernus* per via della grande frammentazione delle aree giuridiche, le quali per lo più non corrisposero nemmeno col territorio dei singoli Stati principeschi. Nell'antico *Reich* il Diritto comune aveva ovunque un valore sussidiario; nè altrimenti le cose andavano in quei territorî che, tedeschi per lingua e per abitanti, rimasero nel 1648 fuori dei confini del *Reich* (a Basilea, invece, ancor prima della sua uscita dal *Reich* e in altre città della Confederazione, la Recezione era già avvenuta) (8). La misura, però, in cui questa generica potenzialità di vigore del Diritto romano si concretava nei singoli luoghi, dipendeva — oltre che dalle vicende storiche e politiche — anche dal fatto che della

---

(6) Ovviamente la revisione metodologica che negli ultimi decenni si è operata in ordine al concetto stesso di Recezione non ha travolto gli enormi risultati oggettivi che già erano stati conseguiti dalle precedenti indagini sulla Recezione (o dai dibattiti che, seppur lungo itinerari parzialmente fuorvianti, s'erano accesi sulla Recezione stessa).

(7) Ottimo il panorama tracciato dal WESENBERG, pp. 89-104. Sulla Recezione negli altri Paesi europei cfr. *supra*, p. 178, nt. 1.

(8) THIEME, Mem. Koschaker, I, pp. 139 ss.; GENZMER, Festschr. Laun, 1953, p. 531.

legislazione locale fosse esistita o no una redazione scritta, e da quanto il precedente vigore di questa legislazione fosse stato profondo e diffuso. Così furono romanizzati, spesso rapidamente e quasi diremmo senza far rumore, i territori più piccoli privi d'un loro proprio ordinamento, specialmente le piccole città imperiali, i villaggî e le signorie direttamente soggette al *Reich*. Ma anche là dove esistevano compilazioni normative di contenuto chiaro ed aventi un largo ambito d'applicazione, restava pur sempre da vedere se il loro contenuto era costituito ancora dall'antico diritto patrio o se già si trattava di un diritto di provenienza « dotta ». Abbiám già visto (pp. 000 ss.) che tutto ciò dipendeva da un complesso di circostanze molteplici: dall'indole conservatrice o aperta dei diversi popoli (Baviera, Tirolo, Città anseatiche - Franconia Turingia e Alta Sassonia); dai contatti commerciali e culturali d'una certa regione (Francoforte, Jülich - Brema, Lubeca); e — infine — dalla chiusura o dall'acume culturale dei singoli legislatori (Worms, Friburgo).

2. Nel dettaglio si possono delineare, a un di presso, le seguenti situazioni:

a) da una parte il maggior numero delle grandi isole nelle quali più forte fu la conservazione dell'antico diritto tedesco: l'Alta Baviera, il Tirolo e gli altri territori austriaci, le Città anseatiche e le altre zone costiere (incluso lo Schleswig centromeridionale, che non apparteneva al *Reich* ma che fin dal Medioevo era stato abitato da popolazioni tedesche; escluse, però, le regioni della Frisia orientale, del Meklenburgo e della Pomerania). Una posizione a sè assunsero in epoca più remota i feudi dei Wettin, e soprattutto la Sassonia Elettorale, dove lo Specchio Sassone — che era stato redatto proprio in queste terre — subì una « scientificizzazione » particolarmente penetrante ad opera d'una giurisprudenza culturalmente assai raffinata (9).

b) D'altra parte vi sono i territori nei quali più forte fu la romanizzazione: le città della Germania sud-occidentale (incluse Basilea e Strasburgo), la maggior parte dei territori e dei feudi

---

(9) Su questo cfr. *supra*, pp. 148 s. e 216 s.

militari (*Ritterschaften*) sulle sponde del Reno e nella Franconia presso il Meno sul territorio che costituisce oggi il *Land* del Baden-Württemberg e quello della Renania-Palatinato; ma anche le estese regioni dei bassopiani nella Germania settentrionale con la loro scarsa densità di popolazione, e — ad est dell'Elba — con la scarsa capacità di resistenza di cui eran dotate quelle antiche classi rurali e borghesi, e infine con un'amministrazione territoriale assai spiccatamente vocata al rigore della pianificazione. Rientrano, infine, in questa zona gran parte dell'odierno *Land* della Bassa Sassonia ed in più il Holstein orientale il Mecklenburgo, la Pomerania e il Brandeburgo.

c) Indipendentemente da questa diffusione territoriale, però, il giurista colto era riuscito a far penetrare dappertutto il suo modo di pensare di trattare gli affari e di condurre il processo: dapprima nei tribunali di suprema istanza e presto anche in quelli di grado intermedio e nelle città.

III. Cerchiamo ora di tracciare un disegno sommario di quello che fu l'ambito oggettivo della Recezione, tenendo presente qual era la situazione nell'età del tardo *Usus modernus*, quando si fu concluso e consolidato in Germania il processo di assimilazione del Diritto comune <sup>(10)</sup>. La Recezione

---

(10) Manca una ricostruzione complessiva delle teorie civilistiche dell'*Usus modernus*, sia per la Germania che per il resto d'Europa; e si che la si potrebbe agevolmente elaborare giovandosi delle numerose monografie comparse in questi ultimi decenni. Un solido punto di partenza può ancora essere offerto dall'opera di O. v. GIERKE, *Genossenschaftsrecht* (1868 ss.); il panorama è, a grandi linee, tracciato dal WESENBERG, pp. 112-126. Per le singole materie si potrebbe ricorrere, per esempio, ai seguenti lavori: STAMPE, *Das dtsh. Schuldtilgungsrecht des 17. Jhs.*, 1925; BUCHDA, *Gesch. u. Kritik d. dtsh. Gesamthandlehre*, 1936; CHARMATZ, *Zur Gesch. u. Konstruktion d. Vertragstypen im Schuldrecht*, 1937; K. WAGNER, *Das geteilte Eigentum in Naturr. u. Positivismus*, 1938; H. BRANDT, *Eigentumserwerb u. Austauschgeschäft*, 1940; P. HAUPT, *Die Entwickl. d. Lehre v. Irrtum beim Rechtsgeschäft seit d. Rezeption*, 1941; WESENBERG, *Verträge zug. Dritter*, 1949; FEENSTRA, *Reclame en Revindicatie*, Den Haag, 1949; HERM. LANGE, *Schadensersatz u. Privatstrafe in d. mittelalt. Rechtslehre*, 1955; GAMLLSCHEG, *Der Einfluss Dumouliins auf. d. Entw. d. Kollisionsrechts*, 1955; SEILER, *Die Systematik d. einz. Schuldverh. in d. neueren Pr. RGesch.*, Tesi di dottorato di Münster, 1957; H. KAUFMANN, *Rezeption u. Usus modernus d. actio*



aveva interessato l'intero complesso delle norme suscettibili di applicazione giudiziaria, e quindi anche il diritto penale e la materia del processo (sia di quello civile che di quello criminale); ma a noi interessa ragionare solamente del diritto privato. Risultato, poi, di questa Recezione fu un ordinamento giuridico — unitario e con salde fondamenta teoriche — nel quale norme ed istituti di provenienza romana germanica e canonica formavano ormai un complesso dottrinario assolutamente non più scindibile. I confini interni tra le antiche componenti di questa struttura si colgono ancora, seppur con qualche modesto mutamento, nell'odierno sistema del diritto privato: perchè la cosiddetta « Post-recezione » del XIX secolo (cfr. *infra*, II, pp. 139 s.) ha riguardato più i concetti ed il sistema del diritto privato, mentre sul piano dei contenuti normativi il suo purismo romanistico trovò un'efficace compensazione nelle esigenze dogmatiche e nelle scoperte della dottrina germanistica e di quella commercialistica.

1. *Dottrine generali.* L'elaborazione d'un sistema di concetti fondanti e d'una dottrina generale del diritto privato diventò in quanto tale possibile soltanto con quella che abbbiam più volte chiamato la « scientificizzazione »; e prese le mosse — nella misura in cui una siffatta elaborazione è consentita nel quadro d'una scienza giuridica esegetica quale fu quella del più antico Diritto comune — e prese le mosse, dicevamo, dalla Glossa e dai *Consiliatores*. Per molte figure — come la tutela possessoria, l'usucapione, la persona giuridica, la fondazione, la capacità di agire, l'etica contrattuale e i caratteri intrinseci delle fattispecie negoziali — fu decisivo l'apporto della teologia morale e della scienza canonistica <sup>(11)</sup>. Taluni concetti fondamentali della dot-

---

*legis Aquiliae*, Köln-Graz, 1958; H. DILCHER, *Die Theorie d. Leistungsstörungen bei Glossatoren etc.*, 1960; FUCHS, *Justa causa traditionis in d. roman. RWiss.*, Basel, 1952; SOLLNER, *Die causa im Konditionen- u. Vertragsrecht d. Mitt.*, 1958; GROSSKOPF, *Die geschiedenis van die sessie van vorderingsregte*, Leiden, 1960; HUBERTA BAUER, *Die Entw. des Rechtsinst. der freien gewillkürten Stellvertretung seit der Rezeption etc.* (tesi di dottorato di Erlangen, 1963); KEPPMANN, *Die neuere dogmengesch. Entw. d. obj. Tatbestände der §§ 823-826* (tesi di dottorato di Münster, 1958); BRENNÉ, *Erbfalls- u. Erbantrittsprinzip in d. neueren dtsh. PRGesch.*, Münster, 1959.

(11) Cfr. *supra*, pp. 102 s.; per l'usucapione cfr. *infra*, p. 447 nt. 45.

trina privatistica odierna — il diritto soggettivo, il negozio giuridico, la capacità giuridica e quella d'agire, la persona giuridica — erano stati come tali (come concetti fondamentali, cioè, formulati sur un piano generale) del tutto estranei all'antico diritto romano. Anche la Glossa, ed i suoi epigoni nell'*Usus modernus*, svilupparono questi concetti soltanto in talune loro applicazioni puramente esegetiche.

Da tutto ciò deriva un paradosso, che rappresenta uno dei dati più caratteristici della assai complessa storia dei dogmi: una scienza giuridica essenzialmente costruita secondo modelli esegetici e casistici, aliena come tale da ogni generalizzazione e da ogni atteggiamento assiomatico, è diventata invece l'ambiente propedeutico nel quale si son formati gli assiomi del Giusnaturalismo, della Pandettistica e della scienza civilistica odierna, nella misura in cui — maneggiando i suoi schemi scolastici e sforzandosi incessantemente di armonizzare tra loro i testi della giurisprudenza antica — questa scienza è venuta lentamente elaborando i suoi massimi paradigmi concettuali. Tutto questo rende particolarmente arduo un giudizio sicuro sulla « preistoria » di questi paradigmi.

La maggior parte di questi concetti — nella loro forma attuale — è stata, al pari dell'intero sistema del diritto privato moderno <sup>(12)</sup>, formulata soltanto dalla dottrina giusnaturalistica <sup>(13)</sup> (cfr. *infra*, p. 418). Ma non si deve dimenticare che il Giusnaturalismo, a sua volta, si rifece in gran parte al pensiero scolastico e alla teologia morale ed anche — seppure in misura minore — alla stessa dottrina del Diritto comune.

2. Il diritto delle persone e quello di famiglia, per il solito, son quelli che in genere meno si fondano sulle recezioni. La struttura sociale e la costituzione familiare d'un popolo, infatti, difficilmente si lasciano mutare, nel profondo e in modo duraturo, da eventi fondati solamente sul-

---

<sup>(12)</sup> Cfr. *infra*, II, pp. 39 ss. Per il concetto di contratto è però da tener presente la non-tipicità del contratto, introdotta già prima del Giusnaturalismo, che in conclusione mise in luce il concetto generale di contratto obbligatorio: cfr. WESENBERG, pp. 121 s.; CHARMATZ, *Zur Geschichte u. Konstruktion*, cit.; BRANDT, *Eigentumserwerb*, cit., pp. 38 ss.

<sup>(13)</sup> Cfr. anche *infra*, pp. 445 ss. (Grozio e i precursori del Giusnaturalismo) e 472 ss. (Pufendorf).

l'azione del pensiero riflesso (come sarebbe l'appropriarsi d'un determinato patrimonio culturale); non foss'altro perchè ogni coscienza giuridica — quand'è vitale e fondata su una tradizione non superficiale — si conserva più tenacemente proprio nei rapporti di vita più stretti e più facilmente sperimentabili da chiunque.

Questo dato dell'esperienza è confermato in generale dalla conservazione di molte istituzioni del « diritto volgare » ellenistico o orientale nell'ordinamento del tardo Impero romano dopo la generale estensione della cittadinanza operata dalla *Constitutio Antoniniana* del 212 d.C.; o, ai nostri giorni, nella recezione delle codificazioni europee da parte di Nazioni del Medio e dell'Estremo Oriente (14).

In questa materia delle persone e della famiglia spesso si recepisce solamente la terminologia e le forme concettuali proprie della tecnica giuridica; ma non la sostanza delle norme.

a) Non fu recepito il sistema romano degli *status* personali, in particolare la distinzione tra *cives* e *peregrini*, e soprattutto l'ordinamento servile. Quasi mai si è osato applicare le norme romane in materia di schiavitù ai rapporti nascenti dallo stato di semi-libertà delle classi rurali (15). Al contrario lo schema tardo-romano del *colonatus* ha esercitato un influsso negativo sullo *status* personale dei lavoratori della terra, laddove — soprattutto nelle regioni orientali della Germania — si tendeva

(14) In materia cfr. A. B. SCHWARZ, *Rezeption u. Assimilation*, ora: *Rechtsgeschichte u. Gegenwart*, 1960, pp. 149 ss.; per ulteriori indicazioni cfr. *supra*, p. 181 nt. 6 ed *infra*, II, p. 240.

(15) Comunque il Mevius, nei suoi *Kurtze Bedenken*, si dovette pronunziare esplicitamente contro la esperibilità della *rei vindicatio* quando ne fossero stati oggetto i servi della gleba e contro la *rei vindicatio in servitute* (STINTZING, II, p. 135; WESENBERG, p. 114; STAMMLER, *Disch. Rechtsleben*, II, pp. 265 ss.); su una singolare eccezione nel *Klagspiegel* edito nel 1516 da Sebastian Brant (cfr. *supra*, p. 000) cfr. KOSCHAKER, p. 93, nt. 48. Sugli effetti della Recezione in materia di servitù della gleba cfr.: BÖHLAU, ZRG, X (1872), pp. 357 ss. (Meclenburgo); KORN, ZRG, XI (1873), pp. 1 ss. (Brandenburgo); v. BRÜNNECK, ZSS, GA, IX (1888), pp. 129 ss. (Pomerania); sulla difesa delle libertà dei contadini operata dal *Reichskammergericht* col richiamo al Diritto romano cfr. GROSSMANN, *Über d. gütsherrlich-bäuerlichen Rechtsverh. in d. Mark Brandenburg vom 16.-18. Jh.*, 1890.

in generale a mantenere un certo tipo di rapporti di produzione nel mondo agrario <sup>(16)</sup>.

b) Furono, invece, recepiti: il principio della totale incapacità di agire del fanciullo (dell'*infans minor VI annis*), i rigorosi limiti di età del diritto giustiniano (che rappresentavano una razionalizzazione necessaria ad un tempo e possibile, dal momento che i registri dello stato d'anime tenuti dalla Chiesa rendevano possibile l'accertamento pubblico dell'età d'una persona), e il limite (piuttosto alto) di venticinque anni per il raggiungimento dell'età adulta nel porre il quale il diritto giustiniano e quello comune — nutriti entrambi da una visione della vita ancorata a modelli fortemente autoritari — s'erano trovati d'accordo nei confronti degli opposti orientamenti ch'erano stati propri, rispettivamente, del diritto romano classico e dell'antico diritto germanico.

c) Non fu recepito l'istituto romano della *patria potestas* sui *fili familias* in età adulta: un istituto, questo, che mal si sarebbe conciliato coi valori fondanti della famiglia germanica, per lo meno con riguardo al periodo successivo al venir meno del rapporto di convivenza dei figli col padre. In questa materia si conservarono molto più validi quei principi propri del diritto germanico che formano la base storica dell'odierna potestà dei genitori con tutta la sua fitta e robusta trama di doveri giuridici e col potere sussidiario della madre. Però l'emancipazione romana in coincidenza con l'uscita del figlio dalla minore età venne trasformata ed intesa come atto tendente a conferire indipendenza economica al figlio di famiglia (*emancipatio saxonica*), quale ancor oggi sopravvive nell'autonomia dello *status* giuridico dei figli adulti rimasti a vivere nella casa paterna (§§ 1617-1619 BGB). Contrario al diritto romano (classico) era anche l'esercizio — costantemente mantenutosi — della estromissione dalla comunione dei beni familiari per i membri della famiglia al momento della loro uscita dalla convivenza e dell'anticipata divisione del patrimonio dei genitori.

---

(16) Sulla parificazione, già prospettata dal Bracton, dei servi della gleba con gli *adscripticii* del diritto romano postclassico cfr. KOSCHAKER, *loc. cit.*; ed anche, ma in senso opposto, il Mevius (cfr. nt. prec.).

d) Dal diritto giustiniano fu tratta la maggior parte della disciplina tecnica della tutela. D'altronde, anche se non ci fosse stato l'influsso del diritto romano a condizionarla, la tutela non avrebbe certo potuto svilupparsi secondo un modello diverso nella civiltà urbana e nello Stato autoritario ed assistenziale della prima Età Moderna: e difatti questo è stato uno degli istituti più precocemente e più frequentemente recepiti dal diritto privato romano (17). La sorveglianza degli organi pubblici sull'esercizio delle funzioni tutorie, tanto sottolineata dal Diritto comune, si rifaceva non solamente all'esempio romano dei poteri concessi al pretore in questa materia, ma anche alla protezione che nelle monarchie germaniche il re cristiano esercitava sulle vedove e sugli orfani e che in seguito passò ai signori territoriali e ai governi cittadini.

Nella *cura minoris* — che già s'era consolidata in età giustiniana — entrarono anche elementi propri del *mundio* germanico; questi elementi finirono col trasformare la *cura minoris* in una sorta di tutela legale per i minori (*minores XXV annis*) a cui fossero morti i genitori.

3. a) La disciplina dei rapporti personali tra coniugi, fin dal Medioevo (e, in particolare, dal Concilio Lateranense IV del 1215), si fondava non più sul diritto secolare germanico ma su quello canonico (e, in seguito, anche sugli ordinamenti delle Confessioni riformate) (18). E il diritto canonico, a sua volta, per un verso si rifaceva in materia di conclusione del matrimonio (*consensus facit nuptias*) al diritto dell'Impero romano d'Oriente fondato su fonti giuridiche scritte e sull'etica cristiana; e — per un altro verso — era debitore della tradizione giudaico-cristiana per quanto riguardava la materia dello scioglimento del matrimonio e degli impedimenti alla sua celebrazione. L'influsso germanico si mantenne vivo nella materia attinente alla posizione giuridica della donna maritata (materia nella

---

(17) Cfr. *supra*, pp. 168 s., 283 s. (Protorecezione a Colonia), e 287 s. (Norimberga).

(18) Ottimo il panorama tracciato dal REICKE, *Geschichtl. Grundl. d. Eheverchts*, in: DOMBOIS-SCHUMANN (a cura di), *Weltl. u. kirchl. Eheschliessung*, 1953, pp. 27-62.

quale, però, pesavano anche le vedute della Chiesa, che erano diffuse nelle città dalla predicazione degli Ordini mendicanti e che miravano ad una emancipazione della donna) <sup>(19)</sup> con un particolare riguardo ai poteri della donna stessa in materia di amministrazione domestica. In sèguito la normativa matrimoniale — nella Chiesa Cattolica col Concilio di Trento, nella Confessione luterana e nelle altre Confessioni riformate, nella secolarizzazione che caratterizzò l'Illuminismo, nella lotta fra lo Stato e la Chiesa Cattolica (*Kulturkampf*) alla fine dell'Ottocento — si sarebbe sviluppata lungo itinerari tra loro assai diversi ma in modo ormai del tutto autonomo rispetto al filone rappresentato dalla tradizione storica. Nel complesso, dunque, si può ben dire che l'influsso diretto del *Corpus Juris Civilis* nella materia matrimoniale fu più modesto che non nel diritto delle persone; più sensibile, semmai, esso fu in talune figure create dalla legislazione canonica medievale — assai attenta ai modelli offerti dalle fonti romane e dal *jus civile* —, quali la nullità, l'impugnabilità, e le altre da queste derivate (la registrazione della celebrazione del matrimonio, per esempio, e la separazione giudiziale tra coniugi): figure che, poi, la smisurata volontà di razionalizzazione della vita umana tipica dello Stato moderno ha docilmente ereditato dal diritto canonico.

b) Le norme vigenti in Germania nel Basso Medioevo in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi — pur nella loro grande varietà — eran fondate per lo più sur una visione rigorosamente comunitaria della vita matrimoniale, che era così profondamente radicata da poter essere difficilmente scalfita dalla « scientificizzazione » del diritto. Perciò questi complessi normativi si conservarono intatti persino là dove — eccezionalmente — l'ordinamento giuridico venne più duramente e più artificiosamente romanizzato (come, per esempio, nella Riforma di Worms) <sup>(20)</sup>. E, sottraendosi queste norme al processo di unificazione determinato dall'affermarsi della dottrina del diritto comune, la situazione normativa in questa materia rimase

---

<sup>(19)</sup> Cfr. *supra*, p. 103.

<sup>(20)</sup> Cfr. *supra*, p. 288.

invariata fino al 1900 (e, si può dire, fino alle soglie del tempo presente) <sup>(21)</sup> per via della grande frammentazione territoriale delle norme stesse. Dove il sistema dotale romano — che prevedeva la proprietà dei beni dotali al marito con l'obbligazione di restituirli al tempo dello scioglimento del matrimonio, e per il resto seguiva il principio della separazione dei beni — dove questo sistema si affermò (ma prima del 1900, tra gli abitanti del *Reich* tedesco, eran solamente tre milioni coloro che eran soggetti a norme di questo tipo) <sup>(22)</sup>, si trattò d'un'affermazione assai approssimativa, ridotta in pratica ad una forma di comunione degli acquisti che i *Consiliatores* avevano elaborato sotto l'influsso d'una concezione più comunitaria del vincolo matrimoniale <sup>(23)</sup>. Ciò non di meno la dottrina tedesca di Diritto comune, soprattutto agl'inizi, trattò in modo inadeguato la comunione dei beni tra coniugi propria del diritto germanico, per il fatto che l'idea stessa di proprietà collettiva (*Gesamthand*) era estranea alle fonti del *Corpus Juris Civilis* e veniva perciò ridotta ad una sorta di comunione frazionata (*Bruchteils-gemeinschaft*) <sup>(24)</sup>.

c) Il diritto a succedere del marito, che — fondandosi sul principio della comunione dei beni tra coniugi — non era affatto riconosciuto nel diritto romano classico ed in quello giustiniano aveva ottenuto un riconoscimento soltanto parziale, in Germania fu invece tutelato quasi dappertutto anche dopo la Recezione. Lo stesso accadde per la cosiddetta *Einkindschaft* <sup>(25)</sup>; e, cioè, per la parificazione — aberrante

---

<sup>(21)</sup> Per quanto, prima del 1900, regimi patrimoniali contrattualmente fondati venissero « travasati »; ed inoltre anche i regimi legali del BGB ripresero e presupposero modelli normativi che avevano avuto una loro storia nell'esperienza giuridica tedesca dei secoli precedenti.

<sup>(22)</sup> Sguardi d'insieme sul modo e sulla diffusione dei diversi regimi patrimoniali al momento in cui si pose mano all'elaborazione del BGB son reperibili in: *Motive IV* (1888), pp. 144 ss.; cfr. anche STAUDINGER, 10/11, 1965, Einl. zu §§ 1363 ss., nt. 6.

<sup>(23)</sup> Cfr. *supra*, pp. 112 s.

<sup>(24)</sup> BUCHDA, *Gesch. u. Kritik*, cit., pp. 115 ss.

<sup>(25)</sup> Ciò anche negli ordinamenti cittadini fortemente romanizzati di Worms (cfr. *supra*, p. 288) e di Francoforte del 1509 (cfr. *supra*, p. 289); in generale cfr. H. MEYER, *Die Einkindschaft*, dissert. di dottorato di Breslavia, 1900.

rispetto alla logica del diritto romano — dei figli nati da matrimoni diversi ma conviventi nel medesimo nucleo familiare in ordine sia al loro *status* personale che alle loro aspettative successorie: un istituto, questo, che mirava ad evitare l'insorgere di complesse controversie patrimoniali in conseguenza delle seconde nozze dei vedovi (che erano particolarmente frequenti per via dell'alta mortalità puerperale).

4. Del diritto successorio romano vennero recepiti:

a) fin dalla « Proto-recezione » le forme giustinianee dei testamenti, in conseguenza dell'attività di redazione dei documenti svolta dai chierici dagli ufficiali ecclesiastici e dai notari laici; e, a cominciare invece dalla Recezione pratica, anche tutta la evoluta e raffinata struttura del diritto successorio romano. Ma l'antica *heredis institutio*, con la connessa *exhereditatio* degli altri possibili coeredi, che aveva avuto la funzione sociale di individuare un erede privilegiato <sup>(26)</sup>, non fu più sentita come presupposto necessario del testamento <sup>(27)</sup>, perchè essa contrastava con la concezione secondo cui il patrimonio comune apparteneva all'intero nucleo familiare, e perchè in una società rurale la posizione privilegiata d'un coerede rispetto agli altri poteva esser tutelata altrimenti (per esempio, col « diritto di colonato » [*Meierrecht*]). È questa, ci sembra, una riprova abbastanza istruttiva del fatto che istituti tra loro uguali nascono spesso da esperienze giuridiche molto diverse, mentre istituti dissimili ben posson esercitare funzioni tra loro del tutto ana-

---

<sup>(26)</sup> MAX WEBER, *Storia agraria di Roma*, trad. it., Milano, 1967; e poi KUNKEL, *Röm. PrR*, II ed., 1949, § 194, 4, nt. 7; WIEACKER, *Hausgenossenschaft u. Erbeinsetzung*, 1940, pp. 3 ss., 22 ss.; KOSCHAKER, *ZSS, RA, LXIII* (1943), pp. 455 s.; KASER, *RömPrR*, I, 1955, § 23.

<sup>(27)</sup> Uno dei molti caratteristici esempi la lunga resistenza della legislazione cittadina di Brunswick: su cui cfr. PIPER, *Testament u. Vergabung von Todes wegen im braunschweig. Stadtrecht d. 13.-17. Jhs.*, tesi di dottorato di Gottinga, 1959, pp. 158 ss. Un esempio istruttivo di garanzia della chiusura della successione ereditaria raggiunta utilizzando lo strumento romano dell'istituzione di erede in sede testamentaria è però offerto dalla Francia meridionale: cfr. KOSCHAKER, p. 277 s., con ulteriori ragguagli.



loghe <sup>(28)</sup>. Accanto al testamento il patto successorio <sup>(29)</sup> conservò la sua funzione di tradizionale strumento di politica familiare — non solo nelle dinastie e nelle maggiori casate nobiliari — per mettere il patrimonio al sicuro dalla frantumazione successoria.

b) Fu, poi, recepito anche l'ordine delle successioni legittime fissato da Giustiniano nella Novella 118, vale a dire la « successione per classi » secondo i gradi di parentela in luogo della successione per ordini propria del diritto germanico (le cosiddette « parentele »: così, ancora, secondo i §§ 1924 ss. BGB) <sup>(30)</sup>. Poichè tutti e due i sistemi sono paritetici e fondati sulla *cognatio* — nel senso che chiamano all'eredità i parenti in misura pari tra loro e conferiscono pari diritti successori ai discendenti per linea sia maschile che femminile — questa recezione non rappresentò alcuna rivoluzione rispetto alla tradizione precedente, come invece lo avrebbe rappresentato la soppressione del diritto a succedere per il coniuge o della *Einkindschaft* (cfr. *supra*, 3, c).

c) Neppure dopo la Recezione la libertà di testare riuscì ad imporsi nei confronti dei vincoli derivanti dai legami feudali e dei diritti vantati dai parenti più prossimi (*jura retractus*).

A parte queste ipotesi particolari, la libertà di testare aveva preso piede molto prima della Recezione pratica sotto l'influsso della Chiesa e delle esigenze poste dalla vita economica della città medievale <sup>(31)</sup>. Col riconoscimento di questa libertà, poi, fu necessario recepire anche l'istituto giustiniano della riserva legittima.

d) Al rigoroso principio romano della successione a titolo universale si contrapponeva quello tipicamente germanico della

<sup>(28)</sup> Su questa interdipendenza cfr. *supra*, p. 188, nt. 20, cfr. anche *infra*, nt. 51.

<sup>(29)</sup> GEORG BESELER, *Die Lehre von d. Erbverträgen*, I/II (1835-40); e HÄSEMEYER, *Die Abhängigkeit erbrechtlicher Verträge von Verkehrsgeschäften*, tesi di dottorato di Gottinga, 1966, pp. 3 ss.

<sup>(30)</sup> Per tutti cfr. CONRAD, DRG, I, II ed., 1962, pp. 420 s.

<sup>(31)</sup> Cfr. anche *supra*, pp. 95, 154 s.

successione a titolo particolare nella proprietà dei singoli beni, meglio adeguato alle esigenze di fatto soprattutto per consentire la delazione ereditaria di diritti che escludevano la contitolarità (si pensi, come possibili esempî, ai beni feudali, a quelli appartenenti ad una determinata stirpe o alle aziende agrarie non suscettibili d'esser divise). Nel sistema successorio in generale, invece, la successione a titolo universale di derivazione romana veniva incontro alla tendenza verso la razionalizzazione dei poteri di disposizione sul patrimonio (come è constatabile ancor oggi nel diritto successorio inglese a partire dalle riforme introdotte nel 1925), e fu perciò prontamente recepito. Per le zone di confine, però, il principio della successione universale ha spesso costretto la dottrina del Diritto comune ad elaborazioni teoriche artificiose, come avvenne per la successione dell'erede privilegiato che venne interpretata come un prelegato *per vindicationem*: tutto questo non giovò ad un conveniente superamento di talune elementari consuetudini di vita, quale — per esempio — nelle famiglie rurali il diritto alla prestazione dell'alloggio e degli alimenti che i genitori avevano nei confronti del figlio succeduto in vita nell'esercizio dell'azienda agricola e gli istituti connessi con questo tipo di obbligazione.

Si può, dunque, ben dire che la Recezione riuscì a trasformare il sistema dei rapporti patrimoniali all'interno della famiglia e quello successorio assai meno di quanto lascerebbe supporre quella specie di patina esteriore che la giurisprudenza colta aveva spanto un po' dappertutto. È, questa, una legge che governa in genere tutte le recezioni: era successo così quando il vigore del diritto romano era stato esteso alle provincie in forza della *Constitutio Antoniniana*, è accaduto ancora così quando i codici europei sono stati recepiti dalle Nazioni del Medio e dell'Estremo Oriente <sup>(32)</sup>; perchè i popoli non possono rinunciare ai fondamenti giuridici dei loro elementari e quotidiani modi di vita senza perder del tutto la loro stessa identità, ed oppongono perciò — conscientemente o inconscientemente, apertamente o per vie occulte

---

<sup>(32)</sup> Fondamentali ancora i punti di vista generali esposti da L. MITTEIS, *Reichsrecht u. Volksrecht in d. östl. Provinzen des röm. Kaiserreichs*, 1891 (rist. 1950), pp. 1 ss. e partic. 85 ss.

ma parimenti efficaci — una resistenza tenace all'infiltrazione d'un diritto di cui avvertono tutta l'estraneità o per lo meno la novità.

5. Uno dei settori più viscosi del diritto privato è certamente il sistema dei diritti reali sui beni immobili: perchè in tutte le società agrarie e preindustriali la proprietà fondiaria — fondamento di legittimazione del possesso del principale mezzo di produzione — è strettamente implicata in quei rapporti di forza che all'interno di queste società operano nel senso della più rigida conservazione sociale e politica.

C'è, poi, da osservare che già nel *Corpus Juris Civilis* la fisionomia individualistica della proprietà tipica delle *Institutiones* e dei *Digesta* (perfettamente coerente al loro carattere « classicistico ») era bilanciata dallo statuto autoritario e rigoroso che della proprietà dettava il *Codex*: uno statuto che si confaceva assai meglio alla struttura rigida della società agraria del Medioevo e della prima Età Moderna che non la proprietà quiritaria dei grandi giuristi classici.

a) Molti germanisti e molti sociologi teorici dell'Ottocento hanno spesso attribuito allo schema romano della proprietà (praticamente soprattutto della proprietà immobiliare) un profondo (ed anzi, deleterio) influsso sulla struttura della proprietà agraria e sull'affermarsi della moderna società industriale e classista<sup>(88)</sup>. In parte questi addebiti nascevano da una critica corretta degli esiti del primo liberalismo e del supporto che gli aveva offerto la Pandettistica (cfr. *infra*, II, pp. 140 s.): nei confronti, invece, della più antica dottrina del Diritto comune essi erano assai meno calzanti perchè non prendevano abbastanza in considerazione il riesame a cui la Glossa i *Consiliatores* e l'*Usus modernus* avevan sottoposto il concetto romano di proprietà, e perchè non tenevano nel dovuto conto l'apporto

---

(88) I punti di partenza furono, per un verso la concezione anti-individualistica e sociale della proprietà propria della Germanistica tedesca, soprattutto nel pensiero di Otto von Gierke (su cui è da tenere in conto il giudizio prudente ed avveduto che si legge in SCHWERIN-THIEME, pp. 250 ss.); e, per un altro verso, la critica socialista alla proprietà privata dei mezzi di produzione (cfr. *infra*, II, pp. 99, 159 ss.).

autonomo di quelle forze che avevan guidato lo sviluppo economico dell'Europa medievale e moderna.

aa) È, bensì, vero che la dottrina del Diritto comune aveva recepito il concetto rigorosamente assoluto di proprietà proprio delle fonti romane; e che, partendo da questa premessa, aveva costruito i limiti derivanti da rapporti di vicinato come servitù legali e le situazioni di possesso collettivo (*Gesamthandverhältnisse*) come comunioni per quote ideali uguali<sup>(34)</sup>. Ma quel concetto non aveva, in generale, esercitato alcun influsso nella materia riguardante i rapporti (sociali insieme e patrimoniali) intercorrenti tra proprietario d'un fondo e soggetti a diverso titolo legittimati al suo sfruttamento; poichè la teoria della divisione del *dominium* in *directum* e *utile*<sup>(35)</sup> elaborata dai *Consiliatores*, convenientemente applicata, poteva consentire, se non addirittura imporre, un adeguato trattamento di quelle situazioni che si fondavano più sul possesso che sulla proprietà dei fondi rustici.

bb) Esiti più favorevoli ebbe l'utilizzazione degli istituti del diritto romano postclassico e giustiniano relativi alla coltivazione della terra con mano d'opera dipendente, poichè questa utilizzazione coincise con un peggioramento dei rapporti sociali nel mondo agrario. Questo peggioramento, nei territori di antico insediamento germanico, era cominciato a partire dalla fine del Medioevo sotto la spinta d'un decadimento economico dei proprietari terrieri tradottosi poi nell'accentuata pressione di costoro sui lavoratori dipendenti, e si era confermato in sèguito, con la rimessa a cultura delle molte terre ch'erano state devastate durante la Guerra dei Trent'Anni. Tutto ciò non accadde in quei territori — come la Sassonia Elettorale — nei quali la difesa dei contadini fu energicamente assunta dal Principe. Dove, invece, ci fu un peggioramento della posizione personale dei contadini e dei loro diritti sulla terra, per operare questo peggioramento fu utilizzato lo strumentario giuridico offerto da istituti romani: quello del colonato postclassico — con la connessa soggezione personale del colono — per qualificare le situazioni di possesso meno intensamente tutelate; quello del *jus emphy-*

---

(34) BUCHDA, *Geschichte u. Kritik*, cit.

(35) K. WAGNER, *Das geteilte Eigentum*, cit., pp. 27 ss. e 35 ss.

*teuticarium* o della *locatio conductio in perpetuum* per l'affitto destinato a valere oltre la morte del primo affittuario; lo schema locatizio romano (*locatio conductio rei*), socialmente ed economicamente tanto sfavorevole al conduttore, per quelle situazioni possessorie non suscettibili di successione *mortis causa* che erano diffuse soprattutto nella Germania orientale <sup>(36)</sup>.

cc) Viceversa, l'idea romana di proprietà dette, sia al contadino che all'autorità, armi sufficienti per lottare contro il proprietario del fondo in quei luoghi nei quali si volle riconoscere e tutelare la posizione del coltivatore nei confronti della terra: furon proprio i giuristi, infatti, ad assicurare un fondamento giuridico ed il successo giudiziario alla difesa dei contadini quando i governi vollero assumerla fra i loro obbiettivi politici. Il Diritto comune nel suo complesso non era di per sè in grado nè di favorire nè d'impedire un qualunque tipo di sviluppo nell'assetto della proprietà fondiaria: semmai si può osservare che, più di quello elaborato dalla dottrina del Diritto comune, è stato il concetto giusnaturalistico di proprietà — caro ai fisiocratici francesi ad Adamo Smith e, più tardi, alla Pandettistica — ad aver parte in quella cosiddetta « liberazione dei contadini », che, nei territorî in cui dominavano i proprietari terrieri, si risolse nella decadenza e nell'indebitamento dei contadini stessi. In realtà, nei secoli della Recezione e dell'*Usus modernus*, il concetto romano di proprietà privata non penetrò affatto nel tessuto vivo dell'esperienza giuridica, perchè ad una sua utilizzazione concreta faceva da ostacolo tutta una complessa trama di rapporti feudali signorili e familiari.

b) Le forme romane di trasferimento della proprietà furono recepite soltanto all'apparenza. Nel Digesto era affermato il principio secondo cui anche il diritto di proprietà sui beni immobili poteva esser trasferito con la sola *traditio* e perfino le garanzie reali immobiliari potevano esser costituite o trasferite col semplice contratto. Al contrario il di-

---

<sup>(36)</sup> Per tutti cfr. AUBIN, in: *JbfNatökuStat*, XLIV (1912), pp. 726 ss.; RINTELEN, *Zur österr. Agrarverf. im Zeitalter der Rez.*, in: *VierteljahrsschrzurPrager JurZ*, 1925, pp. 67 ss.

ritto bizantino, e con esso il diritto volgare dell'Occidente romano, richiese per il trasferimento della proprietà per lo meno la pubblicità (*acta, gesta*) dinanzi alla *curia* delle città o ad altri organi pubblici: e, a tale scopo, si rese necessaria la produzione da parte dell'alienante del documento attestante il trasferimento, l'accollo delle imposte afferenti all'immobile trasferito, e la certificazione dell'adempimento di tutte queste formalità. Queste forme costituiscono il sostrato romano della prassi documentale dell'Alto Medioevo (documenti regî, documenti redatti da chierici, sopravvivenza di formularî) che poi tese a fondersi con la simbologia germanica della materiale investitura e con il trasferimento giudiziale, creando così un nuovo sistema di forme. Accanto a queste non sono da dimenticare le altre forme di investitura proprie del diritto feudale.

c) Un effetto deleterio, però, la recezione del sistema romano delle garanzie reali (immobiliari) l'ha pur avuto; perchè, malgrado l'alto sviluppo raggiunto dall'arte agrimensoria romana, e per quanto esistessero dei veri e propri catasti, il diritto romano — per particolari ragioni storiche <sup>(37)</sup> valide per il territorio italico, e quindi operanti per tutta l'età classica — non conobbe nè un sistema di pubblicità nè (per conseguenza) alcuna forma organizzata di credito fondiario. Perciò la Recezione distrusse, o per lo meno ostacolò, il credito fondiario — sia in città che in campagna — dove la sollecitudine dei legislatori locali non aveva creato — per il funzionamento del credito immobilieramente garantito — delle forme di pubblicità ipotecaria e successoria, oppure dove non era stato efficacemente contrastato il principio tradizionale che limitava la responsabilità patrimoniale del gruppo gentilizio. Per questo le grandi città mercantili, nel nord come nel sud del *Reich*, non recepirono praticamente la normativa

---

<sup>(37)</sup> Ragioni, che possono identificarsi nell'avversione dei proprietari terrieri romani per ogni forma di pubblicizzazione delle consistenze patrimoniali immobiliari di ciascuno, particolarmente dopo le leggi agrarie dell'ultima età repubblicana e dopo le espropriazioni operate durante le guerre civili; nella forte mobilitazione e commercializzazione della proprietà fondiaria, specialmente alla fine della Repubblica; nell'insufficienza, infine, dell'apparato burocratico e nell'inconciliabilità dell'imposizione fondiaria col concetto quiritario di proprietà.

romana in materia di garanzie immobiliari, ma preferirono piuttosto giovare dei tipi e delle forme del loro antico diritto patrio.

Poichè la funzione più importante d'ogni libro fondiario è quella di documentare le garanzie immobiliari, l'istituto romano della garanzia puramente contrattuale ritardò anche ogni ulteriore sviluppo di quelle forme di libro fondiario che qua e là pure eran venute emergendo nel corso del Medioevo <sup>(38)</sup>: e fu questo, forse, uno degli effetti più negativi della Recezione. Le nuove esigenze finanziarie e le strutture tributarie dello Stato moderno — quando si potè metter mano ad un organico censimento fondiario per l'impianto del catasto tributario — hanno creato nell'Europa Centrale le premesse tecniche della moderna pubblicità immobiliare; mentre l'interesse dello Stato stesso al riordinamento del credito fondiario nell'agricoltura <sup>(39)</sup> ha dato l'occasione prossima per la creazione di quel particolare tipo di libro fondiario <sup>(40)</sup>, che ancor oggi va sempre più sviluppandosi in Europa.

d) Il settore particolare del diritto minerario — se non si tien conto di certe sovrastrutture dotte che è dato di riscontrare nel linguaggio dei giuristi — restò quasi del tutto immune dall'influsso sia teorici che pratici del Diritto comune. In modo particolare il riconoscimento del diritto dello Stato sulle risorse minerarie mal si sarebbe potuto conciliare con la concezione romana, secondo cui quelle risorse, in quanto *viscera fundi*, eran da ritenersi appartenenti a titolo di proprietà al *dominus* del fondo medesimo <sup>(41)</sup>.

---

<sup>(38)</sup> Fondamentale il contributo del PLANITZ, Festschr. Afr. Schultze, 1938, pp. 175 ss.; CONRAD, *Liegenschaftsübereignung und Grundbucheintragen in Köln w. d. MA*, 1935; REHME, *Das Lübecker Oberstandbuch*, 1895; ID., *Über das ält. bremische Grundbuch (1438-1558)*, 1908; ulteriori ragguagli in CONRAD, DRG, I, 2, p. 433.

<sup>(39)</sup> Degno di nota il lavoro di W. E. MÜLLER, *Entw. d. Hypothekenkredit in Europa*, in: IIIe Congrès Intern. du Crédit Agricole, Paris, 1957, pp. 3 ss.

<sup>(40)</sup> HEDEMANN, *Die Fortschritte d. Zivilrechts im XIX. Jh*, II, 2. *Formelles Bodenrecht*, 1935; WESENBERG, p. 188.

<sup>(41)</sup> Le radici tardo-antiche di questo riconoscimento affondavano, piuttosto, nella proprietà dello Stato (oppure, se si vuole, del popolo, o dell'imperatore)

6. Grandissimo fu l'influsso che il diritto romano esercitò nel campo dei diritti reali su beni mobili e delle obbligazioni: in un settore del sistema del diritto privato, cioè, acutamente sensibile ad ogni mutazione, particolarmente bisognoso d'una razionalizzazione rigorosa ed aperto a recepire gli apporti più diversi; un settore, possiamo aggiungere, nel quale la riflessione costruttiva dei giuristi classici aveva fornito le sue migliori prove di sensibilità e di finezza. Certo — e lo abbiám già notato <sup>(42)</sup> — le strutture corporative e i vincoli che ne derivavano, le restrizioni sui mercati, i calmieri e gl'interventi della pubblica autorità nell'economia non consentirono il pieno sviluppo — sul piano della realtà economica — di tutte quelle potenzialità che un sistema contrattuale come quello elaborato dalla dottrina del Diritto comune — col suo patrimonio di razionalità e di libertà — racchiudeva in sè. D'altronde il Diritto romano, in queste materie più svincolate dalle concrete condizioni storiche, rappresenta a tal punto la razionalità e addirittura la funzionalità, che anche uno sviluppo per avventura del tutto autonomo della scienza giuridica europea sarebbe arrivato ad esiti non dissimili da quelli a cui si arrivò in realtà. Proprio le più astratte tra le forme giuridiche dell'economia moderna non posson certo definirsi derivate nè da una matrice romana nè dalla dottrina del Diritto comune.

In particolare la Recezione riguardò:

a) la ripartizione sistematica di *contractus* e *quasi contractus*, *delicta* e *quasi delicta*, ed anche l'antica tipologia contrattuale, senza neppur preoccuparsi della loro corrispondenza e della loro reale applicabilità ai rapporti economici della prima Età Moderna.

b) L'intera teoria dell'acquisto della proprietà sui beni mobili, l'usucapione, ed il catalogo di tutti gli altri modi d'acquisto a titolo sia originario che derivativo. La continuità di questa tradizione è ancor oggi testimoniata dai

---

quale veniva esercitata (e riconosciuta) nei territori provinciali. Cfr. SCHÖNBAUER, *Beitr. Z. Gesch. d. Bergbaurechts*, 1929.

(42) A proposito degli ordinamenti territoriali e di quelli di polizia: cfr. *supra*, p. 300.



§§ 929-984 del BGB i quali si ispirano (tranne che per la disciplina del ritrovamento) al modello delle Istituzioni giustinianee.

La teoria del trasferimento venne utilizzata nella forma — che in Germania sarebbe stata esposta partitamente soltanto dal Savigny <sup>(43)</sup> — elaborata nell'età del Diritto comune classico con la dottrina del *modus* e del *titulus*, così come la Glossa <sup>(44)</sup> l'aveva plasmata utilizzando le categorie logiche della Scolastica. Secondo questa dottrina per aversi trasferimento era necessario un *modus* — vale a dire un atto di trapasso o un surrogato di quest'atto — ed un *titulus* — vale a dire un rapporto giuridico — come ancor oggi accade con la cosiddetta « causa di trasferimento ». Il trasferimento — per la dottrina del Diritto comune — era sempre, diremmo noi oggi, « causale » <sup>(45)</sup>, nel senso che essa non riuscì a concepire compiutamente un autonomo negozio di trasferimento. Le possibilità di sostituire la *traditio* — ammesse, con qualche riserva, nel diritto classico ed ampliate, seppur moderatamente, nell'età giustiniana — furon così largamente estese e, per dir così, « spiritualizzate » dall'*Usus modernus*, che soprattutto la dottrina francese arrivò senz'altro ad accogliere alla fine il principio del trasferimento in virtù del semplice consenso <sup>(46)</sup>.

Naturalmente fu recepita anche la normativa romana in tema di garanzie mobiliari dell'obbligazione intese sia come *pignus* che come garanzia senza possesso (più come *hypotheca*, dunque, sia pure su beni mobili).

c) Senza eccezioni, poi, fu recepito l'intero sistema delle obbligazioni offerto dalle fonti romane, e con esso tutta la raffinatissima casistica elaborata dalla giurisprudenza classica con le sue enormi riserve di razionalità giuridica « pura ». E, come nell'esperienza giuridica romana non c'era stato spazio

<sup>(43)</sup> È fondamentale, a questo proposito, il lavoro del FELGENTRAEGER, *Savigny Einfl.*, cit.; sulle radici filosofico-giuridiche del concetto kantiano di diritto cfr. WIEACKER, ZSS, RA, LXXII (1955), p. 31.

<sup>(44)</sup> LANDSBERG, *Glosse*.

<sup>(45)</sup> BRANDT, *Eigentumserwerb*, cit., pp. 43 ss., 49 ss.

<sup>(46)</sup> Sugl'influssi che, da Grozio in poi, il Giusnaturalismo esercitò nella medesima direzione, cfr. *infra*, p. 445 (per Grozio).

per l'elaborazione sistematica e concettuale d'una teoria generale delle obbligazioni proprio in conseguenza dello stile (anche espositivo) della giurisprudenza classica; così al Diritto comune restò praticamente ignota — fin dai suoi primi maestri tardo-medievali — una teoria generale e sistematica delle obbligazioni, in netto contrasto con quel che invece è accaduto all'odierna dogmatica civilistica.

Anche in questa materia l'elaborazione d'una teoria generale è stata avviata — sulla base offerta dalla Scolastica e dalla Teologia morale — dal Giusnaturalismo (47) e portata a compimento soltanto dalla Pandettistica.

d) Alcune isole di diritto germanico, in queste materie, rimasero: il sistema della garanzia nella compravendita fondato sulla tradizione e sulla consuetudine; e soprattutto la disciplina dei difetti più gravi nella vendita del bestiame, il riconoscimento d'una sorta di possesso (*Gewere*) al conduttore (« la vendita non rompe la locazione »), il principio della tutela della produzione nell'acquisto dei frutti (« chi semina raccoglie ») e la specificazione.

L'osservatore odierno non deve farsi trarre in inganno da questa pur vigorosa romanizzazione nel campo delle obbligazioni e dei diritti reali sui beni mobili: perchè in realtà, agl'inizi dell'Età Moderna, la vita giuridica d'ogni giorno — anche negli scambi commerciali, nella terminologia corrente, nei modi di dire, nei simboli e nei tradizionali schemi contrattuali — era assai più legata, più antiquata più variopinta e più espressiva di quanto non farebbe supporre certa astratta rigidità dottrinale. Bisogna consultare le fonti storiche, i documenti della vita dell'epoca per non dimenticare in che misura la scienza giuridica europea, fino al pieno Settecento, ha attinto allo stile e al linguaggio — ricco d'immagini, allegorico e rappresentativo — che aveva appartenuto alla cultura medievale ed era proprio ancora di quella dell'età barocca (48). In Francia tutto questo mondo

---

(47) Cfr. *infra*, pp. 418 s.; II, 39 ss.

(48) Puntuali i contributi del BOEHM, in: *ZStrafrWiss*, LX (1940), pp. 155 ss.; e particolarmente del DAHM, DR, pp. 104 ss. Una visione compiuta e degli scorci vivaci offrono lo STAMMLER, *Deutsches Rechtsleben in später u. neuer Zeit*, I, 1929, e il DÖHRING, per la prima Età Moderna.

scomparve con la Rivoluzione, in Germania (dopo le prime avvisaglie date dall'Illuminismo fridericiano e giuseppino) fu sommerso dalla dominazione napoleonica e dai suoi epigoni di Prussia e del sud del Paese (ed anzi, forse, questa sommersione si compì soltanto dopo il 1848). L'Inghilterra, poi, si è tenuta fino ad oggi pesi e piaceri d'una simile tradizione.

7. A dare ancora uno sguardo d'insieme a quella che era — alla fine della Recezione — la linea di confine del Diritto romano, ci si accorge che non sono poi così numerose come generalmente si suppone le materie per le quali è possibile parlare con certezza d'un influsso romanistico; materie, cioè, di cui non si possa dire che, anche senza la Recezione, esse avrebbero avuto il medesimo sviluppo sotto l'impulso delle forze che operavano nella società. Con questo, naturalmente, non si vuol negare che l'ordinamento recepito fosse diverso rispetto a quello precedentemente vigente in Germania; nè che questa diversità — come le fonti abbondantemente dimostrano — fosse *a priori* congeniale alla coscienza comune. Ed anche il mutamento delle norme giuridiche era, non soltanto espressione incosciente di modi di pensare già precedentemente mutati, ma anche atto di volontà d'un potere pubblico che esercitava secondo un preciso disegno politico le sue funzioni di legislatore e di giudice <sup>(49)</sup>. Ammesso tutto ciò, il rapporto d'una norma con la realtà alla quale essa viene applicata è pur sempre psicologicamente e socialmente più complesso di quanto non facesse intendere la vecchia polemica politica tra diritto « straniero » e diritto « tedesco », poichè l'effetto di una norma sul tessuto dell'esperienza può esser convenientemente stimato solo se si esamina la norma stessa inserita nella struttura dell'intero ordinamento <sup>(50)</sup>. Come ci è già occorso di notare (cfr. *supra*, pp. 187 s.), studiare la Recezione secondo un'ottica storico-

---

<sup>(49)</sup> Un aspetto, questo, che nella prima edizione di questo lavoro non era stato, forse, abbastanza apprezzato: cfr. le precise osservazioni del KUNKEL, ZSS, RA, LXXI (1954), p. 529, nt. 41.

<sup>(50)</sup> Sui diversi compiti a cui son chiamate da una parte la generica storia giuridica e dall'altra la più specifica storia dei dogmi giuridici e sull'interdipendenza delle singole norme nella struttura complessiva dell'ordinamento giuridico abbiamo già indugiato: cfr. *supra*, p. 8 nt. 12 e pp. 187 ss.

dogmatica o seguendo invece una prospettiva più dichiaratamente storica, significa in pratica studiare aspetti tra loro diversi di quel processo storico: nel primo caso verranno in luce le norme giuridiche scritte ed il loro farsi oggetto d'insegnamento e di applicazione da parte dei giudici «dotti»; nel secondo, invece, si fisserà lo sguardo piuttosto sul complesso dell'ordinamento giuridico, che è pur sempre una struttura contingente, al cui interno esiste una totale interdipendenza delle diverse funzioni. Questa interdipendenza fa sì che mutamenti di norme avvenuti per via di recezione, senza che ve ne fosse una necessità funzionale o una istanza della coscienza sociale, vengano poi compensati da corrispondenti variazioni di altre norme <sup>(51)</sup>. Ciò significa che gli effetti reali d'una recezione possono essere correttamente stimati solo attraverso l'esame del complesso dell'ordinamento che risulterà vigente alla fine della recezione stessa.

Così si spiega anche il fatto che — malgrado che il «rapporto di miscelazione» sia mutato di poco — l'odierno diritto civile dà palesemente l'impressione d'esser più «romanizzato» — e cioè più corrispondente all'immagine convenzionale degli effetti dell'influsso romanistico — che non il diritto privato dell'età dell'*Usus modernus*. E sì che, nel frattempo, il nostro diritto civile ha avuto agio di assorbire gl'influssi del Giusnaturalismo e dell'Illuminismo, della Scuola storica e della Pandettistica, della rivoluzione industriale e del Positivismo giuridico: tutte forze attraverso le quali continuava a svilupparsi quella tendenza degli

---

(51) Cfr. già WIEACKER, *Erastian*, p. 349, nt. 40. Qualcosa di simile può essere osservato ancor oggi, in diversi ordinamenti continentali tra quelli tra loro storicamente connessi in modo più stretto, nei quali taluni scopi economico-sociali uguali sono perseguiti con strumenti tecnico-giuridici diversi. Così, per esempio, mentre gli ordinamenti «romanici» fanno dipendere l'efficacia della cessione del credito dalla sua notificazione al debitore ceduto, il § 407 BGB libera quest'ultimo dalla propria obbligazione nell'ipotesi di adempimento in buona fede a favore del creditore originario; oppure, mentre taluni ordinamenti fanno conseguire *ipso jure* all'erede il possesso dell'eredità (salva sempre per costui la facoltà di rinunciare), altri fanno dipendere questo acquisto da atti negoziali di adizione o da provvedimenti giudiziari di attribuzione. I problemi di qualificazione di diritto internazionale privato son particolarmente adatti per educare l'occhio a cogliere questa mutevolezza degli elementi funzionali nei singoli ordinamenti: cfr. ESSER, *Grundsatz u. Norm*, 1956, pp. 17, 341 ss.

ordinamenti giuridici verso il livellamento la razionalizzazione e l'astrattezza che prendeva le mosse, non tanto dalle fonti del Diritto romano, quanto piuttosto dagli impulsi culturali e sociali propri dell'Età Moderna.

IV. Guardando le cose da questo punto d'osservazione si può anche capir meglio una cosa che vien facilmente dimenticata da chi tutto vede nel quadro d'una contrapposizione tra Diritto romano e antico Diritto germanico: ed è che l'esperienza giuridica tedesca era in pari tempo soggetta alla legge del suo proprio ed autonomo sviluppo. Non ci fu solamente un diritto « straniero » recepito o un diritto « patrio » conservato — operazioni, l'una e l'altra, che avrebbero avuto, di per sè, assai poco da spartire con uno « sviluppo » — ma furon continuamente creati o perfezionati nuove normative e nuovi istituti che trovavano il loro fondamento nello sviluppo della vita economica sociale e politica, e che non erano perciò nè « romani » nè « germanici », ma rappresentavano piuttosto un nuovo diritto (più generalmente europeo o più limitatamente tedesco) che nasceva alla storia. Talune di queste nuove creazioni dell'esperienza giuridica sono state — dalla Scuola Storica in qua — definite come « di diritto tedesco » per il semplice fatto di non essere state elaborate nè dalla Glossa nè dai *Consiliatores* <sup>(52)</sup>. In realtà le tendenze storiche reali dell'Età Moderna possono esser colte in modo più caratteristico ed originale in queste nuove creazioni che non in quelle crisi di assimilazione o di rigetto di cui è intessuta tutta la Recezione e che invece hanno attratto su di sè in modo troppo esclusivo l'attenzione degli studiosi.

---

<sup>(52)</sup> È, questo, un indirizzo che ha lungamente prevalso nella storiografia giuridica germanistica: ancora c'è chi (SCHWERIN-THIEME, p. 257) afferma, seppur con qualche esitazione che « accanto a questo (sc. al diritto dell'impresa agricola) il diritto commerciale si è mantenuto in larga misura fedele ai modelli del diritto germanico ». Sui criteri assunti, fin dalla Scuola Storica, nella ripartizione delle cattedre e delle discipline cfr. *infra*, II, p. 83. Lo STOBBE, invece, aveva già sottolineato — e giustamente — che lo sviluppo del moderno libro fondiario non significava propriamente un ritorno agli antichi principi germanici in materia di pubblicità (cfr. WESENBERG, p. 189). È tornato acutamente sull'argomento THIEME, s.v. *Art*, in *Deutsches Privatrecht, Handwörterbuch*, cit.

1. Queste che abbiain definito nuove creazioni riguardarono in parte intere branche del diritto, come il diritto commerciale, ed in special modo la materia delle società, dei titoli di credito e gran parte del diritto della navigazione e di quello minerario. Le radici medievali di questa normativa nuova affondavano per i titoli di credito nel traffico monetario delle città lombarde; per i contratti commerciali nel commercio internazionale delle Fiandre della Champagne della Germania Centrale e delle altre grandi fiere; per le società commerciali nelle grandi *Ringgesellschaften* cinquecentesche; per le società di capitali nel proto-capitalismo dell'Europa occidentale; nel diritto minerario, poi, spetta alla Germania una parte più significativa per via della sua antica e redditizia attività estrattiva. Sulla premessa di questi comuni fondamenti europei vennero poi formandosi istituti nettamente differenziati tra loro; ma queste differenziazioni non erano tanto nazionali e territoriali quanto piuttosto legate ad affinità nei modi di esercizio dell'attività commerciale che andavano molto al di là dei confini territoriali. Così già nel diritto della navigazione del Basso Medioevo si vennero formando, uno accanto all'altro, nel Mar Mediterraneo il catalano Consolato del Mare, nel mar Baltico l'ordinamento di Lubeca, e nel traffico di transito sulle coste dell'Atlantico fra i mari settentrionali e quelli meridionali gli Statuti del *Rôle des Iles d'Oléron* (58).

2. Nuovi istituti privatistici nacquero anche dalla rinnovata organizzazione che s'era dato lo Stato moderno. Così la razionalizzazione del sistema tributario immobiliare raggiunta dalle amministrazioni finanziarie dei grandi Stati dell'Europa centrale rese necessario l'impianto d'un catasto tributario, sulla base del

---

(58) Cfr., per questo, GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, trad. it. V. POUCHAIN e A. SCIALOJA, Torino, 1913, pp. 165 ss., 177 ss.; REHME, in: EHRENBURG, *Hdb d. ges. HandR.*, I, 1913, pp. 28-259; J. v. GIERKE, *Handels- u. Schiffahrtsrecht*, VIII ed., 1958, pp. 2-47; RAISCH, *Geschichte, Voraussetz., dogmat. Grundlagen u. Sinnwandlung d. Handelsrecht*, 1965. Nella letteratura francese cfr. HUVELIN, *Et. d'hist. du droit commercial*, Paris, 1929; ESCARRA, *Principes de droit commercial*, I, Paris, 1934; MARIAGE, *Evolution historique de la législation commerciale. De l'ordonnance de Colbert à nos jours, 1673-1949*, Paris, 1951.

quale fu per la prima volta possibile arrivare al libro fondiario; che è una delle più significative creazioni delle moderne amministrazioni giudiziarie e delle legislazioni specialmente di Prussia e d'Austria (54). Analogamente, dietro l'esempio della Francia rivoluzionaria ed in conseguenza della secolarizzazione del diritto matrimoniale, fecero il loro ingresso nell'Europa dell'Ottocento, al posto dei libri ecclesiastici, i registri dello Stato civile. Lo sviluppo, poi, della organizzazione economica della società liberale portò con sé la creazione di tutto un insieme, complesso ed articolato, di registri: i registri del commercio anzitutto, quello delle associazioni, quello dei marchi e gli altri miranti alla tutela giuridica dell'attività industriale nel campo dei brevetti e dei modelli (sia di utilità che ornamentali).

3. Ma anche ne' settori più tradizionali del diritto civile si vennero formando, come abbiám già notato ragionando dell'*Usus modernus* (55), nuove normative e nuovi istituti.

a) Una delle creazioni in questo senso più significative è rappresentata da quella teoria della persona giuridica (*persona moralis*), la quale, appena abbozzata nel diritto giustiniano, era stata poi compiutamente elaborata con grande vigore di pensiero dalla scienza canonistica e dai *Consiliatores*. Nella sua forma attuale questa teoria rappresenta il risultato (mirabile, all'apparenza) d'un'opera concettuale e sistematica a cui han posto mano, per un verso la costituzione e l'organizzazione della Chiesa prima e poi (in maggior misura) dello Stato moderno e dei suoi enti territoriali, e — per un altro verso — le strutture economiche della società moderna. Il sistema dei concetti giuridici, alla cui elaborazione tutti i secoli, dal Basso Medioevo in poi (ed in special modo l'Ottocento tedesco), hanno dato il loro contributo, è l'esempio più persuasivo di quella vocazione alla teoria della scienza giuridica europea che era invece stata del tutto estranea all'antico diritto romano (nel quale pur si era agitata una problematica vivissima ed avevan preso forma alcune vigorose formulazioni).

---

(54) Cfr. *supra*, p. 358, nt. 40.

(55) Cfr. *supra*, pp. 317 s.

b) Nel sistema delle obbligazioni elaborato dall'*Usus modernus* venne superato tanto il principio di tipicità contrattuale proprio del diritto giustiniano quanto il formalismo contrattuale dell'antico diritto germanico col riconoscimento indiscriminato del contratto consensuale <sup>(56)</sup>; solo nella materia dei titoli di credito rimasero dei negozi per i quali era richiesta la forma scritta.

I punti di attacco romanistici per questa operazione di superamento furono offerti dal contratto reale innominato che s'era poi tradotto nello schema postclassico del *do ut des*, dal *factum* (concetto, anche questo, postclassico) e dalla giustiniana *stipulatio quibusdam verbis*. Ma, al di là di questi appigli puramente argomentativi, fu decisiva per questa evoluzione quella tendenza — tipica dell'Età Moderna — alla razionalizzazione, che avrebbe poi trovato nel Giusnaturalismo la propria giustificazione teorica e filosofica <sup>(57)</sup>.

c) Un esempio particolare della fusione di principi romani e germanici per dar vita ad una nuova struttura composita è offerto dalla disciplina dell'acquisto in buona fede di beni mobili (cfr. §§ 932 ss. BGB) <sup>(58)</sup>. Confluiscono qui la limitazione, tipicamente germanica, del potere di esercitare la rivendica dei beni mobili una volta pervenuti alla « terza mano » (senza riguardo agli elementi soggettivi dei singoli acquisti) e la tutela di chi ha acquistato in buona fede il possesso di una cosa con lo strumento romano dell'*actio publiciana* (non esercitabile nei confronti del proprietario): questa confluenza si realizzò la prima volta nella legislazione di Lubeca del 1586 <sup>(59)</sup> che riconobbe l'acquisto della proprietà da parte di colui che avesse in buona fede acquistato *a non domino*. Confluenza assai singolare, questa, d'un diritto molto antico con uno altamente raffinato per preordinare uno strumento in grado di tutelare in modo particolarmente efficace lo scambio delle merci.

Queste nuove creazioni mostrano in che misura taluni impulsi autonomi ed originali cominciassero ora a spiegare tutta

---

<sup>(56)</sup> STINTZING, II, pp. 15 ss.; BRANDT, *Eigentumserwerb*, cit., pp. 33 ss.; WESENBERG, pp. 121 s.

<sup>(57)</sup> Cfr. *infra*, pp. 417 ss.

<sup>(58)</sup> Puntuale in questo senso il HÜBNER, *Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht*, 1955, partic. pp. 16 s. (con ulteriori ragguagli).

<sup>(59)</sup> HÜBNER, *op. cit.*, p. 20; cfr. *supra*, p. 285.



la loro capacità creativa accanto, ma al di fuori dei due filoni tradizionali della giurisprudenza antica e dell'esperienza medievale. Esse posero nel contempo le premesse di quel rinnovamento culturale della scienza giuridica nell'epoca (ormai imminente) del Giusnaturalismo, quando per la prima volta si osò, con lucida consapevolezza, affrancarsi dalla *auctoritas* delle fonti romane.

V. Un tentativo di valutazione globale dovrà anzitutto prender le mosse dal rilievo che la Recezione non sovvertì certo dalle fondamenta l'ordinamento vigente in Germania, per il fatto che il vincolo radicale che lega ogni ordinamento con la società a cui dà assetto non consente alle società stesse, senza che intervenga una loro autentica distruzione fisica, di mutare i loro ordinamenti con la disinvoltura con cui si cambia il vestito. È un pregiudizio — purtroppo a tutt'oggi non superato — il ritenere che un semplice atto di volontà del legislatore o della *scientia juris* possa, per dir così, fabbricare da sé solo un nuovo ordinamento giuridico. Vengono così a cadere molte valutazioni tratte dalla Recezione; valutazioni che già sono state corrette dalla storiografia giuridica ma che continuano ancora a riscuoter credito nella coscienza comune <sup>(60)</sup>. Nè sono da dimenticare i limiti propri d'ogni giudizio relativo ai processi storici: dal momento che non è possibile pronunciar sentenze sui nostri antenati, giudicare — in questo caso — può significare soltanto orientarsi nel passato per capirlo meglio e per cercare noi stessi, all'occorrenza, di regolarci nel presente in modo più adeguato.

1. Per noi la Recezione fu in sostanza espressione del passaggio da un sistema di modelli di comportamento fondati su un patrimonio consuetudinario (privo come tale d'una sua coerenza teorica) ad un altro sistema basato invece su una struttura teorica rigorosa: fu insomma un processo di razionalizzazione ad un tempo spirituale e tecnica, poichè si fondò sulle condi-

---

<sup>(60)</sup> Su quanto stiamo per dire cfr. già WIEACKER, *Ratio scripta*, cit., pp. 246 ss.; ID., GuB, pp. 9 ss., 37 ss.; cfr. anche *250 Jahre Celler Obergericht*, 1961, pp. 23 s.

zioni di esistenza tipiche dello Stato moderno, prima fra tutte il monopolio legislativo e giurisdizionale. Questo processo non fu collegato necessariamente e direttamente al diritto romano; anche senza il *Corpus Juris* la Germania sarebbe giunta ad elaborarsi un ordinamento nettamente specializzato, pur se, con ogni probabilità, si sarebbe trattato d'un ordinamento di tipo statutario. La particolarità di questo modo di svilupparsi dell'esperienza tedesca consistè nel fatto che la svolta verso una coscienza giuridica differenziata e razionale si compì più tardi che nell'Europa meridionale ed occidentale, e fu perciò collegata ad un mutamento pressochè rivoluzionario degli amministratori della giustizia <sup>(61)</sup>: scomparvero di scena le antiche classi dei cavalieri dei prelati e dei patrizî — tutta gente priva d'una specifica formazione culturale —, ed il loro posto fu preso dalla burocrazia colta dei principi e delle città. Fu, questo, soltanto un episodio particolare di quel dissidio tra colti ed incolti che ha fatto nascere tante tensioni nella civiltà moderna così nettamente caratterizzata dalla specializzazione. Anche se — malgrado le nuove possibilità di emersione che venivano offerte a strati via via più larghi della popolazione — la burocrazia dotta fu anche in sèguito reclutata per lo più fra la nobiltà e il patriziato, gli appartenenti a queste classi più elevate dovettero pur sempre acconciarsi a non esser più dei « notabili » per diritto di nascita (Max Weber parlava di *Rechtshonoratiore*s) ed a trasformarsi in dei semplici « servitori dello Stato ».

Questo mutamento, a lungo andare, determinò delle disarmonie spirituali e sociali. Lasciando stare l'arroganza scolaresca dei mediocri e degli ottusi <sup>(62)</sup>, anche i più assennati si mostrarono — almeno in un primo tempo — troppo legati alla loro erudizione scolastica per poter sùbito capire che questo loro nuovo patrimonio culturale non doveva servire ad altro che a far progredire la società nella quale vivevano. Ma già nel Cinquecento queste malattie — tipiche, d'altronde, di tutte le epoche di sviluppo — s'eran venute attenuando; e nell'età dell'*Usus modernus* una scienza giuridica ormai giunta alla sua piena maturità era

---

<sup>(61)</sup> Cfr. *supra*, pp. 160, 255 s.

<sup>(62)</sup> Cfr. *supra*, pp. 232 ss.

in grado di interpretare con maggior tatto e con più provveduto giudizio i rapporti tipici della società del proprio tempo. Le opposizioni contro la Recezione potevano, dunque, fondarsi, non su una pretesa alienazione o su una « romanizzazione », ma semmai su quella che abbiám già chiamato « scientificizzazione » della stessa vita giuridica tedesca, sul passaggio — cioè — da un criterio tradizionale di reperimento delle norme da applicare (tipico della società feudale) ad un criterio del tutto diverso, razionale — cioè — e fondato sul valore centrale dello Stato. Cosa significò questa « scientificizzazione » della morale pubblica che dava fondamento reale alle sentenze dei giudici?

a) Nell'organizzazione scabinale la pronuncia della sentenza aveva trovato il proprio fondamento in un complesso di cognizioni giuridiche che era di per sè ancora accessibile a tutto il collegio chiamato a giudicare <sup>(68)</sup>. La scienza dello scabino, perciò, si esprimeva non nei termini in certo modo « sacrali » di una carriera scolastica percorsa, ma in quelli d'un'autorità sociale e d'una particolare esperienza acquisita; del resto anche lui guardava alla materia del contendere con gli occhi di quel « naturale senso del diritto » che era proprio di tutti gli altri consociati. Ciò significa che i contrasti, sempre incombenti, tra coscienza giuridica personale e diritto oggettivo non si radicavano nell'in sè di questa concezione dell'esperienza giuridica, ma nascevan piuttosto sul piano delle sue implicazioni concrete. Ma la progressiva differenziazione interna della società basso-medievale mise a repentaglio la convergenza fra i punti di vista dei giudicanti e degli altri consociati, facendo così entrare in crisi l'istituzione scabinale.

b) Il giudice dotto, invece, faceva riferimento a nozioni ch'eran solitamente inaccessibili a chi non era un giurista (e cioè a chi non era addottorato *in jure*), sia per la *forma mentis* che la loro acquisizione avrebbe richiesto sia per il linguaggio col quale eran formulate. E se dovevano esser prese per buone dai non « addetti ai lavori », quest'accettazione si fondava sull'aspettativa che un'applicazione logicamente corretta del diritto dovesse in

---

(68) Cfr. *supra*, pp. 157 ss.

ogni caso portare a decisioni più uniformi ed anche intrinsecamente più giuste. Questa speranza si basò da principio sull'autorità di cui godevano il diritto « cesareo » e la cultura accademica, e sulla fiducia che veniva fatto di riporre nella valentia del giurista chiamato a maneggiare quel diritto. Praticamente, però, l'autorità del giurista ed il riconoscimento del suo monopolio derivavano la propria origine dall'autorità morale o dalla forza di chi deteneva il potere politico. Perciò la base etica più profonda su cui la coscienza giuridica prese a riposare — in quelle regioni nelle quali il diritto romano fu recepito, massimamente nei paesi di lingua tedesca — fu l'autorità; che, certo, fu un'autorità condizionata (come si dice) dalle convinzioni dominanti nella società, dalla morale cristiana e dal doveroso perseguimento del bene comune; ma fu pur sempre un'autorità. Tutta la problematica attinente alla coscienza giuridica pubblica è stata fino ad oggi segnata, in Germania, da questo marchio d'origine; con risultati che non appaiono certo molto consolanti.

Il legame fra autorità e diritto romano è tipico, ma non necessario. Il diritto romano ha avuto vigore anche in regioni nelle quali non si è affermato lo stato principesco assoluto, come nelle Città anseatiche, in quelle svizzere, nei Paesi Bassi ed in Scozia. In questi luoghi l'autorità personale del giurista dotto riposò su quella del ceto al quale egli apparteneva e fu difesa dal prestigio da cui era circondata la cultura accademica. Viceversa non è affatto vero che gli Stati assoluti si siano valse sempre del diritto romano nell'opera di centralizzazione e di razionalizzazione del potere statale: basta pensare alla Francia e a gran parte dell'Europa settentrionale. E dove, infine, lo stesso Assolutismo — in un cosciente sforzo di autolimitazione — volle lasciare spazio all'indipendenza di antichi tribunali di classe, come accadde in Spagna (soprattutto in Aragona Castiglia e Navarra) in Francia e perfino in Germania, questo spazio fu riempito ora da consuetudini locali o da antiche *libertates*, ora nuovamente dallo stesso Diritto romano.

Comunque, nello Stato territoriale tedesco come negli Stati autoritarî europei prima della Rivoluzione francese, il legame tra Diritto romano e autorità del Principe ha imbevuto di sè la coscienza giuridica popolare. In questi casi anche l'autorità del diritto — fosse o no un diritto scritto — rientrava ormai tra le responsabilità del Principe il quale si era vittoriosamente opposto alla confusione, ai vecchi privilegi all'arbitrio e all'ego-

smo delle vecchie classi feudali. Ma, purtroppo, di fronte al monopolio legislativo e giurisdizionale dell'autorità, finirono col capitolare anche le forze vitali presenti nella società (i cavalieri, i cittadini, le classi rurali) che si erano esaurite nelle sollevazioni e nei tumulti dell'Età della Riforma e che dalla fine del Cinquecento eran cadute in preda ad un'inarrestabile decadenza economica e politica. La vittoria definitiva della giurisdizione dotta è indissolubilmente legata, per lo meno in Germania, all'affermazione dello Stato principesco.

2. Per questo il giudizio sulla Recezione non può andar disgiunto da una valutazione — nel bene come nel male — dello Stato principesco autoritario e burocratico quale si sviluppò in Germania. E si tratta d'un giudizio da non prender troppo alla leggera.

a) L'amministrazione della giustizia dello Stato autoritario, con la sua maggiore efficacia e la sua più precisa responsabilità sociale, era certo superiore alla vecchia struttura giudiziaria di stampo feudale, inefficiente e preoccupata solamente di perseguire i propri interessi: un po' come oggi, che i sudditi degli Stati continentali son protetti forse più speditamente più equamente e con più uniformità da una giurisdizione astratta e razionale, meglio di quanto non accada nell'Inghilterra tradizionalista. Ma l'esempio inglese mostra anche quanto alto sia il prezzo che è stato necessario pagare per il perseguimento di questo ideale proprio delle società continentali, e che è consistito nella perdita della partecipazione immediata del cittadino alla vita stessa dell'ordinamento ed all'amministrazione della giustizia: realtà, queste, che il cittadino inglese sente come patrimonio comune, mentre a chi vive sul Continente esse sono fino ad oggi apparse come fatti estranei a cui il cittadino dabbene si sottomette di buon animo e quello riottoso per forza. Per questa via, in tutta l'Europa (e perciò anche in Germania), è sempre stato possibile che emergessero contrasti radicali tra la coscienza giuridica soggettiva degl'individui e delle classi da una parte e l'applicazione del diritto da parte dello Stato dall'altra, contrasti dai quali son derivate autentiche crisi degli ordinamenti giuridici nazionali. Queste spaccature si allargarono ogni volta che lo Stato lasciò

pubblicamente prosperare una situazione contrastante col proprio ordinamento; e non si chiusero nemmeno quando la democrazia liberale ottocentesca tentò di rinnovare il processo immettendo dei giudici laici in diversi collegî giudicanti « speciali » per estendere anche a loro la corresponsabilità operativa <sup>(64)</sup>. Ancor oggi, ogni volta che in Germania l'autorità e il prestigio morale dei giudici professionisti si vede — a ragione o a torto — fatto pubblicamente oggetto di contestazione radicale, le radici profonde di questa contestazione affondano nella giurisdizione dotta dello Stato autoritario della prima Età Moderna.

b) I difensori del Diritto romano non possono sbarazzarsi delle critiche che solitamente si fanno alla Recezione limitandosi ad osservare che il Diritto romano è tra i valori fondanti della civiltà occidentale e che da esso gli Europei hanno imparato per la prima volta a concepire la giustizia in termini oggettivi e in modo metodicamente corretto. Intendiamoci: queste osservazioni hanno un loro fondamento; gli è che il nocciolo della critica non riguarda questa funzione educativa che il Diritto romano ha certamente assolto, ma si rivolge piuttosto a quella forma razionale e autoritaria di amministrazione della giustizia che ha trovato nel Diritto comune il suo calco culturale tipico. Ora, non si può certo negare che in Europa questo modo d'amministrare la giustizia — pur con tutti i suoi meriti per quanto riguarda la certezza del diritto e l'uniformità della sua applicazione — abbia minato, se non addirittura distrutto, l'autocoscienza e le antiche libertà sia delle persone che della società intermedie. Non è un caso che, dovunque un'amministrazione statale e centralizzata della giustizia ha messo piede più tardi o più limitatamente (come in Inghilterra e in una parte degli Stati Uniti, nei Paesi Bassi ed in Svizzera, in Germania nelle Città anseatiche ed in alcune regioni di antica civiltà contadina sia del Nord che del Sud), il senso della libertà personale ed il rispetto dei diritti del singolo son rimasti vivi fino ad oggi assai meglio che in quelle zone che sono state la culla dell'Assolutismo europeo. A voler mandare assolto il Diritto romano da quest'accusa, si potrebbe osservare che non è stata tanto la semplice riduzione

---

(64) Cfr. *infra*, II, pp. 94, 96 nt. 114.

dell'esperienza giuridica entro gli schemi d'una scienza, quanto piuttosto il monopolio che sul diritto ha preteso di esercitare lo Stato ad inaridire le fonti della coscienza giuridica. Insomma, mentre la protesta romantica nazionalista e — in fondo — demagogica contro il « diritto straniero », contro la « latinizzazione » e l'alienazione del « popolo » e dei suoi pretesi « valori vitali » dava nel vuoto perchè smentiva la storia ed il modo di essere tipico della nostra propria cultura; la battaglia condotta nell'Ottocento dalle forze democratiche contro il monopolio del diritto da parte dello Stato, contro le strutture autoritarie e burocratiche del processo, per l'indipendenza dei giudici e per la partecipazione di cittadini non giuristi all'amministrazione della giustizia, rappresentò un tentativo ben altrimenti serio di far riscoprire al cittadino la sua personale responsabilità nella vita dell'ordinamento giuridico a cui egli partecipa. Chi ha occhi per vedere sa quanto lunga sia in Germania la strada che ancora c'è da percorrere a voler che questa responsabilità sia davvero sentita da tutti.

3. Ci si imbatte, alla fine, nella vecchia e sempre nuova questione di quale sia lo scopo tipico dello Stato, e del rapporto che deve intercorrere fra il singolo la società civile e lo Stato: da qui, poi, si potrà muovere per far l'ultimo passo; per giudicare — cioè — in modo storicamente adeguato il monopolio esercitato dal « diritto dotto », che poi alla fine si è risolto nel monopolio sul diritto da parte dello Stato. A voler esaminare le cose più da vicino, ci si accorge che in questa maniera le frontiere ideologiche son molto meno chiare — più confuse, anzi — di quanto non volessero ammettere i primi che scatenarono la polemica ed i loro epigoni fino ad oggi. Così, ideologie tra loro diversissime — come l'individualismo, il liberalismo, il personalismo, il conservatorismo organico e storico, il federalismo, il collettivismo di gruppo e il sindacalismo — devono, per coerenza con le loro premesse, dichiararsi contrarie allo stile instaurato dal Diritto romano; e ci sono, d'altronde, alcune teorie dello Stato assolute e gerarchiche — quali il centralismo, il razionalismo, il socialismo di Stato e il totalitarismo — le quali, magari senza saperlo, operano con lo spirito di seguaci di quello stile. Quelle

ideologie, infatti, necessariamente vedono in questo diritto — così astratto e razionale — una sorta di itinerario sbagliato che, distaccandosi dalla profondità e dalla ricchezza delle forze personali organiche e storiche, porta all'irrigidimento della pura razionalità; queste teorie, invece, altrettanto necessariamente esaltano in quel diritto il coronamento del dominio dello Spirito assoluto (o dell'assoluta Volontà o della Tecnica totalizzante) sull'informe ed incosciente fluire della vita.

Gli è che la prontezza di tutte queste ideologie a riconoscere la propria identità è sempre stata, fin da principio, scarsissima. Da questa confusione d'idee una cosa sola emerge con chiarezza: che un giudizio negativo nei confronti della « scientificizzazione » e della « oggettivizzazione » del diritto ad opera dello Stato necessariamente condanna lo stesso Stato moderno in quanto forma istituzionale di convivenza. La razionalizzazione del diritto iniziata con la Recezione, infatti, altro non fu che un'espressione (e, al tempo stesso, un risultato) della più generale razionalizzazione della società nello Stato moderno; e certamente l'espressione più importante, dal momento che nello Stato moderno la società si è razionalizzata essenzialmente con gli strumenti offerti dalla tecnica giuridica. Inoltre la scienza giuridica ha cercato di assicurare proprio quei valori morali, che la razionalizzazione era in grado di giustificare e di legittimare. Perchè, senza questa razionalizzazione, lo Stato moderno non avrebbe potuto attuare nè un'amministrazione della giustizia uniforme ed imparziale, nè il completo assolvimento dei suoi compiti inerenti al pubblico benessere, nè la giustizia nella vita sociale: tutte cose che la coscienza comune considera oggi come i compiti sommi dello Stato.

Per ottenere questi risultati, però, la Germania e la maggior parte degli altri Paesi europei han dovuto pagare un prezzo assai alto, perchè l'itinerario che ha condotto all'edificazione di questa società moderna è passato attraverso lo Stato autoritario ed oppressivo. A buon titolo la coscienza giuridica diffida d'un'illimitata razionalizzazione del diritto: perchè un diritto perfettamente razionale, che non si rinnova giorno per giorno sulla base delle forze personali che l'amore per la giustizia è in grado di liberare, costituisce per la legalità un pericolo non molto minore di quello



offerto dalla palese violazione dell'ordinamento o dall'arbitrio indiscriminato; anzi, è spesso il terreno propizio su cui possono meglio che altrove attecchire queste degenerazioni dell'esperienza giuridica. La scienza romanistica ha dettato il tema fondamentale di tutti i successivi periodi della storia giuridica moderna: il carattere paradossale, cioè, d'una « tecnica » dell'azione statale fondata, sì, sul predominio della coscienza nei confronti della realtà esistenziale, ma al tempo stesso chiamata non a diminuire ma a rafforzare la ricchezza della convivenza umana con tutto il suo patrimonio di irrazionalità; il carattere paradossale, ancora, di un diritto « dotto » chiamato, non già a servire a scopi di conoscenza « pura », ma ad instaurare una giusta convivenza tra gli uomini. Lo « Stato di stati » della prima Età Moderna, l'Assolutismo paternalistico ed illuminato e da ultimo il costituzionale Stato di diritto hanno tutti combattuto — con risultati di volta in volta diversi — per la soluzione di queste antinomie in quella *Polis* nella quale l'uomo era chiamato a diventar cittadino e lo Stato a farsi umano.

Nella società d'oggi questa *Polis* appare più lontana che mai.

PARTE QUARTA

**L'ETÀ DEL GIUSNATURALISMO**



## I FONDAMENTI

I. Premesse spirituali. — II. Forme storiche di diritto naturale. — III. Questioni fondamentali d'una teoria del diritto naturale. — IV. I periodi del diritto naturale moderno. — V. Il contributo dato dal diritto naturale alla cultura giuridica moderna.

I. Possiamo chiamare «età del Giusnaturalismo» quei due secoli (1600-1800) nei quali l'antica filosofia del diritto e della società ch'era venuta elaborandosi in Occidente — il «diritto naturale», per l'appunto — riuscì ad esercitare un influsso diretto sulla scienza giuridica, sulla legislazione e sull'amministrazione della giustizia nella maggior parte dei Paesi europei.

Vero è che quasi in ogni grande epoca la scienza propriamente giuridica ha cercato il proprio fondamento nei principî di etica sociale generalmente riconosciuti: la giurisprudenza classica romana nella filosofia platonica, aristotelica e soprattutto stoica <sup>(1)</sup>;

---

(1) Su tutto ciò cfr. KUNKEL, *Rom. Pr. R.*, II ed., 1949, § 14, 3 e nt. 8; FRITZ SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. G. NOCERA, Firenze, 1968, pp. 48, 70, 113, 120 ss., 134, 138, 157, 242, 529; KASER, *Rom. Priv. R.*, I, 1955, § 50, V, nt. 23, § 51, IV nt. 19. In particolare cfr. SOKOLOWSKI, *Die Philos. im romisch. Privatr.*; KAMPUZEN, *Nouvelle Revue Hist.*, IV, XI (1932), pp. 389 ss.; SENN, *Atti Congresso Roma*, I, pp. 99 ss.; KUBLER, *ivi*, pp. 81 ss.; STROUX, *ivi*, pp. 113 ss.; ID., *Summum ius summa iniuria*, 1933 (anche in: *Rom. R. u. Rhetorik*, 1949, pp. 1 ss.); HIMMELSCHN, *Symb. Frib.*, pp. 373 ss.; MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto romano*, Milano, 1937, partic. pp. 157 ss.; v. LÜBTOW, *Festschr. Wenger*, I, 1945, pp. 224 ss.; G. LOMBARDI, *Ius gentium*, *Pubbl. Ist. dir. rom.*, 20 (Roma, 1940) e 21 (1946); STEINWENTER, *ZSS, RA, LXV* (1947), pp. 69 ss.; E. LEVY, *SDHI, XV* (1949), pp. 1 ss.; GAUDEMET, *RIDA*, 2, 1 (1952), pp. 445 ss.; VOGGENSPERGER, *Der Begriff des « Jus naturale » im rom. R.*, *Basel*, 1952; COING, *ZSS, RA, LXIX* (1952), pp. 25 ss., 39 ss.; in ultimo è fondamentale il contributo dello STRASSBURGER, *Der « Scipionenkreis »*, in: *Hermes*, CXIV (1966), pp. 60-72.

l'età dei Glossatori dei Canonisti e dei *Consiliatores* nella filosofia morale e nelle teorie sociali della Chiesa medievale <sup>(2)</sup>; la Pandettistica ottocentesca nella filosofia kantiana della libertà e dei doveri <sup>(3)</sup>. È, però, caratteristica peculiare dell'età del Giusnaturalismo il fatto che — durante tutta un'epoca — la stessa filosofia sociale abbia preteso d'essere essa stessa teoria giuridica senza la mediazione rielaboratrice d'un'autonoma scienza specificamente giuridica; e che — per di più — questo abbia fatto in un periodo nel quale essa stessa venne a sua volta emancipandosi dalla tutela della teologia morale. Da ciò derivò una situazione abbastanza singolare ed intricata: che in un primo tempo l'ultima teologia morale e poi una filosofia sociale ormai secolarizzata assumessero la funzione di portavoce diretti delle esigenze morali e sociali nei confronti della scienza giuridica positiva.

1. Il Giusnaturalismo è soltanto un segmento del ben più ampio fenomeno storico costituito dal diritto naturale <sup>(4)</sup>. E lo stesso diritto naturale è, per un verso un problema che si pone costantemente al filosofo che cerca il suo posto nella società (e può quindi definirsi come filosofia della società); e, per un altro verso, esso rappresenta una tradizione culturale che si è mantenuta viva dalla filosofia ellenistica fino ai nostri giorni <sup>(5)</sup>. Un lavoro come il nostro ha a che fare soltanto con quella parte storicamente determinata di questa tradizione, che

---

<sup>(2)</sup> Cfr. quanto diremo tra poco, *infra*, pp. 395 ss.

<sup>(3)</sup> Cfr. *infra*, II, pp. 9, 41 ss., 76 s.

<sup>(4)</sup> Una panoramica generale sui concetti di diritto naturale nella prospettiva dei diversi concetti di natura è offerta dal WOLF, *Das Problem d. Naturrechtslehre. Versuch einer Orientierung*, II ed., 1964; sulla sterminata letteratura odierna a proposito di diritto naturale si può vedere MAIHOFFER (a cura di), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, 1962, pp. 580-622 (Bibliografia sul diritto naturale relativa al periodo 1945-1960). Un quadro d'insieme complessivo sulla storia del diritto naturale può essere tracciato consultando, oltre alle opere che citeremo *infra*, in questo stesso paragrafo, alle note 34 e 36, L. STRAUSS, *Naturrecht u. Geschichte*, 1956; KL. RITTER, *Zwischen Naturrecht u. Positivismus*, 1956.

<sup>(5)</sup> Sui principali problemi di questa tradizione basta rinviare all'insegnamento compendiosissimo del WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it. a cura di G. DE STEFANO, Milano, Giuffrè, 1965; su cui cfr. WIEACKER, *JZ*, 64, pp. 633-640.

fin da principio ha cercato di individuare le norme immutabili e generalmente valide che regolano la convivenza umana, in ordine soprattutto ai diritti e ai doveri che al singolo derivano dal suo inserimento nella società. Questa tradizione, nell'Antichità come nel Medioevo, ebbe sempre un gran peso nell'educazione degli uomini destinati a contare nella vita dello Stato ed in quella del diritto (e, per questo tramite, ha esercitato il proprio influsso sia sullo Stato che sul diritto); ma, a sua volta, essa fu tenuta costantemente lontana dai problemi reali della vita statuale e dell'esperienza giuridica ad opera della teologia e della filosofia. Ogni scienza giuridica positiva, quand'è al colmo del suo splendore ed esercita con facilità e pienezza tutte le sue funzioni sia sul piano culturale che su quello pratico (si pensi alla giurisprudenza romana classica, a quella basso-medievale, ed anche alla civilistica tedesca dell'Ottocento), è portata (giustamente) ad escludere che la sua riflessione abbia bisogno d'esser orientata (e, per ciò stesso, limitata) da un concetto generale di diritto. Al contrario, la tradizione del diritto naturale — pur essendo, per altro verso, assai lontana dal quotidiano svolgersi dell'esperienza giuridica (e, per via di antiche barriere elevate dalla giurisprudenza positiva e dalle Facoltà in cui essa si coltiva, lontana anche dalla scienza del diritto) — questa tradizione, dicevamo, fu sempre chiamata in campo ogni volta che un qualunque ordinamento giuridico positivo non fu più in grado di esercitare la propria egemonia sulla coscienza giuridica pubblica ed ebbe perso di validità agli occhi degli spiriti migliori del proprio tempo: come accadde durante le lotte di religione agl'inizi dell'Età Moderna, e come è successo nel colmo delle crisi che hanno scosso la Germania nel più recente passato. In tal caso si assiste ad una singolare egemonia che la filosofia morale assume all'interno stesso delle scienze giuridiche positive e che fu caratteristica anche del Giusnaturalismo; un'egemonia che consente — anche in una storia del diritto positivo, com'è la nostra — di ragionare d'una « Età del diritto naturale razionale » (*Zeitalter des Vernunftrechts*).

2. Questa funzione del moderno Diritto naturale emerse da un'esigenza metodologica della scienza giuridica positiva nel con-

testo culturale della prima Età Moderna: dall'arretratezza di cui questa scienza soffrì nei confronti del nuovo quadro culturale che dagl'inizî del Seicento venne progressivamente emergendo, in una generale crisi della coscienza religiosa e politica, come risultato d'un'autentica rivoluzione metodologica sia nelle scienze filosofiche che in quelle fisiche.

*Auctoritas e ratio* — le due coordinate fondamentali della filosofia scolastica — avevano dominato anche la scienza giuridica medievale: compito della ragione, in un siffatto contesto culturale, era allora quello, non già di criticare i dati offerti dalle *auctoritates*, ma piuttosto di verificarli continuamente attraverso l'interpretazione dei testi. Questo legame coi testi non fu sciolto (anzi, si fece sentire in modo ancor più pesante) nella misura in cui l'*interpretatio juris* si venne facendo sempre più artificiosa e « violenta », nell'intento di poter servire fino in fondo alle esigenze pratiche senza rompere con l'*auctoritas* del *Corpus Juris Civilis* (6). A questi fondamenti metodologici nessun mutamento avevan recato, pur con tutta la loro abilità nel porre e risolvere i problemi giuridici d'ogni giorno, i Pratici del Basso Medioevo; essi vennero meno solo con l'*Usus modernus* insieme col fondamento del vigore del *Corpus Juris Civilis* (durato, anch'esso, fino ad allora). Ma, nel momento stesso in cui il pensiero europeo abbandonava questo punto di riferimento, la scienza giuridica perse il suo legame metodologico col resto della cultura del proprio tempo (7).

Ora, poteva anche sembrare che l'Umanesimo giuridico avesse recuperato una possibilità di aggancio ad una nuova forma emergente della cultura europea; tanto più che l'Umanesimo stesso ed il Rinascimento avevano pur promosso il nascere di questa nuova cultura. Gli è che, come abbiám già avuto modo di constatare, l'Umanesimo giuridico tese a mutare il titolo di legittimazione allo studio del diritto romano, conferì una maggior raffi-

(6) Cfr. *supra*, p. 73 nt. 59, pp. 109 ss.

(7) Invece fu particolarmente sintomatico il passaggio dell'*Usus modernus* — per lo meno dal Conring in poi (cfr. *supra*, p. 308) — dalla considerazione del vigore del *Corpus Juris Civilis* come un dato derivante da una sorta di metafisica dello Stato ad una che riduceva questo fatto al più modesto livello storico-pragmatico. Cfr. anche WIEACKER, *Iranion*, pp. 340 ss.

natezza ai metodi dell'interpretazione testuale, dette all'insegnamento giuridico un nuovo fondamento nel contesto offerto dall'idealismo platonico; ma — per lo meno nei Paesi dove avvenne la Recezione — non riuscì a rinnovare, nè il concetto di diritto che era stato elaborato dalla dottrina basso-medievale, nè la metodologia del sapere giuridico <sup>(8)</sup>. Nè si trattò d'una coincidenza puramente casuale: perchè l'Umanesimo (dal quale la cultura giuridica apprese l'esigenza di tornare alle antiche fonti, il gusto e gli strumenti della critica, e il desiderio d'una riforma dell'insegnamento) fu esso stesso solo una parte assai limitata d'un più generale mutamento di valori culturali agl'inizi dell'Età Moderna; un mutamento fondato sulla riscoperta della funzione esemplare dell'Antichità che emerse per la prima volta in Italia <sup>(9)</sup>, dove il rianimarsi della vita poteva venir interpretato — con un termine d'origine scopertamente religiosa — come *Rinascimento*, ad immagine dell'uomo religioso *rinato* in Cristo <sup>(10)</sup>. Nel resto d'Europa l'Umanesimo giuridico non ha fatto altro che sostituire le *auctoritates* medievali con quelle antiche; senza, però, riuscir ad aprire al pensiero giuridico la strada per giungere ad affermare pienamente la propria autonomia.

L'Umanesimo, però, fu solamente un filone (sviluppatosi nell'Europa Meridionale) d'un movimento più generale che ebbe anche radici diverse; come per esempio nell'Europa Settentrionale, dove emerse soprattutto come rinnovamento spirituale, come affermazione d'un nuovo senso della vita, che per la sua stessa essenza non coinvolgeva alcun richiamo all'Antichità <sup>(11)</sup>. Questo rinnovamento trovò la sua prima espressione nel Nominalismo

<sup>(8)</sup> Cfr. *supra*, pp. 127, 241 s.

<sup>(9)</sup> È ricco di conseguenze il fatto che ENGELMANN, fin dal titolo della sua opera maggiore, parli d'una « rinascita della cultura giuridica in Italia » (*Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien*). Ed anche il GENZMER (ZSS, RA, LXVII, 1950, p. 598) propone, proprio per l'Italia, di parlare, non di recezione, ma di rinascita del diritto romano.

<sup>(10)</sup> Cfr. WIEACKER, *Fortwirkungen*, cit., pp. 383 ss.

<sup>(11)</sup> Su quanto stiamo per dire nel testo è ancor oggi d'obbligo il rinvio alle pagine del BURDACH, *Vom Mittelalter zur Reformation*, I/II, 1893; Id., *Über die Ursprünge d. Humanismus*, in: Stsch. Rdsch., 159 (1914), pp. 191 ss., 369 ss., 160 (1914), pp. 66 ss.



basso-medievale, il quale, in contrasto con l'idealismo intellettuale dei realisti, aprì la strada ad un'idea irrazionale di Dio, al superamento dell'*analogia entis*, e — in ultimo — alla immanenza d'un mondo nato dalla imperscrutabile volontà del Creatore (12). Da queste nuove aperture presero le mosse diversi e profondi mutamenti, come le correnti mistiche (in certo modo anticipatrici della Riforma) da Meister Eckhart a Ruysbroek, il movimento di riforma all'interno della Chiesa, il rinnovamento della vita e dell'educazione propugnato dalla *devotio moderna* dei Fratelli della Vita Comune, e, ancora, il naturalismo ed il personalismo della pittura fiamminga del Quattrocento (13). In gran parte furon poste qui le premesse per l'affermarsi delle moderne scienze della natura, quando per la prima volta balenò e si consolidò la convinzione dell'immanenza di un mondo creato da un atto libero di Dio (14). Questi primi fondamenti furono opera degli scolari di Occam; di Nicola di Autrecourt, di Nicola di Oresme e di Buridano. La loro dottrina dell'*impetus* (15) scoprì per prima il campo d'indagine che portava allo studio del mondo sulla base delle leggi di natura (e, perciò, anche ad uno studio « giusrazionalistico » della società): e fu proprio questa, forse, la premessa più feconda

(12) WELZEL, pp. 99 ss. (Duns Scoto), 121 ss. (Guglielmo di Occam), 133 ss. (Tarda Scolastica e passaggio all'Età Moderna).

(13) Una classica ricostruzione di queste correnti, e dei fatti culturali che vi stanno alla base, è quella di HUIZINGA, *Autunno del Medioevo*, trad. it., Firenze, 1940.

(14) In questa materia è da non dimenticare, per i suoi legami al problema del diritto naturale, l'insegnamento del WELZEL, pp. 99 ss., partic. pp. 130 s., particolarmente penetrante sul rapporto di questo volontarismo con la tradizione dell'oggettivismo dei valori di stampo aristotelico-tomistico. Per il pensiero matematico si può vedere CANTOR, *Vorlesungen über gesch. d. Mathematik*, I, 3, 1907; sui precursori della gnoseologia cartesiana a partire dal XIV secolo cfr. E. GILSON, *Index scholastico-cartésien: discours sur la méthode*, 1912. Per la visione del mondo propria delle scienze fisiche, cfr. WEIZSÄCKER, *Die Tragweite d. Wissenschaft*, I, 1964, pp. 204 ss. I presupposti teologici di questa visione del mondo così aperta sono efficacemente sintetizzati da JASPERS, *Nietzsche u. Christentum*, s.a. (ma 1947), pp. 59 ss.

(15) WELZEL, p. 157. Il suo presupposto è la qualificazione data da Occam al movimento dei corpi di « arbitrario », libero — cioè — da « telos » e da *causa*; un ulteriore appoggio è offerto dal « teorema della infinitezza » del Cusano.

al sorgere della scienza giuridica moderna con tutto il suo rigore sistematico.

Questo movimento proprio dell'Europa settentrionale si affermò in terre d'antica civiltà, nel Nord della Francia e in Inghilterra, e raggiunse il proprio culmine — intorno alla metà del Quattrocento — in Borgogna e nei Paesi Bassi. Scarsi furono i suoi legami col Rinascimento dell'Europa meridionale; all'Umanesimo italiano, però, lo accomuna la ricerca di una nuova idea di uomo che era stata propria anche dell'Accademia Fiorentina <sup>(16)</sup>. Questo platonismo aveva attecchito per tempo soprattutto nell'Europa Settentrionale <sup>(17)</sup>; e solo con la completa recezione dell'Umanesimo italiano e dei primi movimenti rinascimentali nell'Europa centro-occidentale arrivarono finalmente a confluire — intorno al 1500 — le due grandi correnti culturali dell'Europa moderna.

3. A questo punto è chiaro perchè l'Umanesimo giuridico da sè solo era in grado solo in misura molto limitata di dar voce alla nuova visione che veniva emergendo; e lo faceva soprattutto col richiamo all'esemplarità della cultura antica, rimettendo in onore la gnoseologia platonica e traendo da tutto ciò i motivi per prospettare nuovi modelli educativi. Ma l'Umanesimo lasciò senza risposta la questione, che si veniva facendo sempre più pressante, sulla possibilità di conoscere le norme morali che presiedono al convivere sociale senza dover necessariamente prender le mosse da un preciso quadro di premesse teoriche <sup>(18)</sup>; e proprio per questo esso fu superato — agl'inizi del Seicento — dalle nuove avanguardie del pensiero europeo. In quest'epoca vennero per la prima volta a confluire i moti di rinnovamento culturali nati nel Basso Medioevo — la scoperta, fatta dal Nominalismo, dell'irrazionalità del mondo creato; la scoperta dell'anima individuale dell'uomo spirituale fatta dalla *devotio moderna* e l'idealismo platonico — e s'incontrarono nella ricerca d'un « sistema naturale » (come disse il Dilthey) e cioè d'un modello immanente di natura

---

<sup>(16)</sup> Su questo *amor intellectualis* platonico, cfr. p. 123, nt. 47.

<sup>(17)</sup> Questo processo era stato anticipato dai legami del Petrarca col primo Umanesimo boemo sul finire del Trecento: BURDACH, *Ursprünge*, cit. In seguito esso fu favorito da Nicola da Cusa.

<sup>(18)</sup> Cfr. *supra*, p. 240.

e di società che potesse esprimersi in un sistema scientifico contingente ed autonomo.

Queste esigenze emersero dapprima dalle scienze naturali ed esatte, che ora erano in grado di portare a compimento quel piano di lavoro elaborato dalla Scolastica trecentesca che era poi stato intralciato da ostacoli sia politici che metodologici. Il fondatore di questo nuovo atteggiamento scientifico fu Galileo Galilei (i suoi *Discorsi* furono pubblicati nel 1648), mentre Cartesio — nello stesso torno di tempo (il *Discours sur la Méthode* è del 1637) — dava una formulazione complessiva dell'esperienza che il soggetto ha del mondo esterno (della *res extensa*). Senza la presenza fondante di entrambi questi contributi il momento logico-sistematico del Giusnaturalismo non avrebbe avuto la possibilità di emergere. In modo particolare Cartesio portò a compimento la « matematizzazione » della natura avviata dalla Tarda Scolastica, quando — attraverso la riduzione dell'Io pensante e della realtà oggettiva « estesa » entro la dimensione « soggetto-oggetto » — egli rese per la prima volta integralmente sistematizzabile la ricostruzione dell'intera realtà. Da un punto di vista metodico l'elaborazione sistematica dell'esperienza scientifica si compie ora attraverso conclusioni rigorosamente deduttive, le quali, muovendo dagli assiomi, vengono progressivamente orientandosi ed adeguandosi all'osservazione empirica (della natura esterna, della società e dello spirito umano) <sup>(19)</sup>. Vedremo quanto il dualismo tra assioma ed esperienza — tra i metodi che Cartesio chiamò « analitico » e « sistematico », e Galileo « compositorio » e « risolutivo » — abbia dominato anche il sistema del Giusnaturalismo <sup>(20)</sup>. Questo dualismo nasceva dal fatto che il materiale d'osservazione nelle scienze naturali era costituito, non più dall'intera realtà naturale, ma

---

<sup>(19)</sup> G. KRUGER, *Die Herkunft d. philos. Selbstbewusstseins*, Logos, 1933, pp. 225 ss.; JASPERS, *Descartes u. d. Philosophie*, 1937. Su questa costante contrapposizione del pensiero al suo oggetto, a ciò che è « esteso », alla *res extensa* cartesiana, è istruttivo quanto scrive JASPERS, *Nietzsche*, cit., p. 58. Per quanto riguarda la « preistoria » di questa riflessione metodologica di Cartesio e di Hobbes, il WELZEL (pp. 103 ss.) rileva che il volontarismo di Duns Scoto (1266-1308) ha fatto dell'individuale la più alta forma dell'essere ed ha perciò reso possibile l'ampia conoscenza dell'universo propria della nuova scienza, nel momento stesso in cui rompe con quella superiorità dell'intelletto che da Platone e da Aristotele fino a Tommaso d'Aquino aveva ricacciato l'essere autentico nelle forme generali, e quando riconosce l'amore come autonomo mezzo d'approccio al mondo (un mezzo non attingibile al patrimonio dei concetti). L'ultimo frutto di questo movimento verso il riconoscimento del mondo storico doveva essere la formazione del senso storico del Vico e del Montesquieu attraverso Moser e Herder fino alla Scuola Storica (cfr. *infra*, II, p. 13).

<sup>(20)</sup> Cfr. *infra*, pp. 469 s.

piuttosto da una natura ricreata e resa misurabile attraverso l'esperimento <sup>(21)</sup>.

La riduzione della realtà a rapporti esprimibili numericamente è la condizione imprescindibile per la formulazione di leggi fisiche aventi una validità generale, la misurazione essendo ciò che consente il confronto tra processi invariabilmente ricorrenti (mentre, secondo la celebre dimostrazione del Leibniz, di leggi di tal genere non può parlarsi nei processi storici ed in quelli biologici) <sup>(22)</sup>. In una natura così intesa l'esperimento conduce alla individuazione di leggi naturali particolari <sup>(23)</sup> da cui è dato poi dedurre

---

<sup>(21)</sup> Sulla possibilità d'un'osservazione quantitativa dei processi fisici a partire dalla Scuola di Occam cfr. WELZEL, pp. 122 e 157.

<sup>(22)</sup> L'esperimento — del cui valore conoscitivo parlò per primo in modo organico il Galilei (cfr. WEIZSÄCKER, *Tragweite*, cit., pp. 107 ss.; sul valore della teorica nominalistica dell'*impetus* nel processo preparatorio di questo atto che ha informato della sua presenza tutta un'epoca della storia del pensiero, cfr. ANNELISE MAIER, *Die Impetuslehre der Scholastik*, 1940; cfr. WELZEL, p. 157) — l'esperimento, dicevamo, non è solamente osservazione della natura in grado di individualizzare il proprio oggetto, ma piuttosto misurazione, come tale vincolata anzitutto ad una misura di tempo: « Galilei ha fatto il suo gran passo nel momento in cui ha osato descrivere il mondo in un modo diverso da quello secondo cui solitamente se ne fa esperienza. Egli enunciò leggi, le quali, nella forma in cui egli le espresse, non valgono mai nell'esperienza reale, e che perciò non possono esser convalidate da una singola osservazione qualunque, identificandosi con una semplice formulazione matematica. Così egli aprì la strada ad un'analisi matematica in grado di scomporre la complessità degli accidenti reali nei singoli elementi che compongono quella complessità. L'esperimento scientifico si distingue perciò dall'esperienza quotidiana per il suo esser governato da una teoria matematica, che, mentre pone una determinata questione, è nel contempo in grado di offrirne (dimostrandola) la soluzione. In questo senso si può dire che l'esperimento trasforma la « natura » data in una sorta di « realtà » manipolabile ». (WEIZSÄCKER, *op. cit.*, pp. 107 s.). In modo press'a poco analogo potremmo descrivere gli elementi di novità propri del diritto naturale « deduttivo » da Hobbes in poi.

<sup>(23)</sup> Questa individuazione è palesemente ancora estranea all'Antichità e a quasi tutto il Medioevo, malgrado quella puntuale attenzione per la natura di cui abbbiam già ragionato anche noi (e di cui non mancano precise testimonianze: si pensi, a tal proposito, al citatissimo *De arte venandi cum avibus* dell'Imperatore Federico II). Per questo lo JASPERS (*Nietzsche*, cit., pp. 56 s.) ha negato in modo così tagliente sia all'Antichità che al Medioevo d'aver in alcun modo contribuito all'elaborazione di quella « metodica per principio sicura che è propria del mo-

leggi più generali e, infine, assiomi. Attraverso questo risalire dal particolare verso il più generale ed infine verso il generalissimo si sono formati i più organici sistemi di quest'epoca: quello fisico del Newton (*Philosophiae naturalis principia mathematica*, 1687), l'*Ethica more geometrico demonstrata* e — non ultimo — il sistema razionale elaborato dai Giusnaturalisti <sup>(24)</sup>.

---

derno modo d'indagare della scienza europea», e che può essere utilizzata in ogni ramo del sapere dove vi sia «qualcosa di sperimentabile»; mentre sia l'Antichità che il Medioevo sono arrivati «solamente ad elaborare delle sinossi, dei quadri unitari in sé sistematicamente ordinati (e proprio perchè tali molto più definitori che non stimolanti a far progredire la conoscenza), delle riflessioni intrise di dubbi; sono, insomma, arrivati solamente a mettere insieme il gioco, abile magari ma rassegnato, d'una conoscenza di oggetti particolari». In modo analogo il WEIZSÄCKER (*op. cit.*, p. 107) caratterizza il pensiero di Aristotele in rapporto a quello di Galileo. Certo, questa caratteristica riguarda più la conoscenza della natura (propria della cultura aristotelica e di quella scolastica), la filologia e la giurisprudenza, che non i progetti metafisici a partir dalla Scuola di Elea per giunger fino al Neoplatonismo e ad Agostino; lo stesso JASPERS (*op. cit.*, p. 57), poi, ne esclude la matematica. Questo quadro tracciato dal Jaspers reca un contributo alla comprensione delle novità metodiche nella conoscenza della natura e del passo in avanti che si compì tra il giusnaturalismo d'un Althusio o d'un Grozio e il «giusrazionalismo» d'un Hobbes e d'un Pufendorf. In tutt'altro spirito, Galileo scriveva a Keplero, il 19 agosto del 1610, ch'egli aveva ricercato la verità, non nel mondo e nella natura, ma — come il Keplero stesso aveva detto — nel confronto dei testi.

Certo si è, però, che anche questa legge della natura e della società di cui si ragionava in questa età dominata dal sapere matematico, non include ancora la formulazione d'un generale principio di causalità del mondo fisico, vale a dire dell'influenza individualmente determinata dei corpi sui corpi, come avverrà nella fisica successiva a cominciare dal Laplace (su questo cfr. *infra*, II, pp. 315 s.); semmai questa legge compie una funzione generalizzante, riconduce i processi individuali e spontanei alle leggi che li governano come a predeterminate pianificazioni dell'esistente: cfr. RICKERT, *Die Grenzen d. naturwiss. Begriffsbildung*, V ed., 1929, p. 375. Questo richiamo è interessante anche per capire gl'influssi delle concezioni giusnaturalistiche sulla *interpretatio juris*: perchè anche il primo Giusnaturalismo (diversamente da quanto aveva fatto il diritto naturale «storico» e soprattutto da quel che avrebbe fatto il naturalismo ottocentesco) «conosce» leggi della convivenza umana universalmente valide, ma non «spiega» il nascere del diritto ricorrendo a cause empiriche, del tipo di quelle che si ritengono valide per il mondo fisico (cfr. *infra*, II, p. 317).

<sup>(24)</sup> Lo stesso Galileo, nei suoi *Discorsi*, aveva già accennato alla possibilità d'una struttura logica complessiva mediante la quale fosse possibile la conoscenza di tutto (e non soltanto del mondo fisico esterno): cfr. H. FREYER,

È d'un qualche interesse, anche per intendere la « preistoria » del moderno Diritto naturale, il fatto che queste esigenze metodologiche si fossero affermate già coi classici delle scienze naturali dal Newton al Lagrange <sup>(25)</sup>. Esse erano ancora estranee ai pionieri della nuova visione scientifica del mondo: il Copernico (*De revolutionibus*, 1543) e perfino Tycho Brahe e il Keplero (*Mysterium cosmographicum* <sup>(26)</sup> e *Harmonices Mundi*, 1609) partivano da un'osservazione della natura capace, non già di misurare, quanto piuttosto di contemplare, un'osservazione che nel muoversi perfetto dei corpi celesti sapeva scorgere le idee pure del Creatore o della creazione <sup>(27)</sup>. La spiegazione che dell'Universo dette il Rinascimento era ancora fondata su quell'armonia del mondo cara alla cultura medievale che a sua volta l'aveva appresa dalle dottrine pitagoriche, dalla lettura del Timeo platonico o dal pensiero del neoplatonico Proclo; la metafisica d'un Giordano Bruno, la psicologia d'un Montaigne o d'un Bacone, l'estetica del primo Rinascimento italiano sono ancora idealistico-intellettualiste in senso

---

*Weltgeschichte Europas*, vol. II, II ed., 1948, p. 806 (sulla « preistoria » della scienza moderna).

<sup>(25)</sup> Se non c'inganniamo, queste esigenze metodologiche non sono state abbandonate neanche con la relativizzazione della fisica classica operata dalla fisica moderna fondata da Planck e da Einstein; semmai, esse sono state riapplicate e riformulate in modo più generale, com'è accaduto, per esempio, nella teoria generale della relatività.

<sup>(26)</sup> Più precisamente: *Prodromus dissertationum cosmographicarum continens mysterium cosmographicum* (opera stampata a Tubinga nel 1596).

<sup>(27)</sup> Tycho Brahe — con la sua osservazione metodicamente protesa alla misurazione — e Keplero — col suo costante ricondurre queste esperienze ad un minimo di leggi particolari — appartengono al ristretto numero dei grandi pionieri della fisica moderna. Ma, sia il sistema elaborato a Tycho Brahe che gli scritti del Keplero che si rammentano qui nel testo mirano ancora ad uno schema interpretativo dei moti celesti di tipo geometrico, ancora legato alla tradizione risalente alla visione di stampo greco (si legga, a questo proposito, quanto osserva il WEIZSÄCKER, *Tragweite*, cit., pp. 101, 105: « Il sistema delle « armonie sferiche » elaborato dal Keplero è un'opera di matematica artistica, paragonabile forse all'Arte della fuga di Bach, ma non è ancora scienza della natura in senso compiutamente moderno »). Copernico, poi, conservò del tutto inalterato il postulato aristotelico-tomistico del moto circolare uniforme e, attraverso questo, il concetto delle orbite ellittiche di Ipparco; ed introdusse perfino nuovi epicicli, proprio perchè per lui (come per gli antichi) soltanto il cerchio aveva valore come figura perfetta (cfr. WEIZSÄCKER, *op. cit.*, p. 102: « Ma per l'astronomia antica ed anche proprio per Copernico era una verità sacra che i corpi celesti si muovono secondo orbite perfettamente circolari. Il cerchio era per loro la più perfetta forma di curva »).

greco <sup>(28)</sup>. Tra i fondatori del Giusnaturalismo moderno, ancora appartenenti al Tardo Rinascimento (Althusio, i Teologi-giuristi spagnoli, Grozio) e i Sistematici della generazione successiva (Hobbes, Spinoza, Pufendorf) corre un rapporto analogo, che rimarrebbe incomprensibile se non si avessero presenti queste complesse origini della visione del mondo propria della cultura moderna.

4. Al colmo dell'età del Giusnaturalismo il metodo elaborato dalla nuova scienza della natura estese la sua influenza al campo dell'etica sociale. Questo metodo fece dell'uomo, inteso come dato del tessuto sociale, oggetto di osservazione spregiudicata e di conoscenza, e per questa via si pose alla ricerca della legge di natura propria della società. Per questo il Giusnaturalismo si fondò su una nuova antropologia: l'uomo non è visto più come creatura di Dio proiettato verso un suo destino eterno, ma come realtà naturale; e l'umanità appare, non più (com'era stato in un primo tempo) il *populus* d'una patria celeste, o (come era stata sentita in un momento successivo) inserita in un mondo storico <sup>(29)</sup>, ma ormai come elemento costitutivo d'un mondo perfettamente comprensibile con l'ausilio delle leggi di natura. La pretesa della scienza moderna di conoscere la legge naturale si estende ora anche alla natura della società, che è quanto dire al diritto e allo Stato; ed anche per il diritto e per lo Stato si sentì il bisogno di formulare leggi che avessero la certezza immutabile ch'è propria della conclusione matematica. Come l'insieme delle leggi di natura costituiva il sistema dell'universo fisico culminante nei *principia mathematica* del Newton, così le leggi naturali del mondo sociale generavano un sistema compiuto delle realtà sociali, e cioè un « Diritto naturale ». È, questa, l'ultima causa che determinò il sorgere di quell'ultima varietà dell'antico diritto naturale della cultura occidentale, che si è convenuto di chiamare « Diritto di ragione » (*Vernunftrecht*).

---

<sup>(28)</sup> Nel senso in cui JASPERS (*op. ult. cit.*) individua il carattere proprio della scienza « greca » nel suo essere « conoscenza del cosmo come struttura perfetta ed ordinata; come realtà perfettamente statica che esiste prima e indipendentemente dalla misura di qualunque esperienza e dalla trasparenza dell'universo pensato ».

<sup>(29)</sup> Cfr. LÖWITZ, *Gott, Mensch. u. Natur*, Sitzungsber. d. Heidelb. Ak. d. Wiss., Phil.-Hist. Kl., 1964/2.

In verità quest'origine prossima è spesso sommersa ed oscurata dai permanenti legami di questo « nuovo » diritto naturale con la tradizione greco-ellenistica e soprattutto con quella medievale della Teologia morale della metafisica del diritto e della filosofia sociale; e, dopo, dalla sua implicazione nelle lotte politiche e nei contrasti confessionali dell'epoca; infine, anche dal fatto che quel caratteristico metodo matematico-sistematico non emerge ancora compiutamente nel pensiero di quelli che passano per essere i fondatori del Giusnaturalismo (Althusio e Grozio), ma si mostra ormai del tutto acquisito solo con la generazione successiva (quella degli Hobbes degli Spinoza e dei Pufendorf).

II. 1. Diritto naturale nel senso più largo, però, è, non solamente una questione concreta con cui l'antica civiltà occidentale s'è storicamente trovata a dover fare i conti, ma anche un problema filosofico: giacchè l'analisi teorica che della società e del diritto suol farsi acquista o perde valore quando la si misuri alla stregua di un quadro di valori spirituali. Come criterio di valutazione critica dell'esperienza giuridica, di un diritto naturale può parlarsi in tutte le grandi culture a noi conosciute, anche, in qualche misura, nei classici cinesi della morale pubblica. Come il diritto positivo è sempre legato alle condizioni materiali della vita (quali la storia la potenza la stirpe gl'interessi le consuetudini e i modelli sociali), così la maggior forza traente del diritto naturale è data da un'esigenza avvertita nei confronti della effettività dell'ordinamento; un'esigenza che si fa evidente in modo del tutto naturale a chi osservi da un angolo visuale propriamente filosofico. Quest'esigenza può raggiungere un effetto sul terreno dell'intersoggettività concreta se riesce a legarsi con la coscienza giuridica particolarmente sensibile di quei gruppi sociali che tendono a ribellarsi contro un ordine sovrastante sentito come ingiusto o contro una tradizione ormai cristallizzata in forma di diritto positivo, oppure — nel quadro d'un più generale sovvertimento del tessuto giuridico — sono alla ricerca d'un nuovo fondamento di legittimazione d'un diritto tradizionale. Per questo il diritto naturale assume per il solito il carattere di un movimento di opposizione: un carattere che però contrasta con la sua stessa essenza, dal momento ch'esso è soltanto un metodo per la conoscenza del diritto <sup>(80)</sup>. Ma in questa sede non ci sembra

(80) Sulla « polarità » politica del pensiero giusnaturalistico tra la legittima-



opportuno dilungarsi oltre nella trattazione di questo (pur fondamentale) problema.

Anche la storia del diritto naturale europeo preso nel suo insieme, però — vale a dire tutto quel complesso di tradizione culturale così difficilmente riconducibile entro un quadro unitario, che ha dato materia alla filosofia sociale antica medievale e moderna, e che tradizionalmente suol esser ricompreso sotto questa denominazione — non può formare oggetto d'una storia del diritto privato; essa è, piuttosto, uno dei grandi capitoli della stessa storia della filosofia <sup>(31)</sup>. Ma anche il Giusnaturalismo sei-settecentesco è ancora una materia troppo vasta per poter essere interamente esplorata da noi in questa sede: così, per esempio, non potranno qui essere esaurientemente valutati i suoi effetti sul diritto internazionale <sup>(32)</sup> — che pure del Giusnaturalismo fu il figlio primogenito —, sulle dottrine costituzionali e sulla giurisdizione in materia penale <sup>(33)</sup>; ma il discorso dovrà esser limitato solamente agli effetti particolari sulla storia del diritto pri-

---

zione conservatrice dell'esistente e l'anticipazione in qualche modo rivoluzionaria (o, per lo meno, programmatica) del futuro, si può indicare una lettura assai piacevole: H. MITTEIS, *Über das Naturrecht*, Berlin, 1948 (Schr. d. Dtsch. Ak.), pp. 13 ss.

<sup>(31)</sup> Sulle diverse articolazioni delle concezioni del diritto naturale nella tradizione antico-europea, cfr. TROELTSCH, *Ges. Schriften*, IV, Tübingen, 1925, pp. 166 ss.; E. WOLF, *Das Problem d. Naturrechtslehre*, III ed., 1964; WELZEL, pp. 6 ss. (cfr. anche *infra*, p. 409, nt. 82).

<sup>(32)</sup> Per questo cfr., tra gli altri, W. GREWE, *ZfGesStaatsw.*, CIII (1942), pp. 51 ss.; ID., *Die Epochen d. mod. Völkerrechtsgesch.*, 1943, pp. 260 ss.; REIBSTEIN, *Die Anfänge d. neueren Natur- u. Völkerrechts*, Bern, 1949; ID., *Völkerrecht. Eine Geschichte seiner Ideen in Lehre u. Praxis*, I, 1958; SCHEUNER, *ZfAuslöffR*, XIII (1950), pp. 556 ss.; W. PREISER, *Die Völkerrechtsgeschichte*, 1964. Cfr. anche *infra*, pp. 414 s., ntt. 88-93.

<sup>(33)</sup> Materie, queste, che si riconnettono quasi esclusivamente all'Illuminismo in senso stretto. A parte la critica, mossa per tempo, al *crimen magiae* e al delitto d'eresia (cfr. *infra*, p. 482), fecero sentire la loro presenza, da una parte le tarde riflessioni umanitarie del Giusnaturalismo illuministico, e, per un altro verso, l'etica razionalista di Kant e le prime riflessioni — ancora giusnaturalistiche — di Anselm Feuerbach. Un panorama esauriente è offerto da EB. SCHMIDT, pp. 215 ss. (pensiero illuministico in materia penale), 228 ss. (mutazioni dell'ordinamento penale conseguenti all'instaurazione dello Stato di diritto), 232 ss. (Feuerbach), 269 ss. (riforme illuministiche del processo penale).

vato europeo. Certo, però, che anche un discorso così rigorosamente limitato non è possibile farlo, senza una precisa illustrazione dei fondamenti generali del Giusnaturalismo.

2. Il Giusnaturalismo europeo fu certo una rivoluzione culturale; ma, come ogni sovvertimento, esso seguì anche un itinerario che, passo per passo, era già stato in qualche modo tracciato da una precisa tradizione di pensiero che, attraverso le teorie sociali del Medioevo, risaliva alla filosofia greco-ellenistico-romana. L'unità di questa tradizione è determinata, non solo dalla continuità storica, ma anche dall'unicità del problema; infinitamente diverse tra loro, invece, erano le modalità di attuazione dei singoli progetti. Noi, ora, ci limitiamo ad accennare brevemente alle principali soluzioni che storicamente sono state date a questo genere di problemi, rinviando per il resto ad una notissima sintesi di Ernst Troeltsch <sup>(34)</sup>; e, per quanto riguarda i particolari, alla esposizione storica dei diversi problemi fatta da Hans Welzel <sup>(35)</sup>.

a) Il diritto naturale antico <sup>(36)</sup>, dal momento in cui l'esperienza propriamente giuridica si fu affrancata dai suoi vincoli sacrali e dalla soggezione alle divinità tutrici del diritto <sup>(37)</sup>, trovò il modello della legge generale della società umana nella Città-stato, attraverso la cui immagine i primi pensatori scoprirono il concetto stesso di comunità governata da un ordinamento giuridico. Il modello offerto da quell'edificio governato da leggi che era l'universo al di sopra dell'uomo, costruito dai più antichi

---

<sup>(34)</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 166 ss.; cfr. poi ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr d. Naturrechts*, II ed., 1947, pp. 9 ss. (trad. it. di G. Ambrosetti, Roma 1965); FRIEDMANN, *Legal Theory*, II ed., 1949, pp. 15-68.

<sup>(35)</sup> Cfr. *supra*, p. 380, nt. 5.

<sup>(36)</sup> In questa materia cfr. soprattutto A. EHRHARDT, *Politische Metaphysik v. Solon bis Augustin*, vol. I, 1959; con speciale riguardo alla fondamentale problematica dell'etica sociale, cfr. WELZEL, pp. 15-68; FLÜCKIGER, *Geschichte d. Naturrechts*, I, 1, Zürich, 1954. Un'interpretazione che parte dal punto di vista della filosofia contemporanea è quella offerta dalla vasta ricostruzione di E. WOLF, *Griechisches Rechtsdenken*, I, 1950, II, 1952, III 1, 1954, III 2, 1956.

<sup>(37)</sup> E. WOLF, *op. ult. cit.*, I, pp. 19 ss., con ulteriori ragguagli.

pensatori della Scuola ionica e di quella eleatica (Eraclito e Anasimandro), o quello antropologico elaborato dalla prima scienza medica greca <sup>(38)</sup> furon presto abbandonati; e quello offerto dalla vita in comune degli animali socievoli dette luogo solamente a una tradizione orfico-pitagorica che non ebbe mai un'importanza primaria.

I Sofisti dettero un fondamento naturalistico (Gorgia, Callicle, Trasimaco) o relativistico (Protagora, Licofrone) alla giuridicità della convivenza umana; e, così facendo, essi diventarono gli autentici scopritori del diritto naturale come problema <sup>(39)</sup>. Nel concetto di verità che fu caro a Socrate, invece, la giuridicità divenne materia d'una conoscenza oggettivamente valida e libera da qualunque condizionamento; nell'idealismo platonico essa assurse per la prima volta alla trascendenza <sup>(40)</sup>, e da Aristotele fu ordinata in guisa di disciplina scientifica riempita d'un contenuto esattamente determinato <sup>(41)</sup>. L'antica e la media Stoa (Zenone, Crisippo) trasferì queste riflessioni dall'ambito della *Polis*, ormai in piena decadenza, alla comunità degli abitatori di tutta la terra, rendendole così cosmopolite nel senso pieno della parola <sup>(42)</sup>: il pensiero stoico scoprì così, per sè e per tutti i tempi ancora da venire, l'idea d'un diritto *generalmente* valido in tutto il mondo e per tutti gli uomini.

In queste sue ultime forme il diritto naturale greco conquistò a Roma il consenso dei dotti, a partire dal II secolo avanti Cristo. Cicerone, che da Posidonio d'Apamea <sup>(43)</sup> e da Panezio di Rodi

<sup>(38)</sup> WELZEL, pp. 12 ss.

<sup>(39)</sup> WELZEL, pp. 15 ss.; WOLF, *op. ult. cit.*, II, pp. 9-171.

<sup>(40)</sup> WELZEL, pp. 25 ss. Sui rischi che, da Platone in poi, la metafisica del diritto corre di pervertirsi in un'ideologia dottrinarica e autoritaria, cfr. le notevoli pagine del WELZEL, pp. 33 ss.

<sup>(41)</sup> Sul concetto di uguaglianza e sulla teoria dell'imputabilità cfr. WELZEL, pp. 49 ss.

<sup>(42)</sup> Attraverso il passaggio dalla legge della Polis a quella del mondo e, infine, alla legge di natura (cfr. WELZEL, pp. 55 ss., dove si ragiona anche della teoria dei « doveri intermedi » — così importante per la tradizione morale europea —, vale a dire dei positivi doveri di comportamento vevoli nella concretezza della vita quotidiana.

<sup>(43)</sup> Posidonio fu quello che alla fondazione teistica dell'ordinamento giuridico, propria dell'ultima riflessione platonica e di quella dell'Antica Stoà, ne

apprese i concetti dell'universale *consociatio* degli uomini e del *lumen commune omnium*, arricchì il diritto naturale con quell'*ethos* concreto che rappresentava il contenuto più caratteristico del senso dello Stato che i Romani ebbero così spiccato. I giuristi romani condividevano certamente questi convincimenti propri degli uomini di cultura nella società del loro tempo; ma è assai difficile cogliere ed individuare precisamente l'influsso diretto che questi convincimenti poterono esercitare sulla giurisprudenza, saldamente radicata com'essa era nella tradizione di vita del popolo romano. Furono per primi i giuristi della piena Età classica (Marciano, Ulpiano), specialmente nelle loro opere istituzionali, a sottolineare il fatto che taluni istituti fondamentali — la permuta la compravendita il possesso il trasferimento di proprietà — rappresentano il *jus commune omnium* di tutti gli uomini (ed in questo senso il *jus gentium*) <sup>(44)</sup>.

Sapere, poi, in qual misura la scienza giuridica e la legislazione bizantina abbiano contribuito all'evoluzione delle teorie in tema di diritto naturale (si pensi, per esempio, al problema della nascita del diritto, al diritto di guerra, alla schiavitù, al matrimonio e alla filiazione, ai diritti naturali d'ogni essere vivente), questo dipende dalla (assai discussa) ampiezza degli interventi compilatori nei testi del Digesto, in cui queste teorie appaiono formulate. Ed oggi prevale una tal quale riservatezza nella critica testuale.

b) Il diritto naturale cristiano <sup>(45)</sup> — che ha tenuto il campo a cominciare da Agostino fino a dopo la grande rottura dell'unità religiosa europea, e che s'è venuto via via rinnovando

---

sostituì una panteistica (cfr. K. REINHARDT, *Poseidonios von Apamea*, 1921); la quale, insieme all'antica distinzione romana tra normativa giuridica sacra e normativa profana, è ancora alla base della celebre formula ulpiana (D. I, I, 10, § 2) *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia*.

<sup>(44)</sup> L'influsso della filosofia stoica su questo concetto è materia di discussione: cfr. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II ed., vol. II, 1928, pp. 91 ss.; G. LOMBARDI, *Ius gentium*, cit.; GROSSO, RIDA, I, II (1949), pp. 395 ss.; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., pp. 139 s., 244, 290; STROUX, Atti Congresso Roma, cit.; COING, ZSS, RA, LXIX (1952), pp. 25 ss. Il concetto ciceroniano di *consociatio humana* e di *jus gentium* è stoico; presso i giuristi di professione, però, questo concetto mostra d'aver avuto una qualche influenza soltanto a cominciare dalla tarda Età classica (Ulpiano, Marciano), ed anche qui limitatamente alle opere istituzionali. Lo STRASSBURGER (*Journal of Roman Studies*, LV, 1965, pp. 40 ss.), al contrario, ha creduto di riscontrare influssi romani nella dottrina costituzionale di Posidonio.

<sup>(45)</sup> Dalla enorme letteratura ci limitiamo a citare: TROELTSCH, *Die soziallehren der christl. Kirchen und Gruppen*, III ed., 1923; LOTTIN, *Le droit naturel chez s. Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*, Bruges, 1931, pp. 11 ss.; SAUTER,

fino ad oggi — recepì dal pensiero stoico l'idea d'una comunità universale comprendente tutti gli uomini, e al tempo stesso fece propria la teoria della giuridicità elaborata dal pensiero platonico e da quello aristotelico (46). Da tutte queste teorie, però, esso si distinse fin da quando Paolo ebbe formulato la sua dottrina della giustificazione attraverso l'esperienza religiosa che pone l'ingiustizia dell'uomo di fronte all'insondabile giustizia divina (ciò che avevan già fatto i Profeti d'Israele, contemporanei dei filosofi presocratici). Nella misura in cui la distinzione posta da Dio fra il bene e il male è un suo libero atto di volontà — una distinzione tutta storica, cioè, e non già la conseguenza « oggettiva » d'un quadro di valori « generali » —, tutta la riflessione cristiana intorno al diritto resta segnata dalla relativizzazione del diritto naturale nei confronti della rivelazione divina, e diventa perciò radicalmente problematico precisare con esattezza il rapporto di questo diritto naturale umano con la giustizia divina (47).

Quando l'attesa delle prime generazioni cristiane per l'immediata instaurazione del regno di Dio fu andata delusa, le persecuzioni che la Chiesa subì ad opera dell'Impero pagano fecero in un primo momento maturare — in Tertulliano ed in Lattanzio, per esempio — un atteggiamento di profondo pessimismo nei confronti del diritto e delle strutture statuali, del quale — anche dopo essere uscita vittoriosa dalle persecuzioni — la Chiesa si è spogliata solo molto lentamente. Il più vigoroso pensatore della Tarda Antichità, A g o s t i n o (48), pose il rapporto tra Impero

---

*Die philos. Grundl. d. Naturrechts*, 1932, pp. 1 ss., 65 ss.; PASSERIN D'ENTRÈVES, *La filosofia politica medievale*, 1934, pp. 62 ss.; ARQUILIÈRE, *L'augustinisme politique*, II ed., Paris, 1955; FLÜCKINGER, *Geschichte d. Naturrechts*, cit.; cenni più sommarî in: ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr*, cit., pp. 62 ss.; REIBSTEIN, *Die Anfänge*, cit. Una bella sintesi è quella offerta da SCHEUNER, *Zum Problem d. Naturrechts nach evg. Auffassung*, in: *Kirche u. Recht*, 1950, pp. 39 ss. Per la singolare concordanza col campo visivo fatto proprio da noi in queste pagine merita qui una speciale menzione il WELZEL, pp. 71-159.

(46) Sull'interpretazione ellenizzante del Logos giovanneo, cfr. WELZEL, pp. 75 s.

(47) EHRHARDT, *Politische Metaphysik*, II, *Die chrstl. Revolution*, 1959, partic. pp. 15 ss., 65 ss., 88 ss., 110 ss. e *passim*.

(48) ARQUILIÈRE, *L'augustinisme*, cit.; WELZEL, pp. 76 ss.; CAMPENHAUSEN, *Latein. Kirchenväter*, II ed., 1960, pp. 151-232.

e comunità cristiana (e, cioè, tra diritto umano e diritto divino) in un modo che era destinato a rimanere esemplare per molto tempo. Alla *Civitas Dei* (nella quale trovava compimento la visione stoica d'un' *urbs beata*) egli vide originariamente contrapporsi una diabolica *Civitas terrena*, che può vedere annullata la sua carica d'empietà solo quando sia stata compenetrata dalla *Civitas Dei*: perchè « se son privi della Giustizia, i regni del mondo altro non sono che accolte di briganti ». In una visione di questo genere alla giustizia umana veniva riconosciuta un'assai limitata giustificazione sul piano metafisico, come una sorta di « istituzione di emergenza » posta da Dio nello scorrer del tempo <sup>(49)</sup>.

Questa interpretazione, unita alla tradizione antica intorno al diritto naturale qual era testimoniata dagli scrittori antichi e dalle antiche fonti giuridiche, dominò per molto tempo le idee teologiche morali e giuridiche di un clero che si era formato attingendo a questa tradizione culturale. Ma quando si fu affermato il nuovo sistema filosofico scolastico, il diritto naturale trovò una sua precisa collocazione entro il quadro d'una precisa metafisica del diritto. Quando Tommaso d'Aquino, con la sua riflessione sull'*analogia entis*, fu tornato alla dottrina aristotelica delle idee che concepiva la contrarietà al valore come un modo intrinsecamente imperfetto dell'essere <sup>(50)</sup>, finì col determinare l'essere sulla base del valore e col dare la prevalenza alla ragione rispetto alla volontà del Creatore <sup>(51)</sup>. Contro questo rinato idealismo si levò per tempo l'opposizione dei nominalisti <sup>(52)</sup>. Se già Duns Scoto aveva fondato la bontà del comportamento sulla volontà, e la legge divina su un libero atto di volontà di Dio stesso, Occam riferiva ormai senz'altro il giudizio sul bene e sul male, sul giusto e sull'ingiusto, non più a rapporti di valore predeterminati *ab aeterno*, ma ad imperscrutabili decisioni di Dio in ordine al dovere

---

<sup>(49)</sup> Sulla contemporanea (e in sè contraddittoria) presenza, nel pensiero di Agostino, d'una dottrina delle idee di stampo idealistico e d'una libera scelta di grazia operata dalla volontà divina basta rinviare a WELZEL, pp. 77 ss.

<sup>(50)</sup> *Summa Theologiae*, II, I, qu. 93, 6.

<sup>(51)</sup> *Summa Theologiae*, II, I, qu. 21, I, ad 2.

<sup>(52)</sup> WELZEL, pp. 99 ss.

dell'uomo di tenere o di non tenere un certo comportamento <sup>(53)</sup>. Perciò, nell'ulteriore sviluppo della dottrina del diritto naturale, assumeva un rilievo decisivo la prevalenza della storicità sulle verità razionali ed eterne, dell'individuale sul generale, degli obblighi nascenti dalla coscienza giuridica sulle gerarchie « oggettive » di essenza e di valore.

A questi due indirizzi, pur tra sè contrastanti, del pensiero scolastico in materia di diritto naturale rimaneva però comune la convinzione della soggezione del diritto naturale umano al *jus divinum* rivelato. Fondamento ultimo di esistenza del diritto umano è il Creatore trascendente, sia che la sua giustizia la si veda fondata in un sistema di « eterni veri » razionali, sia che si preferisca considerarla frutto d'un libero atto della sua volontà posta al di sopra d'ogni razionalità. In tutto il Diritto naturale cristiano, perciò, l'antico dualismo di diritto « naturale » e diritto « legale » (φύσει δίκαιον e θέσει δίκαιον <sup>(54)</sup>; *jus naturale* e *jus civile*) si allarga e diventa una tricotomia: *jus positivum*, *jus naturale humanum* e *jus divinum voluntarium* che comprende gl'immutabili precetti giuridici rivelati <sup>(55)</sup>. Questa triade (nella quale compaiono i tre filoni storici fondamentali della tradizione ecclesiastica — il diritto romano, l'idea ellenistica di diritto e la rivelazione scritta — come gradini d'una medesima gerarchia metafisica) ha continuato ad esercitare il proprio influsso fino ad oggi.

Alla base di tutte le diverse formulazioni medievali in materia di diritto naturale — di quel diritto naturale che dalla Cristianità antica alla Riforma subì tanti e così profondi mutamenti — stava pur sempre quella trasformazione dell'antropologia antica in una

---

<sup>(53)</sup> WELZEL, p. 121 e *passim*; sulle restrizioni di questo estremo positivismo morale anche nel pensiero di Occam cfr. pp. 123 ss.

<sup>(54)</sup> Sulle radici del concetto medievale-canonistico di legge (un concetto in qualche modo « positivistico »), cfr. GAGNER, pp. 179 ss.; ma Graziano era ancora estraneo a questa dottrina: sul suo concetto di *jus naturale* cfr. COMPOSTA, *Il diritto naturale in Graziano*, in: St. Grat., II, pp. 151 ss.

<sup>(55)</sup> WELZEL, pp. 81 (sulla *lex aeterna* di Agostino come trasformazione della legge universale della filosofia stoica o del concetto di *fatum*), 84 (sulla *lex divina* nel pensiero di Tommaso d'Aquino).

teologia che necessariamente emerse da quel fatto capitale che fu la comparsa del Cristianesimo nel mondo tardo-antico.

Anche il convincimento, comune a tutti gli uomini del Medioevo, dell'esistenza d'un diritto sovraordinato alla legge era in larga misura il frutto della metafisica del diritto ch'era stata elaborata dalla Chiesa. Vero è ch'esso poteva trovare il proprio fondamento anche nell'originaria idea germanica che il diritto fosse anzitutto una forma della vita stessa che affondava le sue radici nell'immemorabile e destinata ad una sopravvivenza incrollabile, che come tale poteva essere, non creato, ma solamente trovato (cfr. *supra*, pp. 33 e 157). Così, già in epoca precristiana, il diritto era chiaramente un ordinamento sacro posto al di sopra degli stessi dèi: le divinità erano, non creatori o signori del diritto, ma soltanto protettori dei tribunali e vindici della sacertà dei giuramenti <sup>(56)</sup>. Non è possibile determinare con metodica sicurezza in qual misura anche queste concezioni abbian potuto esercitare la loro influenza ancora sul pensiero giuridico medievale ed anche sul diritto naturale (ecclesiastico). In ogni modo Eike von Repgow, quando scriveva che « Dio stesso è diritto, e perciò il diritto gli è caro » (prologo del *Sachsenspiegel*) si rifaceva alla Bibbia (Deut., 32, 4) <sup>(57)</sup>; il suo riconoscimento che in origine tutti gli uomini avessero dovuto esser liberi nasceva da motivi comuni a tutta la cultura europea la cui radici affondavano nell'Antichità, come è provato anche dalla poesia (*Spruch*) di Walther von der Vogelweide <sup>(58)</sup> « *ich sâz auf eime steine* » (« stavo su una pietra ») che in tono ammonitorio allude all'ordinamento del mondo animale. Per il resto è impossibile determinare in modo più preciso la parte avuta da questi modi di pensare nello sviluppo del Giusnaturalismo moderno <sup>(59)</sup>.

<sup>(56)</sup> Cfr. CONRAD, DRG, p. 42; EBEL, p. 12, nt. 3; cfr. *supra*, p. 000, nt. 11.

<sup>(57)</sup> EBEL, p. 12; Ragguagli son reperibili nell'apparato dell'ECKHARDT alla edizione del *Sachsenspiegel Landrecht*.

<sup>(58)</sup> Poeta tedesco (Austria 1170 ca - Würzburg 1230 ca) tra i maggiori del suo tempo (*N.d.t.*).

<sup>(59)</sup> Per contro, la parte avuta dal Giusnaturalismo nel mantenimento in vita o nel ravvivamento di concezioni o di istituzioni giuridiche proprie della tradizione germanica è stata frequentemente rilevata ed esaltata dai germanisti a cominciare da Otto von Gierke: cfr. THIEME, ZSS, GA, LVI (1936), pp. 202 ss.; ERIK WOLF, GRD, 196 s. (per Althusius) e 274 s. (per Grozio) e ancora SCHWERIN-THIEME, pp. 273 ss., dove si parla d'un « poderoso aiuto dato dal diritto naturale per il raggiungimento d'un'autocoscienza del diritto tedesco » (cfr. *infra*, p. 417, nt. 97). Riguardo a questo problema c'è però da osservare che questi influssi furon piuttosto indiretti: essi derivarono, non da quella radicale mutazione culturale che in tutta l'Europa si accompagnò all'affermarsi delle dottrine giusnaturalistiche, ma piuttosto dal « diritto razionale » storico-pragmatico dell'Illumi-



c) La Riforma in primo luogo si distaccò dall'*analogia entis* e dall'idealismo tomistico, e — sull'orma segnata dal volontarismo nominalistico — fece riaffiorare l'antica autonomia palco-cristiana tra la giustizia divina e l'iniquità degli uomini. Questo accadde soprattutto nella dottrina della giustificazione elaborata da Lutero<sup>(60)</sup>. Educato al concetto irrazionale e volontaristico di Dio proprio della scuola teologica di Occam<sup>(61)</sup> e fortificato dalla sua personale esperienza dell'ira e della grazia d'un Dio nascosto alla ragione, Lutero aveva cominciato col negare all'uomo nello stato di natura perfino quella capacità di conoscenza su cui si fondava il sistema tomistico del diritto naturale: l'uomo non redento è soggetto al principe di questo mondo. Nella successiva riflessione di Lutero sul diritto e sull'autorità — una riflessione che s'era venuta delineando in modo non sistematico, ma che aveva scavato in profondità e con accenti di

---

nismo, ed in questo contesto quegli influssi trassero origine da una spregiudicata osservazione della realtà ormai emancipata dalla tradizione culturale del *jus commune*. Mentre il pensiero giuridico razionalistico, distaccandosi dalla tradizione antica e da quella scolastica, rientrava in certo modo in se stesso, ebbe anche l'occasione di tornare a riflettere in modo più diretto sui contenuti e sulle esigenze proprie della concretezza del viver quotidiano. Sarebbe meglio dire, al contrario, che i modi di ragionare (tipicamente da *ancien régime*) del primo Giusnaturalismo (quello dell'Althusio e del Grozio, per intenderci) sono, sì, determinati da quelle concrete esperienze storiche costruite sui diritti e sulle libertà delle vecchie classi e delle corporazioni, che il più antico pensiero giuridico tedesco aveva in comune col pensiero giuridico del resto d'Europa prima dell'affermarsi dell'Assolutismo. Il tentativo di Erik Wolf, di trovar la chiave interpretativa di tutta la storia del pensiero giuridico tedesco in una concezione tipicamente tedesca di diritto naturale che si sarebbe costantemente mantenuta viva ed operante rappresenta un'ammonizione — tanto celebre quanto meritoria, in un momento nel quale il pensiero giuridico tedesco viveva un'epoca di degenerazione — un'ammonizione a rispettare il contenuto di moralità ch'era proprio della tradizione giuridica tedesca ed europea.

(60) Su questa materia cfr. in generale: J. MARITAIN, *I tre riformatori*, trad. it. A. PAVAN, Brescia, 1964; fondamentale il lavoro di J. HECKEL, *Lex charitatis*, cit.; e, poi, F. X. ARNOLD, *Zur Frage d. Naturrechts bei M. Luther*, 1937; G. TÖRNVALD, *Geistl. u. weltl. Regiment bei Luther*, trad. ted., 1947; SCHÖNFELD, pp. 288-310; WELZEL, pp. 148 ss.; HECKEL, *Marsilius v. Padua u. M. Luther*, ZSS, KA, XLIV (1958), pp. 268 ss.; BIDINGER, ARSP, XLVIII (1962), pp. 199 ss.

(61) Sui più tardi occamisti Pierre d'Ailly († 1420), Jean Gerson († 1429) e Gabriel Biel († 1495), cfr. WELZEL, pp. 134 ss.

grande realismo — rimane solamente la tensione, da risolvere sul piano della fede, tra la volontà di Dio e l'ordinamento del mondo <sup>(62)</sup>. Ma ormai Lutero sottolinea sempre di più il significato dell'ordinamento mondano come istituzione determinata dalla necessità, e del diritto naturale umano — che Dio ha scritto nel cuore di tutti gli uomini — come ordinamento cautelatamente destinato ad evitare una corruzione totale: che sarà *lex charitatis* per il cristiano giustificato dalla grazia, ed invece *lex irae* là dove la grazia divina non sorregge <sup>(63)</sup>. Con questi presupposti dettati da Lutero, la questione del diritto naturale, per quella teologia protestante che seguì la sua dottrina della giustificazione, acquisiva fin dagl'inizî una sua particolare fragilità <sup>(64)</sup>.

Il successivo ritorno della teologia luterana al diritto naturale prese di nuovo le mosse dall'aristotelismo tomistico <sup>(65)</sup>. In Melantone, però, l'umanesimo si palesa nel rilievo dato ai ragionamenti di Cicerone, mentre il passaggio attraverso la vicenda della Riforma è rivelato dal maggior spazio dato alla riflessione sul Decalogo. In sèguito la teologia morale luterana si volse ancor più decisamente verso la metafisica della Seconda Scolastica; e proprio contro questa teologia morale il Pufendorf condusse la sua lotta di emancipazione.

Calvino <sup>(66)</sup>, più che distruggere la tradizione cattolica in materia di diritto naturale, la rimodellò in una chiave più rigo-

<sup>(62)</sup> WELZEL, p. 149.

<sup>(63)</sup> HECKEL, *Lex charitatis*, cit., pp. 71 ss., 83 ss., 90, 92, 94, 117, 133 e *passim*.

<sup>(64)</sup> È caratteristica per questo la critica odierna che da parte di studiosi appartenenti alle Confessioni riformate si fa del diritto naturale: cfr. K. BARTH, *Nein! Antwort an Emil Brunner*, in: *Theologische Existenz heute*, 1933; ID., *Christengemeinde u. Bürgergemeinde*, 1946; E. WOLF, *Naturrecht u. Gerechtigkeit*, in: *Evg. Theologie* (1947-48), p. 233; ID., *Rechtfertigung u. Recht*, in: *Kirche u. Recht*, 1950, pp. 5 ss.; e, per altro verso, cfr. anche J. ELLUL, *Fondement théologique du droit*, 1946; torneremo ancora su questi problemi: cfr. *infra*, II, pp. 366 ss.

<sup>(65)</sup> Su quanto stiamo per dire cfr. TRILLHAAS, *Melanchton, der Ethiker d. Reformation*, in: *Evg. Theologie*, 1947-48, p. 397 ss.; CLEM. BAUER, *Die Naturrechtsvorstellungen des jungen Melanchthon*, Festschr. G. Ritter, 1950, pp. 244 ss.; WELZEL, pp. 154 (per Melantone), 164, nt. 1 (sulla metafisica scolastica secentesca, anche di parte protestante).

<sup>(66)</sup> G. BEYERHAUS, *Stud. z. Staatsanschauung Calvins*, 1910; BOHATEC, *Calvin u. d. Recht*, 1934; ID., *Calvins Lehre v. Staat u. Kirche*, 1937; IMBART DE LA TOUR, *Calvin et l'institution chrétienne*, Paris, 1935; R. SEEBERG, *Dogmen-*

rosamente giuridica e le conferì una più immediata incisività sul terreno politico. Da giurista qual era, egli vide l'onnipotenza divina (*potentia absoluta*) come potere legislativo sovrano: nel suo concetto di comunità il potere laico diventa un alleato nella lotta che nel mondo si conduce per il regno di Dio. Poste queste premesse, il diritto naturale poteva diventare il grido di battaglia nella guerra totale scatenata da Calvino contro la Riforma cattolica e l'assolutismo dei Principi, ed insieme il principio fondante delle antiche democrazie dell'Europa occidentale (cfr. *infra*, pp. 415 ss.). Si spiega, perciò, che i primi documenti del nuovo Giusnaturalismo razionalistico provenissero dalle regioni in cui la Riforma s'era affermata e nelle quali esso continuò a prosperare meglio che altrove.

Alla tradizione tomista si mantenne invece fedele, nella grande maggioranza, la Seconda Scolastica spagnola<sup>(67)</sup>. In modo particolare Gabriel Vasquez<sup>(68)</sup> rappresenta un deciso oggettivismo dei valori, che dà la precedenza all'essenza delle cose rispetto alla volontà divina: il peccato è peccato non perchè Dio l'ha dichiarato tale e l'ha proibito, ma Dio lo riconosce peccato e lo proibisce, perchè esso è peccato *per se* ed *ante omnem prohibitionem divinam*<sup>(69)</sup>. Questa incondizionata forza vincolante Francisco Suarez riconobbe anche ai « principî medi » e perciò alle « conclusioni » (alle conseguenze, cioè, che era possibile dedurre sul piano della morale pratica), come, per esempio, il divieto del furto dell'usura e dell'adulterio. Tutto ciò doveva necessariamente tornare utile per l'applicazione pratica del diritto naturale nella soluzione delle questioni pratiche. Queste teorie hanno esercitato sui giuristi spagnoli Vitoria e Covarruvias (che concorsero anche alla fondazione del moderno diritto internazionale) un'influenza non certo minore di quella che il Giusnaturalismo razio-

---

*geschichte*, IV, 2, pp. 57 ss.; ERIK WOLF, GRD, pp. 182 e *passim*; SCHÖNFELD, pp. 304 ss.; WELZEL, pp. 155 s. Altri ragguagli di bibliografia più specifica son reperibili in ERIK WOLF, GRD, pp. 216 ss.; su Zwingli cfr. ERIK WOLF, Festschr. G. Kisch, 1955, pp. 167 ss.

(67) WELZEL, pp. 134 ss.; sulla posizione particolare di Fernando Vasquez cfr. pp. 141 ss. Sugl'influssi avuti da costoro nei confronti nel Giusnaturalismo cfr. *infra*, pp. 432 ss.

(68) WELZEL, pp. 134 ss.

(69) Il « topos »-chiave di questa posizione è dato dalla tradizionale ipotesi secondo cui « il diritto naturale sarebbe ugualmente vigente, anche se Dio non esistesse »; per questo cfr. *infra*, p. 441, nt. 34.

nalistico (*Vernunftrecht*) esercitò su pensatori riformati, e soprattutto su Grozio.

d) Il Giusnaturalismo razionale (*Vernunftrecht*) e profano dell'Età moderna, certamente — dopo il *Corpus Juris Civilis* — la forza che ha dato il maggior impulso allo sviluppo dell'esperienza giuridica moderna, portò dapprima in sé tutta l'eredità del diritto naturale antico e di quello risalente alla tradizione agostiniano-tomistica; sicchè la sua problematica è comprensibile soltanto se la si guarda nella prospettiva di questa tradizione. Con questi suoi precursori il Giusnaturalismo moderno ha in comune la pretesa di aver un vigore universale ed in ogni età, un'antropologia generale ed astratta (l'uomo inteso come un essere dotato di raziocinio e di socievolezza, o bisognoso d'aiuto: *animal rationale, sociale, imbecillum*) ed il razionalismo formale delle sue argomentazioni <sup>(70)</sup>. E poichè tende a ricacciare la rivelazione divina (*jus divinum*) nei limiti della teologia morale, torna all'antico dualismo di *jus naturale* e *jus civile* (*positivum*).

In singole materie i fondatori del Giusnaturalismo si richiamarono per più d'un verso alla tradizione basso-medievale. Mentre Grozio si rifaceva più ai moralisti e ai giuristi spagnoli (e, tramite loro, all'idealismo tomistico) <sup>(71)</sup>, Hobbes (e, attraverso di lui, Pufendorf) erano eredi del nominalismo volontaristico, che era stato loro tramandato dalla tradizione inglese e dal pensiero cartesiano <sup>(72)</sup>.

Per quanto legittimo discendente del pensiero basso-medievale, il Giusnaturalismo è giustamente ritenuto anche il precursore del razionalismo caratteristico della scienza giuridica moderna. Non si può, certo, identificare questo razionalismo in una sorta di « secolarizzazione » <sup>(73)</sup>, in un abbandono — cioè — della volontà

---

<sup>(70)</sup> Quel che abbiám detto or ora non vale certo per i primi Giusnaturalisti da Oldendorp a Grozio, e solo condizionatamente per il Pufendorf.

<sup>(71)</sup> Cfr. *infra*, p. 440.

<sup>(72)</sup> WELZEL, p. 172; cfr. *infra*, p. 462.

<sup>(73)</sup> Questo concetto di « secolarizzazione » — tanto deteriorato dall'uso che se n'è fatto, e spesso ridotto a un semplice termine di moda — può servire per comprendere il Giusnaturalismo solo se lo si usi nel preciso senso, che la scienza moderna è stata, sì, resa possibile — per un verso — dalla (innegabile) sostanza cristiana del pensiero europeo, ma anche (e certamente) del suo aver saputo affrancarsi dai vincoli che la legavano alla Teologia morale. Questo concetto non

trascendente di Dio creatore da parte d'una ragione umana ormai conscia della propria autonomia. Oggi noi sappiamo che l'indirizzo volontaristico del Giusnaturalismo (Hobbes, Thomasius) arrivò al suo irrazionalismo storicistico e positivistico sospinto dall'idea d'una volontà divina dotata d'una spontaneità razionalmente incomprendibile, e che il filone idealistico-razionalista (Leibniz, Christian Wolff) si rifece all'antico realismo delle idee (Platone, Aristotele) attraverso le verità razionali eterne di Tommaso d'Aquino. In realtà la maggioranza dei Giusnaturalisti (gli Spagnoli, Grozio, Pufendorf, Leibniz, lo stesso Thomasius) furono dei cristiani sinceramente credenti.

Peculiarità del Diritto naturale moderno non è, dunque, tanto la sua secolarizzazione quanto piuttosto la sua emancipazione

---

può, invece, tornare in alcun modo utile, se con esso si voglia sostenere che il risolversi della trascendenza nell'immanenza o il positivismo nominalistico delle realtà individuali fossero già, da sè soli, un fatto di secolarizzazione; perchè, in realtà questi movimenti di pensiero rappresentano tutt'e due fasi di sviluppo all'interno della Scolastica post-tomistica. Riservati nei confronti di questo concetto sono perciò — e a buon diritto — ERIK WOLF, GRD, *passim*; DAHM, DR, p. 110; WELZEL, p. 159; cfr. anche pp. 215 s., nt. 59 contro «l'idea, ancor oggi molto diffusa che l'idea di umanità del diritto naturale moderno, insieme con i diritti dell'uomo e di libertà, sia solo una secolarizzazione della configurazione cristiana dell'uomo»; in questa pagina il W. critica anche quella tesi del Ritter — che può, certo, destare più d'un legittimo dubbio — secondo cui i diritti dell'uomo di cui ragiona il pensiero moderno deriverebbero da una « filosofia del puro utile e del ben inteso egoismo » di matrice assolutamente non-cristiana (!). Proprio quella *deductio ad absurdum* di Grozio tante volte citata a questo proposito — secondo cui di diritto naturale potrebbe parlarsi anche se Dio non esistesse o non si desse cura delle cose degli uomini (« *Et haec quidem quae jam diximus locum <aliquem> haberent etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana* », De jure belli ac pacis, Prolegomena, § 11) — è, in realtà, un paradosso ereditato, attraverso Francesco Suarez, dalla Scolastica idealistico-tomistica, che appare formulato per contrastare quel concetto volontaristico di Dio proprio dei Nominalisti dal quale per avventura nacque proprio la scienza che suol definirsi « secolarizzata » (chiarimenti lucidi di questa vicenda sono offerti dal WELZEL, pp. 136 s.; cfr. anche *infra*, p. 441, nt. 34). Anche le tesi del WEIZSÄCKER, *Tragweite*, cit., pp. 74 ss. e partic. p. 173 possono ricevere un utile completamento se viste in questa prospettiva. Sulla secolarizzazione in generale cfr. SCHREINER, *Die Säkularisierung als Grundproblem d. dtsh. Kultur*, 1930; GOGARTEN, *Verhängnis u. Hoffnung d. Neuzeit*, II ed., 1958; DELEKAT, *Über d. Begriff d. S.*, 1958; STALLMANN, *Was ist « Säkularisierung »?*, 1960.

metodologica dalla teologia morale ed il suo nascere da un'etica sociale autonoma. Il presupposto di quest'emancipazione fu certamente la perdita, da parte del diritto naturale, del carattere della confessionalità, resa necessaria dalla rottura dell'unità religiosa: un diritto naturale che doveva restare, pur in mezzo alle lotte religiose politiche e coloniali che travagliarono quest'epoca storica, l'unica forma di linguaggio culturale comune nelle dispute generate dai contrasti che dividevano gli spiriti <sup>(74)</sup>; e nell'uso di questo linguaggio poterono incontrarsi ed intendersi uomini di convinzioni diversissime: teisti (come gli Spagnoli, Althusio, Grozio e Leibniz), seguaci d'una religione naturale (come Pufendorf, Thomasius ed in special modo Christian Wolff) panteisti (come Spinoza) e pensatori atei (come, forse, fu il caso di Hobbes).

Nel fragor dell'armi e nel mare di lacrime della secolare lotta tra Roma e Ginevra, tra l'antica Chiesa che aveva rinserrato i suoi ranghi e il Calvinismo (una lotta che le potenze marinare portarono sui grandi oceani del Nuovo Mondo), nella lotta impavida per la giustizia, operando in profondità tutt'e due nel medesimo senso, Chiesa cattolica e Calvinismo hanno rifondato il diritto delle genti la dottrina dello Stato e il diritto privato, mentre cercavano di ricomporre secondo un disegno rinnovato l'antico variopinto mosaico del diritto naturale e di rinfrancare la loro antica tradizione con un'autentica fede nel diritto, una fede che nel secolo successivo sarebbe stata chiamata a mutare radicalmente il volto della società europea e di quella delle colonie al di là dell'Atlantico <sup>(75)</sup>.

Nel momento in cui nacque e si affermò il Giusnaturalismo, dunque, si trovarono ad operare insieme motivi teorici ed esigenze pratiche. Per un verso la tradizione antica venne direttamente utilizzata per rinnovare l'ordinamento della guerra e degli Stati, dei rapporti tra i popoli e dell'esercizio dei pubblici poteri; d'altra parte il diritto naturale si svincolò dalla teologia morale e, raggiunta la dignità propria d'un'etica sociale indipendente, sviluppò da autonome premesse un suo proprio sistema teorico (come avvenne ad opera di Hobbes di Pufendorf e di Christian Wolff).

---

<sup>(74)</sup> Penetrante, a questo proposito, l'analisi del WELZEL, pp. 165 ss.

<sup>(75)</sup> Cfr. *infra*, pp. 419 ss., 428.

III. 1. Con tutto ciò, il Giusnaturalismo riprese il proprio metodo argomentativo dalla tradizione, senza in nulla variarlo; e riprese anzitutto quei supporti costruttivi che dovevano servirgli per venire a capo del suo problema di fondo, che consisteva da sempre nel rapporto tra diritto naturale e diritto positivo vigente. La conoscenza di questi supporti è insostituibile anche per comprendere l'influenza avuta dal Giusnaturalismo sul sistema e sulle dottrine del diritto privato. Come teoria mirante a dar fondamento al vigore di tutti gli ordinamenti, il diritto naturale non si contenta certo della reazione della coscienza giuridica offesa, o della compiacenza di questa stessa coscienza quand'essa si palesa soddisfatta; ma mira molto più in là, a scoprire con strumenti logici le ragioni del vigore o della criticabilità del diritto positivo. In modo particolare, quando supera la fase della critica permanente o della negazione rivoluzionaria d'ogni ordinamento vigente e tende a qualificarsi come riflessione filosofica su un dato ordinamento, il diritto naturale è costretto a conciliare il vigore effettivo d'un determinato assetto costituzionale o di un certo ordinamento coi suoi postulati che di per sè trascendono il piano della pura effettività: il pensiero occidentale ha sempre cercato di assolvere questo suo compito utilizzando il simbolo (o, se si preferisce, il modello) d'un iniziale **c o n t r a t t o s o c i a l e** (76).

Quel certo atteggiamento mentale realistico, ch'è proprio del nostro tempo, può indurre l'osservatore nell'equivoco di ritenere che la conclusione di questo contratto sociale sia stata un fatto storico realmente accaduto alle origini della società umana, quasi come una sorta di fondazione dello Stato. Ma non è questo il pensiero dei Giusnaturalisti; i quali, nel contesto della narrazione delle origini dello Stato e del diritto positivo, se ne son serviti come d'una specie di favola didascalica (*fabula docet*) d'un'origine del diritto affrancata da ogni sorta di contrasto, una favola che — al pari di quel che, in antico, era stato il mito — faceva appello ad una verità metastorica al di fuori del tempo, e non già ad una realtà storica concreta. E proprio come il mito e la favola, il contratto sociale — nel pensiero dei Giusnatura-

---

(76) I più importanti documenti dei maggiori Giusnaturalisti in materia di contratto sociale son ora raccolti in: *Der Herrschaftsvertrag*: traduzioni di P. BADURA u. H. HOFMANN, in: *Politica. Abh. u. Texte z. polit. Wiss.*, XVI (1965): vi si ragiona di Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Francisco Suarez, Althusio, Hobbes, Milton, Spinoza, Locke, Pufendorf, Rousseau, Kant.

listi — si rinnova continuamente. Per dirla con le parole del *Canto alla Gioia* dello Shiller, « soltanto ciò che non è accaduto mai in nessun luogo è capace di non invecchiare mai ».

2. Al contratto sociale si rifece già il Diritto naturale antico, da poi che la conciliazione dell'idea di diritto col diritto positivo era naufragata nel pessimismo giuridico degli ultimi Sofisti e nell'assolutizzazione idealistica del pensiero platonico <sup>(77)</sup>. Soltanto Aristotele, col suo concetto finalistico di « esistente » <sup>(78)</sup>, riuscì a conciliare il dover essere giuridico col diritto positivo; e, nel contempo, la sua definizione dell'uomo come realtà radicata nella *Polis*, pose il fondamento antropologico del contratto sociale. Da questo momento l'idea del contratto sociale, che il pensiero stoico estese alla *consociatio humana*, grazie soprattutto all'influsso esercitato su Cicerone, non è più scomparsa dalla tradizione del pensiero europeo.

La giurisprudenza romana, per il vero, col suo forte senso della tradizione, non avvertì una tensione particolarmente incisiva dell'originario diritto naturale sul proprio ordinamento giuridico storicamente vigente (*ius proprium Romanorum*), e non si dette pena di coltivare questo filone di pensiero.

3. Il Diritto naturale cristiano ha fatto propria l'idea stoica d'una società universale giuridicamente ordinata, e, con essa, anche il concetto di contratto sociale. Nel Medioevo quest'idea del contratto rappresentò, non solamente un modello astratto, ma una realtà politica e giuridica dalla quale, nei momenti in cui più aspri si facevano i contrasti, poteva esser dato di trarre argomenti per opporsi alle pretese del sovrano <sup>(79)</sup>. Non si trattò, quindi, d'un'innovazione rivoluzionaria, quando nel Trecento il *Defensor Pacis* di Marsilio da Padova argomentò l'esistenza della sovranità popolare fondandosi proprio sull'idea del contratto sociale.

<sup>(77)</sup> WELZEL, pp. 15 ss., 31 ss.

<sup>(78)</sup> Particolarmente con la sua concezione della Materia come sostanza della possibilità (potenzialità, δύναντις) e della Forma come sostanza della realtà (attualità, ἐνέργεια); cfr. WELZEL, pp. 41 ss.

<sup>(79)</sup> In questa materia cfr. KERN, *Gottesgnadentum u. Widerstandsrecht im frühen MA*, 1914; KIENAST, ZSS, GA, LXVI (1949), pp. 135 ss.; H. MITTEIS, ivi, LXVII (1950), partic. pp. 81 ss., 112 ss.; cfr. anche *supra*, p. 33, nt. 12.



4. Proprio questa tradizione di pensiero era destinata ad aver largo sèguito nel Giusnaturalismo moderno: facendo nascere la teoria generale della sovranità, offrendo il proprio rigoroso razionalismo al servizio della elaborazione dell'idea stessa di contratto sociale tipica — appunto — del sistema giusnaturalistico. Ma, al tempo stesso, lo schema tradizionale si veniva complicando per l'emergere dell'individuo dotato d'un suo *status* originario ed inviolabile: dell'individuo che, sotto l'impulso di forze tradizionali quali la *socialitas* o l'*imbecillitas*, si sottomette, associandosi, a subire una limitazione della sua illimitata libertà da parte della società nella quale s'inserisce. I doveri che da questo vincolo sociale gli derivano, e i diritti dei quali, dopo l'instaurarsi di questo vincolo, egli resta titolare, costituiscono il diritto naturale (pur se non ancora quello storico); e, poichè oggetto delle affermazioni dei Giusnaturalisti è solamente questo diritto naturale, il discorso intorno allo stato originario precedente la socializzazione si riduce ad un semplice assioma ipotetico. Ciò significa che il contratto sociale non è ancora sufficiente per rimuovere il contrasto fra il diritto naturale e quello positivo. Per dare, poi, un fondamento alle diverse signorie storicamente determinate, ed in particolare per giustificare il potere legislativo dei diversi sovrani, è necessario, più che non il generico contratto sociale, ipotizzare l'esistenza d'un secondo contratto, quello di sottomissione, stipulato con chi assume l'esercizio della funzione di governo.

Soltanto Hobbes sostiene che il contratto sociale si risolve immediatamente in quello di sottomissione, mediante il quale la collettività rinuncia subito ai propri diritti naturali a favore del sovrano, col risultato che si hanno solamente uno stato originario del tutto pregiuridico ed un diritto positivo che si traduce solamente nell'esercizio d'un complesso di poteri <sup>(80)</sup>.

Con una siffatta costruzione teorica il Giusnaturalismo arriva ad offrire, in assenza di tensioni sociali particolarmente gravi, una giustificazione di tipo — diciamo così — « traslativo » dell'ordinamento vigente. Ma basta che da parte dei sudditi venga

---

<sup>(80)</sup> Vedi l'originale interpretazione offerta dal WELZEL, pp. 171 ss.

intimata unilateralmente la disdetta del contratto di sottomissione, perchè affiori immediatamente il rischio d'un rivoluzionamento totale e permanente dell'ideologia giusnaturalistica: perciò Hobbes è stato indotto — per ovvie ragioni di coerenza sistematica — a dichiarare irrisolvibile questo contratto di sottomissione. Soluzione del tutto diversa — ma altrettanto monistica — fu quella che, a vantaggio della sovranità popolare, elaborò il Rousseau quando ragionò di *volonté générale* <sup>(81)</sup>, che in ogni momento rinnova il contratto sociale: una sorta di *plébiscite de tous les jours*, come — ancora nell'Ottocento — il Renan descriveva il confluire delle volontà dei singoli in una nazione democratica. Ragionando in questi termini, entrambi questi pensatori — Hobbes e Rousseau — hanno evidentemente risolto il diritto naturale in quello positivo. Tutte le altre teorie costituzionali giusnaturaliste, per quanto riguarda questo problema dell'ammissibilità della denuncia del contratto di sottomissione, hanno elaborato formule intermedie non superando mai, nè da una parte nè dall'altra, i due estremi che abbiamo or ora illustrato.

IV. Tenuto conto del notevole sviluppo della « preistoria » del Giusnaturalismo moderno, appare opportuno distinguere tra le sue diverse fasi in modo più netto di quanto non si fosse soliti fare fino ad ora <sup>(82)</sup>.

---

(81) Sulla sostanziale convergenza delle posizioni di Hobbes e di Rousseau, che superano così entrambe i contorni del diritto naturale classico, accenna anche il WELZEL, pp. 235 ss.

(82) Con riferimento al problema delle generazioni (cosa che per primo ha cercato di fare il PINDER per la Storia dell'arte) il THIEME, *Naturr. u. europ. Privatrechtsgesch.*, II ed., Basel, 1954, pp. 13 s. distingue i teorici del Giusnaturalismo in una generazione di Sistematici, una di Analitici e una di Sintetici. A questo pur limpido schema è però difficile aderire (cfr. già SüddJZ, 1949, pp. 279 s.). A parte il fatto che la successione cronologica delle generazioni non collima con lo schema interpretativo proposto (tra l'Althusio e il Rousseau corrono — se si pigliano le misure secondo la durata media della vita umana — più che sei generazioni), questo criterio di ripartizione non soddisfa anche perchè non si attaglia al metodo di questi pensatori (che è cosa decisiva per chi, come noi, ragiona di storia del diritto privato). Qualche dubbio lo solleva anche una troppo rigorosa distinzione delle generazioni sulla base di pretese differenze « oggettive ». Al « sintetico » Althusio non manca di certo « un qualunque slancio

I. Il primo periodo del Giusnaturalismo moderno — quello caratterizzato dai Teologi-giuristi spagnoli, dagli internazionalisti, dall'Althusio e da Grozio — fu ancora direttamente tributario alla tradizione scolastica e teologica: nessuno cercò una rottura polemica nei confronti d'una metafisica del diritto costruita con criterî rigorosamente teocentrici, nè si posero le premesse metodologiche per l'elaborazione d'un sistema giuridico autonomo.

Il sistema dell'Althusio si rifaceva direttamente alla Scolastica, attraverso l'insegnamento di Pierre Ramé; e Grozio elaborò le proprie teorie giuridiche, non già per via di rigorosa deduzione da assiomi previamente posti, ma piuttosto mediante il costante richiamo a quelle *auctoritates* teologiche ed umanistiche che erano sentite come vincolanti per l'etica del suo tempo.

Fondatori del diritto naturale moderno questi pensatori lo furono assai di più per esser concretamente intervenuti nei conflitti del loro tempo. Così, i Teologi-giuristi spagnoli hanno dato un fondamento di tipo teologico-morale al diritto di guerra e a quello internazionale del loro tempo <sup>(83)</sup>; l'Althusio ha affermato

---

rivoluzionario» (p. 15), mentre di certo manca, invece, all'« analitico » Hobbes l'atteggiamento di « opposizione alle forze dominanti » (pp. 16 s.), mentre con la categoria unitaria dei « sintetici » si viene a sommergere quel passaggio — altra volta magistralmente messo in rilievo proprio dal THIEME, ZSS, GA, LVI (1936), pp. 20 ss. — dal diritto naturale aprioristico (« assoluto », lo aveva chiamato il Thieme) a quello storico (o « relativo »). Seguendo il criterio delle differenze metodiche si potrebbe piuttosto distinguere tra pensatori di taglio ancora umanistico e legati al magistero d'un Ramé (l'Althusio), cartesiani (il Hobbes e il Pufendorf) e sensualisti (quali il Thomasius); ma anche in uno schema come questo non riuscirebbero a trovare una loro collocazione adeguata nè il Grozio nè Christian Wolff.

Sembra attagliarsi meglio, proprio per il diritto privato, all'andamento del pensiero giusnaturalistico la distinzione proposta dal DAHM (DR, pp. 110 s.) tra razionalisti ed empiristi. Essa è stata consolidata ed approfondita dalla sottolineatura fatta dal WELZEL (pp. 163 ss.) dell'orientamento che la storia di questa problematica nel pensiero moderno ha avuto e che altro non ha fatto che riprendere l'antica polarità cara al pensiero dell'Occidente antico tra intellettualismo e volontarismo; un orientamento che riconnette in modo stabile tutti i periodi della riflessione intorno al diritto naturale a quello che può ben dirsi l'eterno tema etico dominante della nostra cultura. Su questi problemi cfr. anche H. MITTEIS, *Über d. Naturrecht*, cit.

<sup>(83)</sup> Cfr. *infra*, pp. 432 ss.

il principio della sovranità popolare nei confronti dello Stato principesco; e Grozio ha cercato, nel caos delle guerre di religione e di quelle coloniali, di formulare un diritto internazionale che avesse qualche possibilità concreta d'imporsi all'osservanza generale. Questo riuscire a dar fondamento a nuovi principî normativi ricorrendo ai tradizionali strumenti culturali e argomentativi rimase un fatto caratteristico dei pensatori di questo periodo di transizione verso l'età del nuovo « sistema naturale ».

2. Solo la seconda generazione di questi pensatori (quella a cui appartennero lo Hobbes, lo Spinoza, il Pufendorf) elaborò i fondamenti metodologici d'un sistema autonomo di diritto naturale, riuscendo a conquistare all'etica sociale un suo proprio ed autonomo spazio metodico nei confronti della teologia morale. Questo metodo fu fondato — sotto l'influsso diretto del pensiero di Galileo e di Cartesio — da Tommaso Hobbes; mentre il Pufendorf tentò di battere la via (divenuta ora praticabile) della razionalizzazione e della « matematizzazione » per elaborare un progetto di sistema generale del Diritto naturale, nel mentre egli stesso portava a compimento il distacco di questo medesimo sistema dalla teologia morale dell'ortodossia luterana. In questo modo s'era creato lo spazio per un sistema di « diritto di ragione » nel quale le teorie giusnaturalistiche apparissero come la « naturale » intelaiatura normativa della società. Un epigono di questa fase di sviluppo, Christian Wolff, sviluppò e dettagliò questo sistema a tal punto, da renderlo ormai maturo per esser recepito dalla scienza giuridica « positiva ».

3. Gli è che questa razionalizzazione cominciò a far breccia anche nel nucleo etico del Diritto naturale, da quando il Tommasio cominciò a interpretare, in modo deviante rispetto alla tradizione, le qualità generali dell'antropologia giusnaturalistica (*socialitas, imbecillitas*) come « affetti individuali », e confrontò tra loro — in modo insolitamente radicale — moralità e positività, doveri morali e obblighi giuridici cogenti <sup>(84)</sup>: e proprio la generazione del Tommasio e dei suoi scolari riuscì a far valere tanto

---

(84) Cfr. *infra*, p. 482.

efficacemente le istanze giusnaturalistiche sul piano concreto dell'esercizio della funzione legislativa e di quella giurisdizionale.

In questa direzione fu decisivo, nell'Europa Centrale, il legame che s'instaurò tra Giusnaturalismo e Assolutismo illuminato. Mentre i primi fondatori s'erano spesi tutti nella lotta quotidiana per la coerenza etica delle soluzioni, ma come pensatori eran rimasti degl'isolati ed avevano potuto influire solamente su una piccola cerchia d'intellettuali, questa seconda generazione fu capace d'arrivare fin nelle Corti e nei Governi. Come consiglieri della Corona e uomini di Corte, essi divennero gli educatori morali dei Principi, della burocrazia, e, alla fine, anche dei popoli. Per l'intervento diretto di questi personaggi, fin dagl'inizi del Settecento, cominciaron lentamente a spegnersi i roghi, a tacere le grida dei torturati e di coloro ch'eran giustiziati con raffinata crudeltà, andava sparendo la barbarie delle vecchie pene corporali o infamanti, veniva meno la schiavitù e i privilegi diventati ormai anacronistici, e si faceva strada una maggior attenzione per i diritti dei singoli anche da parte di chi esercitava la sovranità; perfino nel far guerra si ebbe allora un maggior rispetto per le regole imposte dal diritto di quanto non se ne fosse avuto prima d'allora e se ne sarebbe avuto anche in séguito. Qualunque cosa il fanatismo ideologico possa aver detto o ancor oggi dica contro i fondamenti teologico-metafisici e gnoseologici di questo diritto naturale pratico, resta suo merito indimenticabile quello d'aver fatto spuntare un'autentica età dell'oro nella scienza giuridica europea <sup>(85)</sup>. E qualsiasi corrente di pensiero voglia criticare quest'egemonia della ragione ed elencarne le pretese responsabilità, si trova pur sempre di fronte al problema di sapere come altrimenti (e meglio) si sarebbe potuto lottare contro la barbarie dell'intolleranza e del disprezzo dell'uomo.

V. I. Con le osservazioni fatte finora, si è già entrati nella valutazione del contributo dato dal Giusnaturalismo alla storia giuridica europea. Questo contributo consistè anzitutto in una « ideologizzazione » che investì tutta la vita pubblica senza risparmiarne nessun aspetto. Se il *Corpus Juris Civilis* aveva insegnato

---

(85) Questa valutazione è ripresa dal WELZEL, p. 245.

al giurista europeo ad individuare in modo preciso il problema propriamente giuridico prospettato da ogni fattispecie, il Giusnaturalismo riuscì ad orientare ogni comportamento socialmente rilevante alla stregua d'un *logos* razionalmente riconoscibile e perciò valido per ogni uomo, sia che questo comportamento fosse diretto al perseguimento degli scopi dei Sovrani, o di quelli delle nazioni delle comunità religiose delle classi sociali e delle corporazioni o dei singoli individui. Questo mutamento di prospettive non ha portato solamente dei vantaggi. È, sì, vero ch'esso rinsaldò il convincimento (già vivo nel giurista medievale) che una impostazione logicamente corretta delle questioni giuridiche giova a dare ai conflitti tra gli uomini una loro oggettività liberandoli così dall'arbitrio degl'istinti di violenza e degl'interessi propri d'ogni uomo; ma fece anche nascere il pericolo di caricare di motivazioni dottrinali — e, per ciò stesso, di fanatizzare — le lotte fra i popoli ed i contrasti all'interno dei singoli Stati, ed aprì per primo la strada all'affermarsi dell'utopia sociale e politica. L'aprirsi di queste nuove possibilità recò alla vita europea tutti gli splendori e tutte le miserie di quell'*amor intellectualis* che può esser capace di grandi creazioni ma anche di grandi distruzioni: quel lasciar l'ultima parola alla decisione della coscienza con tutta la sua terribile libertà da ogni possibile condizionamento ed insieme con tutta la sua irripetibile nobiltà morale. Il Giusnaturalismo ha così segnato sul profilo spirituale dell'Europa un altro tratto, ammirevole per un verso e per un altro fatale.

Il primo effetto immediato di questo movimento di pensiero fu la fondazione razionale di tutte le possibili posizioni costituzionali dell'Età Moderna. La sovranità dei Principi e quella popolare, la potestà signorile e le libertà delle classi e delle comunità religiose, le pretese totalizzanti della Nazione moderna e quelle di libertà dell'individuo: tutte han dovuto impegnarsi per trovare un argomento di diritto naturale su cui fondare le loro pretese di vigore: effetti, questi, che non vennero meno col superamento dell'antico diritto naturale pre-critico operato dal Kant. Anche nella metafisica hegeliana dello Stato, e nel rovesciamento che di questa metafisica fece il Marx, sopravvive integro quel modo giusnaturalistico d'intender la società come una sorta di *logos* razio-

nale. Certo, nessun'altra cultura sarebbe stata disposta a far influenzare, in modo così incondizionato, le proprie scelte fondamentali dalle imposizioni d'una siffatta razionalità normativa <sup>(86)</sup>.

2. Se torniamo ad esaminare più da vicino gli effetti sul piano della storia del diritto, constatiamo che son proprio stati i lineamenti metodico-sistematici del Giusnaturalismo e la sua emancipazione dalla teologia morale a caratterizzare gli effetti del diritto naturale moderno nella vita del continente europeo. Come *teoria*, esso affrancò definitivamente la scienza giuridica dalle *auctoritates* medievali conferendole una sua intrinseca sistematicità ed un suo proprio metodo dogmatico consistente nella capacità di costruirsi sul fondamento d'un complesso di concetti generali; in quanto *istanza pratica*, esso conferì, alla critica del diritto dapprima ed in sèguito alla stessa legislazione, nuovi parametri etici. Se poi si scende più nei particolari, ci si accorge che gli effetti furon certamente assai diversi nelle singole parti del diritto.

a) Poichè i rapporti fra i popoli non son soggetti ad una normativa cogente, il diritto naturale ha avuto da sempre modo di mostrare nel campo del diritto delle genti <sup>(87)</sup> la sua capacità di dar fondamento ad un complesso di regole razionali munite di generale vigore. Gli argomenti di diritto naturale sogliono emergere ed affermarsi specialmente quando vengon meno le comunità internazionali fondate su una loro effettività storica <sup>(88)</sup>. Ed anche il Giusnaturalismo non si distaccò da questa regola: perchè fu indotto a ricostruire un sistema cogente di diritto

---

<sup>(86)</sup> WIEACKER, *Fortwirkungen*, cit., pp. 383 ss. Il razionalismo proprio dell'arte politica classica dei Cinesi (su cui cfr. A. WALEY, *Three Ways of Thought in Ancient China*), alla quale è estraneo sia l'idealismo platonico che il legalismo dell'idea di diritto propria della tradizione romanistico-europea, deriva chiaramente da un diverso modo d'intendere la naturale legalità della convivenza umana.

<sup>(87)</sup> Cfr. *supra*, p. 392, nt. 32.

<sup>(88)</sup> È, in questo senso, caratteristico l'irrompere del diritto naturale dei Sofisti nel momento in cui venivano meno i fondamenti religiosi della più antica esperienza giuridica riflessa, com'è drammaticamente chiarito nel celebre dialogo degli Ateniesi con gli abitanti di Milo narrato da Tucidide (V, 84).

internazionale <sup>(89)</sup>, quando l'unità del *Corpus Christianum* si fu infranta con le guerre di religione <sup>(90)</sup>, dal contatto con le diverse civiltà dei continenti colonizzati <sup>(91)</sup> e dalle nuove stelle sorgenti del potere politico ed economico <sup>(92)</sup>. In ordine a questa funzione, è sintomatica la circostanza che entrambi i gruppi di Potenze che si contesero il predominio del mondo — la Controriforma spagnola e il Calvinismo atlantico — si siano scambiate tra loro le armi spirituali <sup>(93)</sup> (si pensi alla lotta di liberazione dei Paesi Bassi a partire del 1571, alla sconfitta dell'Invincibile Armata nel 1588, al *Test Act* inglese del 1651, alla Gloriosa Rivoluzione del 1688, alla Pace di Utrecht del 1713). Il Diritto delle genti di Grozio è quasi impensabile senza i teologi morali e gl'internazionalisti del Cinquecento: e proprio nel campo del diritto internazionale il sistema giusnaturalistico è per la prima volta diventato diritto immediatamente vigente.

Il nuovo diritto, avendo tra le questioni da risolvere anche quelle della proprietà delle risorse naturali e dei rapporti commerciali tra gli Stati, ha elaborato anche alcuni fondamentali modelli normativi privatistici.

b) Per quanto riguarda la teoria generale del diritto pubblico (*Verfassungstheorie*) — il problema, cioè, dei rapporti del singolo e delle società intermedie (classi, chiese e corporazioni) con lo Stato (vale a dire col sovrano) — il

---

<sup>(89)</sup> REIBSTEIN, *Die Anf. d. mod. Völkerrechts*, pp. 149 ss., 177 ss.; WELZEL, 167. Le differenze di religione, di confessione o di nazionalità devono avere per il giusnaturalista la medesima importanza che ha per un musicista il fatto di portare o no la barba (PUFENDORF, *Eris Scandica*, pp. 203 ss.).

<sup>(90)</sup> WELZEL, 167. Caratteristica è, ancora, la polemica del Pufendorf col teologo lipsiense e tardo-scolastico Valentino Alberti (*Compendium iuris naturalis*, I, §§ 14-19) sulla obbligatorietà dell'etica sociale e giuridica che forma il contenuto del diritto naturale al disopra delle differenze di confessione o di scuole teologiche: WELZEL, pp. 201 s.; cfr. *infra*, p. 468.

<sup>(91)</sup> Cfr., per qualche non inutile riferimento, HÖFFNER, *Christentum u. Menschenwürde*, 1947, partic. pp. 225 ss., 229 ss., 299 ss., 307.

<sup>(92)</sup> Cfr. proprio per questa materia, le penetranti notazioni del DAHM, DR, p. 111 (per il Grozio); cfr. anche *infra*, pp. 439 ss., 444.

<sup>(93)</sup> WELZEL, p. 166 (a proposito della argomentazione di diritto naturale a cui si ricorreva per giustificare la supremazia della potestà spirituale su quella temporale).



diritto naturale si è da sempre dato carico di fare una critica « traspositiva » o di trovare una giustificazione per ogni determinata struttura costituzionale. Come nel diritto internazionale, questo compito ha assunto una rilevanza primaria e decisiva nei momenti in cui sono entrate in crisi le grandi strutture storiche del potere coi loro assetti costituzionali (la *polis* greca, la *res-publica* romana, l'impero medievale). Anche nelle teorie pubblicistiche del Giusnaturalismo fu accolto il principio che il diritto naturale rappresenta, non tanto una « visione del mondo » (*Weltanschauung*) e quindi un postulato avente un contenuto suo proprio, quanto piuttosto un metodo per dar fondamento al diritto vigente, il quale — proprio per il suo essere uno strumento logico generalmente utilizzabile — crea un legame anche tra coloro che compiono scelte politiche di segno opposto. Così, il diritto naturale ha dato ad un tempo il necessario supporto spirituale all'opposizione delle antiche classi e delle corporazioni nei confronti dell'assolutismo principesco, come anche nella lotta degli Stati Generali contro la corona spagnola, degli Ugonotti e dei Cattolici ortodossi contro quella francese <sup>(94)</sup>, dei Comuni inglesi e delle tredici Colonie nordamericane contro quella britannica. Se è vero che proprio in queste battaglie il diritto naturale ha attinto il sommo grado del suo splendore riuscendo a lungo andare vittorioso, non si può nemmeno negare che l'Assolutismo principesco, che in queste lotte era attestato nella trincea opposta, abbia resistito attingendo ad argomenti fondati anch'essi sul diritto naturale e tratti dalle riflessioni d'un Machiavelli d'un Bodin o d'un Hobbes <sup>(95)</sup>. E, alla fine, anche la Sovranità popolare emersa dalla Rivoluzione francese o rivendicata dai Federalisti americani (Jefferson) fu affermata sulla base di fondamenti giusnaturalistici: la *volonté générale*, in quanto volere spontaneo e permanente della maggioranza, ingloba in sé — come ragione generale — il diritto dei singoli delle società intermedie e della minoranza <sup>(96)</sup>. E la

---

<sup>(94)</sup> NÜRNBERGER, *Die Politisierung d. franz. Protestantismus*, 1948, pp. 16 s.; R. SCHNUR, *Die französ. Juristen*, cit. Sui « monarcomachi » scozzesi si può vedere TREUMANN, *Die Monarchomachen. Eine Darstellung d. verschol. Staatslehren d. 16. Jhs. (1573-1593)*, 1895; ERIK WOLF, p. 194.

<sup>(95)</sup> DAHM, p. 112.

<sup>(96)</sup> Sull'effetto distruttivo avuto dal Rousseau sugli antichi privilegi di

forza dirompente degli argomenti giusnaturalistici è sopravvissuta, intatta pur se spesso dissimulata, fino ad oggi nelle tensioni ancora irrisolte tra Liberalismo e Democrazia totale, tra Stato borghese di diritto e Stato sociale, tra Individualismo economico e Socialismo, tra Federalismo e Unità statale.

c) Nel campo del diritto privato, infine, il Giusnaturalismo si volse contro quegli aspetti del diritto vigente, ch'esso trovava necessariamente dissonanti da una generale razionalità giuridica: contro il potere, la tradizione e le autorità sociali e scientifiche. Anche in questa materia la funzione critica del Giusnaturalismo emerse quando nell'esperienza giuridica tradizionale i modelli tralatizi ebbero cominciato a vacillare; e proprio in questo contesto esso riuscì ad affrancare la scienza privatistica dai vincoli condizionanti che la legavano alle fonti romane e alle vecchie *auctoritates*, aprendole nel contempo — con la sua nuova visione d'insieme — la via verso la costruzione d'un impianto sistematico autonomo ed originale <sup>(97)</sup>.

aa) Il Giusnaturalismo creò anzitutto la condizione principale per un adeguamento della scienza giuridica alla nuova filosofia europea; condizione consistente nell'affrancamento della politica del diritto dalla sudditanza all'incombente modello romanistico. In questo modo fu possibile dare maggior consistenza anche a quei contenuti giusnaturalistici dello stesso diritto romano, che erano ripetutamente emersi sia nella giurisprudenza classica che nella scienza bizantina, presso i Glossatori e sotto l'influsso del diritto canonico; e, al tempo stesso, si poté dar libero corso anche ai diversi filoni di tradizione non romanistica. È, bensì, vero che,

---

classe cfr. già O. v. GIERKE, *Althusius*, pp. 16 s.; F. HAYMANN, NOLTE, ZSS, RA, LXVII (1949), pp. 621 s. Ma dopo cfr. O. VOSSLER, *Rousseaus Freiheitslehre*, 1962, pp. 208 ss., 320.

<sup>(97)</sup> Un importante effetto collaterale fu che il Giusnaturalismo in Germania valorizzò, spesso ancor più spregiudicatamente di quanto non avesse fatto l'*Usus modernus*, quelle istituzioni proprie della tradizione giuridica tedesca che gli apparivano, se confrontate ai suoi modelli razionali, superiori rispetto a quelle proprie della tradizione romanistica: cfr. H. FEHR, *Die Ausstrahlungen d. Naturrechts d. Aufkl.*, 1938; THIEME, ZSS, GA, LVI (1936), pp. 229 ss. e partic. pp. 57, 305 ss.; H. MITTEIS, *ibid.*, LXIII (1943), pp. 137 ss.; riserve a proposito di questi effetti le abbiám fatte *supra*, p. 399, nt. 59.

nel suo momento teorico-sistematico, il Giusnaturalismo non considerò in modo adeguato la socialità e la storicità del diritto; ma è pur innegabile il contributo ch'esso recò ad un rinnovato studio degl'istituti giuridici e delle istituzioni di conio non romanistico. Come spesso accade, pur se rivestita dei panni d'uno spirito dei tempi apparentemente privo di senso storico, trovò così modo d'emergere l'etica del tempo con tutta la sua vitalità storica <sup>(98)</sup>.

*bb)* Ma il contributo fondamentale che il Giusnaturalismo dette al diritto privato europeo fu certamente la sua *s t r u t t u r a s i s t e m a t i c a*. Fino ad allora la civilistica europea era stata una scienza esegetica paga di poter commentare singoli testi, e tale era rimasta dopo ch'eran falliti i progetti umanistici d'un rinnovamento dell'assetto sistematico <sup>(99)</sup>. Al contrario, per il Giusnaturalismo razionalistico dal Hobbes e dal Pufendorf in poi, la dimostrazione logicamente coerente d'un sistema organico ed in sè compiuto diventò proprio la pietra di paragone su cui saggiare la solidità dei propri assiomi metodologici. Quando, a partire dal Settecento, il Giusnaturalismo cominciò a metter ordine nelle strutture normative vigenti, riuscì a trasmettere loro quel modello sistematico che ha dominato, e continua ancor oggi a dominare, codici e manuali di tutto il Continente <sup>(100)</sup>.

Insieme al sistema la scienza giuridica positiva recepì dal Giusnaturalismo anche la sua rivalutazione del *c o n c e t t o*. In una teoria che, nell'arengo della razionalità, pretendeva di dimostrare i propri assunti con rigore matematico, il concetto generale assunse una dignità metodica tutta nuova. Esso non era più, come un tempo, un mero sussidio topico, una sorta di accorgimento esegetico per armonizzare

---

<sup>(98)</sup> Cfr. le felici pagine del BEYERLE, *Der andere Zugang zum Naturrecht*, Dt. Rechtswiss., IV (1939), pp. 3 ss.

<sup>(99)</sup> Cfr. *supra*, pp. 241 s.

<sup>(100)</sup> Per la Germania basta rinviare alla seguente bibliografia essenziale: A. B. SCHWARZ, ZSS, GA, XLII (1921), pp. 578 ss.; più in generale COING, *Gesch. u. Bedeutung d. Systemged.*, cit.; ID., *Zur Gesch. d. Privatrechtssys.*, cit.; e, poi, CHARMATZ, *Zur Geschichte u. Konstruktion d. Vertragstypen im Schuldrecht*, 1937; JENTSCH, *Die Entwickl. von Einzeltaibest. d. Deliktsrechts zur Generalnorm*, 1939; H. BRANDT, *Eigentumserwerb u. Austauschgeschäft*, 1940, pp. 55 ss.; DUBISCHAR, *Über d. Grundl. d. schulstyl. Zweiteil.*, 1961, pp. 24 ss., 41 ss., 48 ss., 58 ss.; cfr. anche *infra*, pp. 441 ss. (Grozio), 472 ss. (Pufendorf) e 490 (Nettelblatt).

tra loro testi diversi; ma diventava il simbolo espressivo fondamentale della tendenza propria della scienza giuridica a darsi un assetto logicamente rigoroso. Soprattutto nella sua ultima fase il Giusnaturalismo considerò suo compito irrinunciabile una « dimostrazione » degli istituti giuridici che pretendeva di eguagliare l'evidenza logica della prova matematica, e perciò un discorrere ininterrotto dai concetti generali a quelli particolari: una *demonstratio more geometrico* corrispondente nel titolo e nell'andamento argomentativo alla metafisica spinoziana che aveva trovato espressione, per l'appunto, nell'*Ethica more geometrico demonstrata* <sup>(101)</sup>.

Attraverso l'opera degli scolari giuristi di Christian Wolff queste esigenze furon recepite in modo irreversibile nel programma della scienza civilistica: la giurisprudenza dei concetti ottocentesca fu sostanzialmente il termine finale di questo itinerario conoscitivo che aveva preso le mosse dalle riflessioni di Galileo e di Cartesio.

cc) Il punto di emersione di questo sistema furono gli antichi schemi dell'antropologia morale, su cui il diritto naturale aveva da sempre fondato la pensabilità del vincolo contrattuale, del vigore delle norme giuridiche e del dovere di compiere una prestazione. Questi schemi tornarono utili anche per l'elaborazione delle teorie privatistiche del soggetto di diritto, della dichiarazione di volontà e del negozio giuridico che nei secoli precedenti la dottrina del Diritto comune aveva talvolta adombrato allusivamente come principi generali <sup>(102)</sup>. Questi, che ancor oggi rappresentano dei capitoli fondamentali d'una dogmatica giuridica vincolante (cfr. §§ 1 ss., 104 ss., 305 BGB), altro non sono — malgrado l'immensa elaborazione preparatoria compiuta dalla scienza giuridica romanistica e canonistica del Medioevo e dell'età dell'*Usus modernus* — altro non sono, dicevamo, che « diritto di ragione » (*Vernunftrecht*) diventato ormai parte assolutamente integrante della scienza giuridica positiva.

3. Ancor più significativo è l'effetto globale avuto dal Giusnaturalismo sulla cultura giuridica moderna. Dopo la riscoperta del *Corpus Juris Civilis* le mutazioni apportate dal Giusnaturalismo nella coscienza giuridica e politica dell'Età moderna, e le riforme e le rivoluzioni che da queste mutazioni de-

<sup>(101)</sup> Cfr. *infra*, pp. 465 s.

<sup>(102)</sup> Cfr. *supra*, p. 344.

rivarono, rappresentano forse il più ragguardevole esempio storico della forza rivoluzionaria che può sprigionarsi da una teoria metodologica. Anche la fede nella Ragione ha smosso le montagne. Certo, se si guarda nei dettagli, ci si accorge che lo svolgimento, il centro di gravità e il *pathos* politico di questi movimenti furon diversi in ognuno dei principali Paesi d'Europa.

a) In Germania — e analogamente nell'Europa nord-orientale — il Giusnaturalismo esercitò il suo influsso sul diritto positivo attraverso una serie di riforme autoritarie: esso divenne, per via della consuetudine delle Corti coi pensatori giusnaturalisti e dell'educazione illuministica della burocrazia, l'etica politica e il programma di governo dell'Assolutismo illuminato. La constatazione, a prima vista sorprendente, che non è stata l'Europa occidentale — la patria, cioè, della filosofia cartesiana e del nascente Illuminismo — a sperimentare i primi effetti del Giusnaturalismo sulla vita pubblica, ma piuttosto la Germania — e soprattutto le regioni più orientali, quali la Prussia e l'Austria — può essere spiegata col fatto che in queste terre le radici storiche della tradizione popolare e l'autocoscienza delle antiche classi feudali erano più superficiali, oppure (coma accadde in Austria) si trovarono a fare i conti con un Assolutismo più deciso e di tendenze più innovatrici che nell'occidente dell'Europa in genere e della Germania in specie.

Qualcosa di simile accadde nella Russia di Pietro il Grande, che d'un tratto si trovò strappata ad un'atmosfera da Basso Medioevo bizantino ed inserita nel clima dell'Illuminismo occidentale; e nelle regioni iberiche, dove nel Settecento si scatenò la rivolta contro ogni forma di signoria ecclesiastica.

Nell'Europa Centrale ebbero la ventura d'incontrarsi, nel Brandeburgo ed in Prussia, l'etica della responsabilità professata dai governanti calvinisti con quella passiva dei sudditi d'un paese di fede luterana <sup>(103)</sup>. Qui fu per la prima volta stretta quell'alleanza

---

<sup>(103)</sup> Per questo cfr. O. HINTZE, *Kalvinismus u. Staatsraison in Brandenburg zu Beg. d. 17. Jhs.*, Ges. Abh., III, 2, 1967, pp. 255 ss.; ÖSTREICH, *Calvinismus, Neustoizismus u. Preussentum*, JbGeschMitteluOstd, V (1956), pp. 157 ss.; ID., *Politischer Neustoizismus und Niederländische Bewegung in Europa*, in: Bijdragen

tra la Corona e l'Illuminismo che poi, sotto l'influsso della cultura francese e della filosofia di Christian Wolff, fu portata avanti da Federico il Grande e dai suoi collaboratori. Di qui le riforme illuministiche raggiunsero gli altri Stati tedeschi, i territori governati da regimi ecclesiastici della Germania sud-occidentale ed infine la Baviera. In Austria queste riforme trovaron compimento nel reggimento illuminato di Giuseppe II. Sulla spinta proveniente dalla Germania le riforme raggiunsero poi la Danimarca, mentre l'influsso francese le portò in Svezia. In entrambi questi Paesi i loro promotori caddero vittime delle rivolte dei nobili: nel 1772 fu giustiziato in Danimarca il Conte di Struensee e nel 1792 fu assassinato re Gustavo III di Svezia.

La costante debolezza dell'Illuminismo nell'Europa Centrale fu dovuta al fatto che per dare ordine ed armonia all'attività di governo esso pretese di usare insieme la ragione e l'umanità per un verso e per un altro la costrizione, alienandosi così — diversamente da quel che accadde nell'Europa Occidentale — gli aneliti di libertà morale e politica di più larghi strati della popolazione.

Questo discorso vale ancor di più per l'Illuminismo russo <sup>(104)</sup>; che, a parte qualche contraccolpo, continuò fin nell'Ottocento, cercando (inutilmente) di imbrigliare i grandi movimenti rivoluzionari di questo secolo.

b) Anche in Francia fu il Giusnaturalismo a dare un fondamento spirituale allo Stato moderno e al suo ordinamento giuridico: ma non si trattò certo d'un effetto riconducibile all'opera della Monarchia assoluta. In questo Paese, che pure fu ad un tempo una delle due patrie d'origine dell'Illuminismo ed il teatro dell'Assolutismo più coerente e rigoroso, la filosofia razionalistica del diritto e dello Stato rappresentò, non già il criterio di buon governo dei pochi appartenenti all'alta burocrazia, ma il sentimento di taluni strati libertari e scettici della nobiltà e della grossa borghesia che miravano ormai all'abbattimento

---

en mededelingen van het historisch Genootschap te Utrecht, LXXIX (1965), pp. 11-75; partic. pp. 56 ss.

<sup>(104)</sup> Sugli influssi del primo Illuminismo dell'Europa occidentale sui piani di riforma di Caterina di Russia cfr. THIEME, *Naturrecht u. eur. PrRG*, cit., p. 29.

d'una Monarchia che li aveva delusi e che s'era fatta troppo tardi illuminata <sup>(105)</sup>. Dalla ideologia giusnaturalistica non tardò a sprigionarsi nella borghesia francese un anelito di libertà; mentre di contro gli effetti di questa ideologia stentavano a farsi sentire sulla vita giuridica e costituzionale d'uno Stato sul quale continuò ad esercitarsi, fino alle soglie della Rivoluzione, l'egemonia d'un ceto di giuristi conservatori, della nobiltà terriera e dell'alto clero. Anche in Francia fu significativo, già nel Settecento, l'influsso dei principî giusnaturalistici sulla scienza del diritto privato <sup>(106)</sup>: ma, al contrario di quel che accadde in Germania, la vittoria della Ragione si ebbe — a prezzo di lotte, e non *per rescriptum principis* — già fin dal 1790 con le prime formulazioni costituzionali e coi primi tentativi legislativi della Rivoluzione portati poi a compimento da Napoleone: circostanze, queste, che hanno rappresentato uno dei principali fattori d'unità nazionale. Da questo momento il culto dell'ordine proprio dello Stato dell'Europa Centrale e l'anelito di libertà vivo nelle regioni dell'Europa occidentale sono state le due forze antagoniste su cui si è venuta fondando la morale pubblica in Europa (anche se il senso dello Stato proprio dei Francesi non riesce a nascondere le proprie origini legate all'Assolutismo centralistico) <sup>(107)</sup>.

c) Il confronto con l'Inghilterra giova a metter subito in rilievo il carattere razionalistico e rivoluzionario che il Giusnaturalismo assunse sul Continente europeo. Il risvolto politico del concetto giusnaturalistico di libertà ebbe modo di incidere più presto e più in profondità in Inghilterra che non sul Continente, dove l'Assolutismo stava vivendo la sua grande stagione <sup>(108)</sup>.

---

<sup>(105)</sup> A questo proposito cfr. MORNET, *Les origines intellectuelles de la révolution française*, Paris, 1933, pp. 17 ss., 47, 73, 112 ss.; M. GÖHRING, *Weg u. Sieg d. mod. Staatsidee in Frankreich*, 1946, partic. pp. 143 ss.

<sup>(106)</sup> THIEME, *Naturrecht*, cit., pp. 25 ss.; cfr. *supra*, p. 316 (per Domat e Pothier) ed *infra*, pp. 519 s. (per il *Code civil*).

<sup>(107)</sup> Per tutti cfr. GÖHRING, *Weg u. Sieg*, cit., pp. 246 ss.

<sup>(108)</sup> Sui fondamenti più antichi cfr.: FIGGIS, *Studies of Political Thought from Gerson to Grotius*, Cambridge, 1923; W. F. JACOB, *Sir John Fortescue and the Law of England*, Manchester, 1934, pp. 359 ss.; E. HEYMANN, ZSS, GA, LXVIII (1938), pp. 615 ss.; FRIEDMANN, *Legal Theory*, II ed., 1949, pp. 50 ss.; THIEME, *Naturr.*, cit., pp. 32 ss.; Su Hooker e Hobbes cfr. partic. PASSERIN

Il liberalismo (il liberalismo, non la democrazia) è stato creato la prima volta in Europa — si pensi al Montesquieu in Francia, allo Stein e al Gneist in Prussia — dal pensiero inglese. Ma nella stessa Inghilterra il diritto naturale non si è nè razionalizzato nè secolarizzato (se non in una misura assai modesta), ma è rimasto profondamente legato alla tradizione ed impastato di contenuti religioso-morali. In Inghilterra è stato proprio l'influsso dell'antico concetto giusnaturalistico del diritto alla resistenza ad impedire che attecchisse l'idea meccanicistica di Stato caratteristica dell'Assolutismo e della Rivoluzione Francese, o, per lo meno, a farla tramontare dopo la caduta degli Stuart del 1688: e non si dimentichi che sul Continente quest'idea è stata da sé sola capace di liberare tutta la carica rivoluzionaria ch'era insita nell'ideologia laica della Ragione.

Così — per la radicata avversione al sistema e alle concettualizzazioni generali propria dello spirito del diritto inglese — anche l'influsso teorico del Giusnaturalismo sulla scienza giuridica restò complessivamente limitato <sup>(109)</sup>. È significativo che la battaglia condotta da Geremia Bentham (1748-1832) contro il tradizionale metodo casistico dell'« invisibile » *Common Law* ed a favore di una codificazione razionalmente coerente <sup>(110)</sup>, che forse favorì le codificazioni continentali, non abbia però avuto nessuna eco nella sua patria d'origine. Mentre l'*equity*, nell'esercizio della

---

D'ENTREVES, *La teoria del diritto e della politica in Inghilterra all'inizio dell'età moderna*, Torino, 1929, pp. 17 ss.; ID., *Riccardo Hooker*, Torino, 1932; SCHEUNER, ZauslöffR, XIII (1950), pp. 575 s.; O. VOSSLER, *Stud. z. Erklär. d. Menschen- u. Bürgerrechte*, HZ, CXLII (1930); LEIBHOLZ, *Staat u. Gesellschaft in Engl.*, ora in: ID., *Strukturprobleme d. mod. Demokratie*, 1958, pp. 268 ss.; BOHATEC, *England u. d. Gesch. d. Menschen- u. Bürgerrechte*, 1956. Sulla Scozia cfr. P. STEIN, *Legal Thought in Eighteenth Century Scotland*, *The Juric. Rev.*, 1957, pp. 1 ss.

<sup>(109)</sup> Su questi è sempre da vedere il lavoro del BENSER, *Die Systematik d. Privatrechts in Blackstones « Commentaries »*, 1938, pp. 68 ss.; THIEME, *Naturr.*, cit., pp. 33 ss.; e, soprattutto, H. J. RINCK, *Das Naturrecht bei Blackstone*, 1952.

<sup>(110)</sup> *A General View of a complete Code of Law*, 1802; su cui cfr. HATSCHKE, ArchöffR, XXVI (1910), pp. 57 ss. (dove si ragiona anche degl'influssi sulla codificazione austriaca del 1811); WESENBERGER, pp. 133 ss.; e, soprattutto, J. VANDERLINDEN, *Code et codification dans la pensée de Jeremy Bentham*, *Tijdschr.*, XXXII (1964), pp. 45 ss.



giurisdizione originariamente ecclesiastica del Tribunale regio (*Chancery, King's Bench*), realizzò fin da principio i postulati etici del diritto naturale medievale in modo più libero e spregiudicato di quanto non avesse saputo fare il Diritto comune sul Continente <sup>(111)</sup>. La forza moralizzante e conservatrice del diritto naturale delle epoche precedenti ha dominato la tradizione dell'esperienza giuridica inglese assai più incisivamente del razionalismo laico proprio del Giusnaturalismo.

d) La fondazione degli Stati Uniti d'America, infine, può quasi esser definita una creatura spirituale di quel più antico Diritto naturale, in quanto ad essi — come, d'altronde, all'Inghilterra — fu tradizionalmente propria più l'idea religiosomorale che non quella laico-razionale di Diritto naturale. Nè si può dimenticare che il culto fiero dell'opposizione — ch'era pur sentimento naturale per dei dissenzienti religiosi — in una società di pionieri, i cui capi spesso avevan volontariamente lasciato la loro madrepatria per riguardo alla propria coscienza religiosa, tendeva naturalmente a rafforzarsi sempre di più fino a diventare quel culto del diritto e della libertà di cui si cercherebbe invano l'uguale nel Vecchio Mondo. Si capisce allora che, con questi sentimenti, opere giusnaturalistiche come quelle di Grozio e del Pufendorf del Vattel e del Berbeyrac fossero lette in America con autentica avidità <sup>(112)</sup>: e sotto il loro influsso — dopo quello già prima esercitato da Mably e da John Locke — il Washington e lo Hamilton guidarono l'insurrezione delle tredici Colonie atlantiche contro la Corona britannica. Solamente ad opera del Franklin e di Thomas Payne giunse qui dalla Francia quella nuova democrazia nazionale che riuscì poi col Jefferson ad affermare il suo predominio ed a comunicare alla originaria Federazione dei tredici Stati e alla loro antica anima liberale il senso democratico dell'unità che avrebbe loro infuso un autentico spirito di Nazione <sup>(113)</sup>. Ma il fondamento religioso della co-

<sup>(111)</sup> Cfr. *supra*, p. 146, nt. 22 e *infra*, II, p. 219, nt. 25.

<sup>(112)</sup> Sul grande influsso esercitato dal pensiero del Pufendorf negli Stati Uniti da John Wise (1652-1725) fino al presente cfr. la penetrante analisi del WELZEL, pp. 213 ss.; ID., *Festschr. Smend*, 1952, pp. 387 ss.; ed ancora ID., *Die Naturrechtslehre bei S. Pufendorf*, 1958, pp. 2 s. (dove si ragiona anche dei

scienza giuridica è rimasto ancora valido ed efficace, concorrendo fino al presente a determinare le grandi scelte politiche di quella Nazione. Ed è degno di nota che la scienza giuridica di quel Paese, nel quale gli effetti morali (e moralizzanti) del diritto naturale avevan raggiunto il massimo della loro forza estrinseca, avesse già prima profittato dell'efficacia razionalizzante e sistematizzante del Giusnaturalismo in misura certo non maggiore della madrepatria britannica.

---

suoi influssi in Europa, soprattutto in Francia). Sul Grozio cfr. ERIK WOLF, pp. 289 s. e 303; sugli influssi di Christian Wolff, del Vattel e del Burlamacqui cfr. anche THIEME, *Naturrecht*, cit., p. 30.

(118) O. VOSSLER, *Die amerik. Revolutionsideale in ihrem Verh. zu d. europäischen*, 1929; SAGNAC, *La fin de l'ancien Régime et la Révolution américaine*, Paris, 1941; R. PERRY, *Puritanism and Democracy*; FRIEDMANN, *Legal Theory*, cit., pp. 53 ss.; SCHEUNER, *op. ult. cit.* (cfr. *supra*, p. 422, nt. 108), p. 575, nt. 46.



## PIONIERI E FONDATORI DEL GIUSNATURALISMO

I. Orientamenti generali. — II. Oldendorp, la Seconda Scolastica spagnola e l'Althusio. — III. Ugo Grozio.

I. 1. Diversamente da quel che è successo in ogni tempo per la maggioranza di coloro che hanno creato o portato a compimento le diverse stagioni storiche della scienza giuridica europea, i pionieri del Giusnaturalismo razionalistico (*Vernunftrecht*) — come, più in generale, quelli della moderna cultura europea — non provenivano, nella generalità dei casi, dalle Università.

In questo tempo, nella rottura dell'unità religiosa, l'antica Università europea aveva vista andar perduta la propria unità spirituale. Così le Università della Controriforma, dirette per lo più dai Gesuiti, costituivano delle istituzioni educative rigorosamente disciplinate le cui ricerche davano risultati spesso assai significativi; mentre quelle luterane — il cui profilo tipico era stato pensato e tracciato da Melantone — erano dei centri di formazione umanistica destinate a preparare il personale sia ecclesiastico che laico per lo Stato territoriale di conio luterano.

Soltanto le Università riformate dei Paesi Bassi della Francia e della Germania occidentale (Heidelberg e Marburg) hanno solitamente offerto asilo alle nuove spregiudicate correnti di pensiero; da questo indirizzo si separarono le Università francesi dopo la sconfitta degli Ugonotti e quella di Heidelberg dopo la successione della casa di Wittelsbach.

Come gli stessi fondatori della scienza moderna basata sulla matematica — Galileo Cartesio Spinoza e Leibniz — anche i pionieri del Giusnaturalismo razionalistico erano uomini di estrazione borghese o patrizia, provenienti spesso da libere comunità repubblicane alla cui classe politica avevano talvolta appartenuto, e che poi avevano condotto una riflessione teorica su queste loro

esperienze pubbliche scoprendo così la loro vocazione di pensatori autonomi chiamati a svolgere una loro funzione del tutto indipendente rispetto alla cultura universitaria.

2. Questi pionieri ebbero la loro collocazione politica nei contrasti ideologici e di potenza che si scatenarono in Europa con la Riforma e che si placarono solamente nella lotta di Luigi XIV con la Grande Alleanza europea. Fintanto che queste contrapposizioni furon lotte di religione, i fronti della battaglia correvano tra Spagna Austria e Lega cattolica di Germania da una parte, e, dall'altra, Paesi Bassi, Stati riformati tedeschi, Svezia ed Inghilterra. La Francia fu dapprima divisa non meno dell'Impero; ma, appena i contrasti religiosi si furono risolti col ritorno d' Enrico IV alla Chiesa cattolica, essa aderì — per la propria politica estera — al fronte degli avversari degli Absburgo.

L'ultima fase, nella quale la coalizione anglo-absburgico-olandese si contrappose all'egemonia francese (1672-1713), fu caratterizzata, non più da queste idee, ma piuttosto dalla tendenza all'equilibrio delle Grandi Potenze e non fu, perciò, più in grado di dare un preciso orientamento allo scopo politico perseguito dalla riflessione dei Giusnaturalisti.

All'origine, però, queste lotte di potere erano al contempo anche controversie intorno al concetto stesso di diritto e di Stato: si trattava di scegliere tra la libertà religiosa delle antiche classi sociali che costituivano le libere Città, gli Stati Generali, i Comuni inglesi e la Fronda francese e — dall'altra parte — il centralismo assolutistico di Spagna, delle Corone di Francia e d'Austria e degli Stati principeschi di Germania. In questo quadro di contrapposizioni la Germania rappresentò certo un teatro assai importante ma, altrettanto certamente, non fu essa il punto nodale di questa lotta spirituale e culturale. Divisa, come fu, tra le due trincee, si ritrovò ad aver sempre la peggio, perchè non arrivò a far di se stessa nè una libera confederazione nè uno Stato assoluto ed unitario e si consolidò in una frammentazione di piccoli e medi Principati assoluti.

La posizione che in questi contrasti assunsero i pionieri del Giusnaturalismo non fu univoca. Di per sè, vista l'importanza

che questo movimento poteva avere per dare un fondamento alle antiche e alle nuove libertà, verrebbe fatto di supporre che questi suoi pionieri avessero scelto, in netta prevalenza, di militare per l'affermazione di queste libertà. Di fatto, invece, noi troviamo, sì, schierati da questa parte un Pierre Ramé ed un Althusio, un Vattel ed un Berbeyrac, e — in certa misura — anche un Grozio; ma in Bodin e in Hobbes noi troviamo invece dei portavoce dell'Assolutismo, negli Scolastici spagnoli dei paladini dell'antica ortodossia cattolica, nei pensatori luterani dei continuatori dell'aristotelismo tomistico, in Grozio una vittima del radicalismo democratico olandese. Come già ci è occorso di notare, questo si spiega col fatto che il Giusnaturalismo moderno traeva la propria forza dalla tradizione antica non meno che dai contrasti ideologici scoppiati con la Riforma e dalla lotta per la libertà ingaggiata dalle diverse classi in cui si era venuta stratificando la società dell'*ancien Régime*; e si spiega anche non dimenticando che l'Assolutismo cercò la propria fondazione nel Giusnaturalismo non meno di coloro che vollero invece affermare il principio della sovranità del popolo (nel suo insieme o nelle istituzioni in cui si articolava).

Posta questa limitazione, si può anche dire che la lotta per le libertà politiche e religiose finì, per la sua stessa essenza, col volgersi anche contro la Controriforma e l'Assolutismo e fu condotta con armi che erano rifiutate anche dalla morale autoritaria tipicamente luterana. I pionieri del Giusnaturalismo stettero dapprima dalla parte del Calvinismo politico <sup>(1)</sup> (si pensi all'Althusio,

---

(1) NÜRNBERGER, *Die Politisierung d. französ. Protestantismus*, 1948, pp. 16 s.; SCHEUNER, *Zauslöffer*, XIII (1950), p. 32. Questo rapporto, sotto il profilo della storia spirituale, può certamente non essere sottolineato oltre un certo limite. Tra l'altro non è possibile fornire la prova rigorosa ed inoppugnabile d'una comunità di contesto — sul piano religioso e psicologico — tra la predestinazione calvinistica e la « matematizzazione » delle scienze naturali o tra la « ascesi nel mondo » ed il razionalismo nelle scienze naturali. Su questi problemi cfr. BENSE, *Konturen einer Geistesgesch. d. Mathematik*, 1946, pp. 116 ss. e, soprattutto MAX WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, trad. it. di P. BURRESI, introd. di E. SESTAN, Firenze, 1965. Non son nemmeno da dimenticare, per il loro significato contrastante con una visione di questo tipo, le origini platonico-idealistiche del razionalismo scientifico: cfr., per avere una sintesi ben altrimenti fondata anche dal punto di vista della storia delle religioni, JASPERS, *Nietzsche*, cit.

allo stesso Grozio; e, più tardi, al Milton e a John Locke, agli Americani e al Rousseau); loro patrie d'elezione furono Ginevra, i Paesi Bassi, il vicino Emden, l'Inghilterra e gli Stati Uniti; il clima loro congeniale fu il vento salso dei mari aperti sui quali si difendeva la libertà contro i mercenari al soldo dei Principi (2); i luoghi dove s'era formata la loro cultura erano i Paesi Bassi, la Svizzera (3), in Germania Heidelberg e le più modeste Università riformate come Herborn, Duisburg o Bürgsteinfurt. La forma giuridica in cui più che in ogni altra amarono riconoscersi fu la sovranità del Comune calvinistico governato dagli Anziani, da cui nasceranno poi le affermazioni vittoriose della sovranità popolare negli Stati Uniti ed anche in Francia (se vogliamo riconoscere al Rousseau un influsso tanto decisivo).

II. 1. I precursori del Giusnaturalismo in Germania affondavano le loro radici culturali nell'Umanesimo e nella Riforma. L'Umanesimo giuridico non aveva solamente contribuito alla riforma dell'insegnamento attraverso la rifondazione sistematica di tutta l'esperienza giuridica; ma, più in generale, era riuscito anche a rimettere in discussione — con la sua gnoseologia — anche il rapporto tra diritto ed equità (*aequitas, epieikia*) (4). Nel contempo Lutero aveva riproposto il problema della giustificazione, dell'autorità e del diritto positivo nel momento stesso in cui vi aveva sostituito la questione tutta religiosa della giustificazione nei confronti di Dio (5). Entrambi questi influssi si fecero sentire nel pensiero di Giovanni Oldendorp (1486[?]-1567) (6), che fu ad un tempo giurista filosofo del diritto ed uomo politico.

(2) Sulle premesse « geopolitiche » di questo modo di sentire che potremmo chiamare « atlantico » cfr. C. SCHMITT, *Land u. Meer*, 1942, Recl. UnivBibl N. 7536, pp. 26 ss.

(3) Sul significato delle Università riformate di Ginevra e di Losanna e dei Giusnaturalisti che vi nacquero o vi esercitarono il loro influsso — Barbeyrac, Bourlamaqui, e Vattel — e sull'impronta che fu propria del più antico Giusnaturalismo olandese inglese e tedesco, in Europa e negli Stati Uniti, cfr. THIEME, *Naturr. u. eur. PrRG*, pp. 30 ss.

(4) Sul problema dell'*aequitas* nell'Umanesimo europeo è fondamentale il lavoro del KISCH, *Erasmus u. die Jurisprudenz seiner Zeit*, Basel, 1960.

(5) Cfr. *supra*, pp. 238 s.

(6) STINTZING, I, pp. 311 ss.; un'esposizione assai calda (affettuosa, quasi)

Nato ad Amburgo, dopo ch'ebbe studiato giurisprudenza a Rostock Colonia e Bologna (1508-1515), fu chiamato come professore ordinario ad insegnare a Gveifswald mentre cominciavano a levarsi i marosi della Riforma. Dal 1526 si dette interamente alla vita pubblica come Sindaco e come uomo politico della Riforma. Gli anni tempestosi che si vissero a Lubecca tra il 1534 e il '36 lo videro schierato dalla parte del Tribuno del popolo Jürgen Wullenweber, la cui sconfitta lo riportò a Francoforte e poi — nel 1539 — ancora a Colonia, che egli lasciò quattro anni più tardi, dopo la sconfitta che vi subì la Riforma. Una vecchiaia serena nella riformata Marburg gli consentì di chiudere tranquillamente una vita tanto travagliata.

Nel vivo di queste così complesse esperienze si venne formando un pensiero in cui confluirono in modo assai singolare l'antico senso anseatico del diritto la vivezza della sua fede di riformato e la sua raffinata cultura romanistica e storica (?).

a) La *Isagogè juris civilis* (pubblicata a Colonia nel 1539), certamente la prima trattazione di diritto naturale della Riforma indipendente dalla tradizione risalente alla Scolastica, ricerca il *jus naturale* come causa del diritto, poichè « tra tutte le scienze la scienza giuridica è del tutto oscura » e cioè priva d'un suo metodo, sicchè è necessario andare — per dir così — a ricercar la sorgente a monte del corso apparente delle acque. Se è vero che l'opera si colloca in quel filone di pensiero che considerava il diritto naturale come *ratio* [...] *insita in natura*, e che faceva propria la tripartizione tradizionale *jus divinum, naturale e civile*; è però anche evidente l'influsso di Lutero nella identificazione del *jus divinum* come « diritto dell'amore »<sup>(8)</sup>, del *jus naturale* come diritto della ragione naturale e infine del *jus civile* come ordinamento transitorio imposto dalla necessità. L'affermazione, ripresa da Melantone, che la rivelazione governa le cose divine e la ragione

---

e penetrante è quella di E. WOLF, GRD, 138 ss. (opere, 173 s., letteratura 174 ss.) ed ancora THIEME, *Die Basler Doktorthemen d. Joh. Althusius*, in: Festschr. Liermann, Erlangen, 1964, pp. 297 ss. Sulla sua dottrina della equità cfr. KISCH, *op. ult. cit.*, pp. 227-259.

(?) È giusto, perciò, che E. WOLF (*op. ult. cit.*) lo collochi prima, come rappresentante del pensiero giusnaturalistico riformato, dei veri e propri Giusnaturalisti Althusius, Grozio e Pufendorf. Il KISCH (*Erasmus*, cit., pp. 230 ss., 242), invece, tende a riconoscergli una minore autonomia.

(8) WOLF, GRD, pp. 144 s.



quelle profane preannuncia già il successivo emergere dell'autonomia del « diritto di ragione » (*Vernunftrecht*).

b) Nello scritto in lingua bassotedesca « *Wat billich un recht ys, eyne korte erklaring, allen stenden denstlick* » <sup>(9)</sup> viene dibattuto, in modo più aperto ed in stretta connessione con la logica aristotelica, il rapporto fra giustizia ed equità.

Questo diritto profano è per Oldendorp lo *strictum jus*, mentre quello il cui vigore non viene meno è l'equità. Essa è, per un verso ciò che è conforme alla volontà e alla parola di Dio, per un altro verso ciò che è utile al bene comune, e — infine — rappresenta il compimento stesso della legge quando sia impossibile creare una norma *ad hoc* per una determinata fattispecie: qualcosa di simile, insomma, a quel che oggi talora vien chiamata « giustizia della positività ». A ben vedere, si tratta forse d'una sintesi — saldamente coerente all'antica tradizione germanica — tra diritto naturale e diritto storico <sup>(10)</sup> che è stata poi estrinsecamente rivestita coi panni della teoria aristotelica dell'equità <sup>(11)</sup>.

c) Nello scritto intitolato « *Consigli per fare una buona politica* » (*Ratschläge zu einer guten Politie*) <sup>(12)</sup> Oldendorp delinea un'etica politica pratica che per un verso riprende l'antica tradizione degli « Specchi » destinati ai funzionari e a chi era chiamato a sedere nei diversi Consigli, e per un altro anticipa quelli che saranno invece — nell'Età barocca — gli « Specchi » dei Principi e gli scritti sulla Ragion di Stato.

2. Nell'ambito della Controriforma i teologi morali e i giuristi spagnoli <sup>(13)</sup> aprirono per loro conto la strada al Giusnaturalismo, nella misura in cui applicarono l'antica tradizione della

<sup>(9)</sup> Rostock, 1529. L'originale in basso-tedesco fu pubblicato dal FREYBE, *ZteschRw*, XIV (1878), pp. 100 ss.; il testo in nuovo-alto-tedesco, invece, è reperibile in ERIK WOLF, *Quellenbuch z. Gesch. d. dt. Rechtswiss.*, 1950, pp. 51 ss.

<sup>(10)</sup> WOLF, GRD, pp. 159, 162.

<sup>(11)</sup> Così anche il KISCH, *op. ult. cit.*, pp. 257 ss.

<sup>(12)</sup> *Van radtslagende, wo men gude Politie und Ordenunge und Sieden und landen erhalten möge*, Rostock, 1530; testo in nuovo-alto-tedesco in WOLF, *Quellenb.*, cit., pp. 69 ss.

<sup>(13)</sup> Sulla sua collocazione generale nella tradizione del diritto naturale risalente al pensiero di Tommaso d'Aquino, cfr. *supra*, pp. 402 s. La più recente letteratura tende a sottolineare il suo influsso sul Giusnaturalismo, soprattutto su Grozio.

Scolastica (soprattutto quella tomistica) all'insieme delle questioni giuridiche proprie del loro tempo — soprattutto di quelle di diritto internazionale e del diritto di guerra — che venivano ponendosi in rapporto alle guerre coloniali ed a quelle di religione <sup>(14)</sup>. Tra di loro anche i moralisti non furon solamente i custodi del patrimonio teologico precedente alla Riforma, ma furono al tempo stesso anche dei giuristi, tanto più che in quel periodo particolarmente splendido che fu il *Siglo d'Oro* tutti gli uomini di cultura facevano parte del clero o ci entravano in vecchiaia. In questo contesto quel che assume un significato del tutto particolare non è, perciò, tanto la prosecuzione dei diversi filoni di pensiero propri delle teorie sociali e politiche del Basso Medioevo <sup>(15)</sup>, quanto, piuttosto, il fatto che spesso venivano direttamente utilizzate per la riflessione le esperienze personali fatte nel vivo della guerra del commercio o dell'economia del tempo (si pensi ad Ayala, ch'era stato Auditore Generale nei Paesi Bassi o al Covarruvias).

Questa applicazione pratica al proprio tempo era resa possibile — da un punto di vista filosofico — solo a prezzo del tentativo

---

<sup>(14)</sup> Il suo influsso sul pensiero di Grozio è stato messo in rilievo in Germania già dal KALTENBORN v. STECHAU, *Die Vorläufer v. Hugo Grotius*, 1848; cfr. poi J. KOHLER, ARSP, 10, pp. 235 ss.; ID., ZfHandR, 50, p. 371. Più di recente meritano di esser menzionati i seguenti contributi: C. BARCIA TRELLES, *Francesco de Vitoria, Fundador del Derecho internacional*, Valladolid, 1928; E. DE HINOJOSA, *Los precursores español de Grocio*, AnHistDerecho, VI (1929), pp. 220 ss.; E. W. ALLEN, *Political Thought in the Sixteenth Century*, 1928; J. BROWN SCOTT, *The Spanish Origin of International Law*, 1934; ID., *Vitoria et Suarez. Contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, 1939; J. HÖFFNER, *Christentum u. Menschenwürde*, 1947; F. PUIG PEÑA, *La influencia de F. de Vitoria en la obra de Hugo Grocio*, Madrid, 1947; REIBSTEIN, *Die Anfänge d. neueren Völkerrechts* Bern, 1949, pp. 1 ss.; ID., *Joh. Althusius als Forsetzer d. Schule v. Salamanca*, 1955, pp. 17 ss. Riserve in E. WOLF, p. 190; THIEME, ZSS, GA, LXX (1953) pp. 230 s. Contro una sopravvalutazione di quest'influsso (cfr., per questo, SAUTER' *Die philos. Grundl. d. Naturr.*, 1930 e ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr d. N.*, II ed., 1947, p. 71) hanno preso posizione, non senza buon fondamento, il THIEME, *Naturr. u. eur. PrRG*, cit., pp. 19 s. e soprattutto il WELZEL, 163 ss.; cfr. anche REIBSTEIN, *Althusius*, cit., p. 26. Cfr. *infra*, p. 440, nt. 33.

<sup>(15)</sup> Per queste cfr. tra tutti WELZEL, pp. 136 ss., secondo il quale Francisco Vitoria e Gabriel Vasquez difendono uno stretto oggettivismo assiologico, mentre a Ferdinando Vasquez egli attribuisce un suo proprio orientamento ispirato al fenomenalismo.

— metodologicamente certo discutibile, ma che aveva dei precedenti che risalivano fino al pensiero stoico — del tentativo, dicevamo, di arrivare, partendo da principi generali, a formulare dei « principi intermedi » o delle « conclusioni », vale a dire dei precisi precetti di diritto naturale <sup>(16)</sup>.

Con ciò non si vuol certo sminuire il contributo dato da questi personaggi alla cultura giuridica europea; perchè, anzi, proprio a costo di questo non piccolo rischio culturale, essi riuscirono ad essere animatori così efficaci del Giusnaturalismo europeo.

I più importanti tra questi teologi-giuristi sono: Francisco Vitoria <sup>(17)</sup> († 1546), Domenico de Soto († 1560); fra i giuristi Fernando de Vasquez <sup>(18)</sup> († 1568), il Covarruvias (1512-1577) e l'Ayala (che più tardi abbracciò lo stato ecclesiastico); ed infine son da ricordare i moralisti Gabriel Vasquez († 1604) e Francisco Suarez († 1617) <sup>(19)</sup>.

3. Un più alto patrimonio di tensioni ideali fu offerto, al nascente Giusnaturalismo, dalla Riforma che veniva affermandosi nei Paesi Bassi, in Francia, a Ginevra e nei territori della Germania occidentale, dove, nella battaglia tra Riforma e Contro-riforma (in quella che il Dilthey chiamò « età eroica del Calvinismo »), si venivano variamente contrapponendo anche argomentazioni di conio giusnaturalistico per dare un fondamento suffi-

<sup>(16)</sup> Le principali riserve filosofiche a questo modo di procedere sono indicate dal WELZEL, pp. 145 s.

<sup>(17)</sup> Il celebre fondatore della Scuola di Salamanca. Su di lui, oltre agli scritti citati or ora alla nt. 14 (SCOTT, PEÑA) cfr. C. SCHMITT, *Der Nomos d. Erde*, 1950, pp. 61 ss.; REIBSTEIN, *Joh. Althusius*, cit., pp. 25 ss.; OTTE, *Das Privatrecht bei Franc. de Vitoria*, Köln-Graz, 1964, su cui cfr. le favorevoli osservazioni del TROJE, in *Tijdschr.*, XXIV (1966), pp. 296 ss.

<sup>(18)</sup> Sulla confusione che solitamente si fa tra lui ed il teologo Gabriel V. cfr. WELZEL, p. 136, nt. 9; e sarebbe di per sè confusione assai grave, perchè il giurista V. ispirò la sua riflessione al pensiero di Occam, mentre il teologo V. si rifece ad un rigoroso oggettivismo assiologico di stampo chiaramente tomistico.

<sup>(19)</sup> R. DE SCORAILLE, *Franc. Suarez de la Compagnie de Jésus*, Paris, 1912; C. BARCIA TRELLES, *Francisco Suarez*, Paris, 1933; J. B. SCOTT, *Suarez and the International Community*, 1933; cfr. anche gli scritti or ora citati alla nt. 14; è anche da vedere REIBSTEIN, *Joh. Althusius*, cit., pp. 36 ss. (per il Covarruvias) e 34 s. (per Domenico de Soto).

cientemente coerente alle affermazioni della sovranità popolare o di quella principesca. Il più significativo fra i fondatori della teoria moderna della sovranità popolare è universalmente ritenuto — dopo che Otto von Gierke l'ebbe ristudiato <sup>(20)</sup> ed il suo valore fu stato riconosciuto in tutta l'Europa occidentale — Giovanni Althusio (1557-1638) <sup>(21)</sup>.

Althusio, nato a Sayn da famiglia contadina, studiò a Basilea dal 1581; nel 1587 visitò Ginevra, la nuova Roma del Calvinismo, e poco dopo fu chiamato ad insegnare nell'università riformata di Herborn. Sindaco ad Emden dal 1604 fino alla morte, fu un paladino della città riformata nei suoi contrasti col Principe luterano, quando essa riuscì ad affermarsi grazie al vincolo che aveva stretto con gli Stati generali che per loro conto avevano già vinto la battaglia per la libertà.

a) Il capolavoro dell'Althusio è rappresentato dal suo Sistema della politica (*Politica methodice digesta*, opera pubblicata a Herborn nel 1604 che nel 1614 aveva già raggiunto la terza edizione) <sup>(22)</sup>. Con questo scritto l'Althusio — rifacendosi al *Defensor Pacis* di Marsilio da Padova, ma ispirandosi direttamente al concetto calvinistico di « Comune » — fondò la sua teoria della volontà popolare sovrana. Questo scritto, così ricco di implicazioni pratiche, sembra aver propiziato al suo autore la chiamata a Emden per svolgere compiti nei quali era possibile offrire una dimostrazione concreta del fondamento delle teorie che vi erano enunciate. Celeberrimo nell'età sua e combattuto dai suoi avversari luterani e cattolici con la taccia di « monarcomaco », l'Althusio ha esercitato più o meno direttamente il suo influsso dal Hobbes fino al Rousseau.

---

<sup>(20)</sup> Joh. Althusius u. d. Entwicklung d. naturr. Staatstheorien, IV ed., 1929 (trad. it. Torino 1943; reprint 1974). Riserve sono state sollevate dal HONIGSHEIM, *La doctrine allemande du Droit naturel aux XVIIe et XVIIIe siècles*, in: Archives de la Philosophie et de Sociologie Juridique, Paris, 1939, pp. 216 ss.

<sup>(21)</sup> C. J. FRIEDRICH, *Introduction to the Politica methodice digesta of Althusius*, Cambridge/Mass., 1932; REIBSTEIN, *Joh. Althusius*, cit.; ID., *Respublica Helvetiorum: Die Prinzipien d. eidgenöss. Staatslehre bei Josias Simler u. ihr Einfluss auf Althusius*, Bern, 1949; ERIK WOLF, GRD, pp. 177 ss.

<sup>(22)</sup> Per questo cfr. P. J. WINTERS, *Die « Politik » des Joh. Alth. u. ihre zeitgenöss. Quellen*, 1963.

b) Vicino, per quel che riguarda la teoria politica, ai Monarcomachi ugonotti, l'Althusio fu addirittura tributario del loro razionalismo antiscolastico nei suoi tentativi di rinnovamento metodologico. La « dicotomia metodica » dell'umanista riformato Pierre Ramé (1515-1572, vittima della Notte di S. Bartolommeo) influenzò sia lo scritto giovanile althusiano *De arte Jurisprudentialiae* (1586) — con le sue tabelle sinottiche e la sua costantemente reiterata ripartizione in *membra* e *species* — che la più matura ma meno originale *Dicaelogia Juris* (pubblicata nel 1617) con la sua appagante struttura sistematica. Prese le mosse di qui quella riduzione logica dell'etica sociale in schemi assiomatici che avrebbe in sèguito avuto tanta importanza per il Giusnaturalismo matematico. Ricorrendo ad un'immagine ch'era già stata familiare al primo Barocco spagnolo <sup>(23)</sup>, l'Althusio definisce il mondo un « meccanismo universale » (*tota mundi machina*): è già il dio del Deismo, « guidato da un Dio invisibile, operante logicamente, gl'impulsi della cui volontà sarebbero da riconoscersi nelle leggi naturali e d'onde si potrebbe cogliere la teleologia del suo piano sul mondo (la cosiddetta « macchina del mondo ») » <sup>(24)</sup>. C'è già, qui, la pretesa dell'uomo — in quanto immagine di Dio — di « governare la vita conoscendone razionalmente la naturale conformità ad un sistema normativo » <sup>(25)</sup>: una pretesa che avrebbe largamente giustificato l'effetto dirompente del pensiero razionalista sulla società moderna. Certo si è che già l'arida schematicità di questo sistema — che in questa materia non andava al di là dei progetti umanistici — dimostra che l'intima legalità che sarebbe poi stata tipica del Giusnaturalismo si sarebbe potuta raggiungere solamente grazie al contributo speculativo d'un Cartesio o d'un Galileo. Pur essendo stato, conforme al suo senso del diritto e al suo impianto metodologico, pioniere del Giusnaturalismo e della prima ideologia della libertà nella scienza pubblici-

<sup>(23)</sup> Ve ne son tracce nella poesia dell'epoca: Sor Ines de la Cruz (Messico, intorno al 1690) *primero sueno*, v. 164: « con que gobierna (*sc.*: la naturaleza) la aparatosa màquina del mundo »; sui presupposti filosofici e naturalistici cfr. KARL VOSSLER, *Die Welt im Traum*, 1946, pp. 12 ss.

<sup>(24)</sup> ERIK WOLF, GRD, p. 196; Sui presupposti medievali di questa visione meccanicistica del mondo, cfr. *supra*, p. 386, nt. 19 ss.

<sup>(25)</sup> ERIK WOLF, GRD, *loc. ult. cit.*; cfr. *supra*, pp. 390 ss.

stica tedesca, l'Althusio non riuscì tuttavia a superare le carenze critiche dell'Idealismo tardo-rinascimentale.

III. 1. È ormai gran tempo che, a ragione o a torto, il titolo di autentico fondatore del Giusnaturalismo viene attribuito a Ugo Grozio (Huig de Groot, 1583-1645) <sup>(26)</sup>.

Discendente di famiglia patrizia e nato a Delft, ricevette a soli diciassette anni il dottorato ad Orléans dalle mani d' Enrico IV, ed entrò subito nella carriera pubblica al servizio del suo Paese — degli Stati d'Olanda, cioè — la più potente delle sette provincie nordiche dei Paesi Bassi che nella Unione di Utrecht s'eran liberate dal dominio della Corona di Spagna. Nel 1613, mentre era Segretario di Stato (*Raadspensionaris*) degli Stati d'Olanda, essendo sostenitore degli *Arminianer* (un movimento politicamente conservatore e favorevole al compromesso in materia religiosa) venne in urto col partito democratico-riformato che godeva il favore della Casa di Orange e fu coinvolto nella sanguinosa catastrofe del capo della sua fazione Oldenbarnevelt <sup>(27)</sup>; nel 1619 fu condannato all'ergastolo, donde evase avventurosamente nel 1621 nascosto — con l'aiuto della moglie — in una cassa di libri. Accolto con onore in Francia, non vi trovò un'occupazione adeguata, sicchè nel 1634 passò al servizio della Svezia, ma anche come ambasciatore della Corona svedese a Parigi rimase un personaggio di scarso rilievo. Nel 1645 ruppe questo rapporto con la Svezia; e nello stesso anno, dopo un naufragio che lo colse mentre era in mare alla volta di Lubeca, morì di stenti a Rostock, dove i suoi resti mortali rimasero lungamente custoditi nella Chiesa dedicata

---

<sup>(26)</sup> Della sterminata letteratura su Grozio (della quale offre un saggio ERIK WOLF, GRD, pp. 305-310), nella prospettiva che è propria di questa nostra esposizione, basterà ricordare — oltre al profilo esauriente e vivo di ERIK WOLF, GRD, pp. 253-303 — le seguenti opere: LANDSBERG, III, 1, pp. 1 ss.; LEE, *Hugo Grotius*, London, 1930; MEYLAN, *Grotius et l'Ecole du droit naturel*, Lausanne, 1946; W. J. VAN EYSINGA, *Hugo Grotius*; OTTENWÄLDER, *Zur Naturrechtslehre d. H. Grotius*, 1950; G. BOEHMER, *Grdl. d. bürg. R.*, II, 1, 1951, pp. 155 ss.; H. WEHBERG, *Hugo Grotius*, 1956; REIBSTEIN, *Die Anfänge*, cit., pp. 9 ss.; SCHÖNFELD, *Grundlegung d. Rechtswiss.*, pp. 313 ss.; DEL VECCHIO, *Grotius u. d. Gründung d. internat. R.*, OstZöfR, XII (1965), pp. 352 ss.; WELZEL, pp. 185-194. È istruttiva la consultazione del catalogo della mostra *La vie et l'oeuvre de Grotius. Exposition de l'Institut Néerlandais*, Paris, 1965.

<sup>(27)</sup> Sull'intreccio dei rapporti costituzionali e di politica ecclesiastica connessi con questa catastrofe, cfr. WOLF, GRD, pp. 269 ss.; sulla prigionia e sulla fuga di Grozio, cfr. pp. 276, 278. Cfr. anche H. GERLACH, *Het proces tegen Oldenbarnevelt*, Haarlem, 1965.

alla Vergine (*Marienkirche*). La tragicità della vita di questo grande pensatore, che non ebbe in sorte un ugual successo come uomo di Stato, ne ha aumentato presso i posteri la fama, che è apparsa tanto più fulgida al confronto delle mille traversie che ne aduggiarono la vita. Le parole pronunziate in punto di morte da Gregorio VII — *dilexi justitiam, propterea morior in exilio* — non sarebbero certo parse esagerate sulle labbra del Grozio morente.

2. Grozio fu uno dei massimi teologi, umanisti <sup>(28)</sup> e giuristi del suo tempo. La sua grande fama di pensatore politico e di teorico del diritto è fondata particolarmente su tre opere:

a) La *Inleiding tot de hollandische Rechts- Geleerdheid* (edita nel 1631 e composta a partire dal 1619) <sup>(29)</sup>: una delle prime e delle più fortunate esposizioni d'un ordinamento giuridico nazionale nel contesto culturale del Diritto comune, quest'opera riesce in modo singolare a riunire in sé l'intima autonomia della visione storica propria dell'Umanesimo giuridico, il tradizionale senso del diritto e la personalissima visione etica del suo autore. È, questa, un'opera che non dovrebb'esser dimenticata da chi vuol correttamente interpretare il pensiero di Grozio in materia di diritto naturale e di diritto internazionale nella prospettiva del legame esistente tra questo pensiero e la tradizione scientifica e culturale del Diritto comune.

b) Lo scritto polemico di diritto internazionale *Mare liberum* (del 1609) — originato dalle pretese ispano-portoghesi al monopolio del commercio coloniale <sup>(30)</sup> — ebbe lo scopo di difendere gl'interessi del giovane Stato olandese, al quale, essendo privo di grandi risorse naturali, stava particolarmente a cuore la libertà

<sup>(28)</sup> Anche come erudito di storia giuridica: cfr. J. P. VERDAM, *Een Commentaar van Hugo de Groot op de Lex Romana Burgundionum*, Amsterdam, 1963.

<sup>(29)</sup> Edizioni: FOCKEMA-ANDREAE, *Inleiding tot de hollandse rechtsgeleerdheid van Hugo Grotius, mede aantekeningen*, IV ed., 1939; DOVRING-FISCHER-MEIJERS, Leiden, 1952 (su cui cfr. K. WELLSCHMIED, ZSS, GA, LXIX (1952), pp. 155 ss., e, più ampiamente, Tijdschr., XX (1952), pp. 389 ss.); WESENBERG, pp. 130, 132; VAN OVEN, Mem. Koscaker, I, pp. 269 ss.; H. W. F. D. FISCHER, Themis, 1952, pp. 598 ss.

<sup>(30)</sup> Durante l'annessione del Portogallo da parte della Spagna (1580-1640) queste pretese furon sostenute dalla Corona spagnola. Su i motivi cfr. WOLF, GRD, p. 267.

della navigazione e del commercio coloniale. Quest'opera mostra già nel giovane Grozio una singolare capacità di mettere l'argomentazione di diritto naturale al servizio d'un discorso giuridico non astratto ma concretamente legato ad una precisa situazione politica. Ad onta delle repliche che ne seguirono la pubblicazione (fra cui ricorderemo il *Mare clausum* di John Selden, comparso nel 1653 poco dopo la promulgazione del *Text Act* da parte del Cromwell), la «libertà dei mari» è rimasta una delle parole d'ordine più universalmente accolte del diritto internazionale moderno <sup>(31)</sup>.

c) La fama del Grozio artefice della nascita del diritto naturale e del diritto internazionale dell'Età Moderna <sup>(32)</sup>, però, è fondata sui suoi celeberrimi *De jure belli ac pacis libri tres* (terminati nel 1623, due anni dopo la sua evasione dal carcere). L'interesse immediato di questo capolavoro consiste nell'aver costruito un diritto delle genti sovranazionale e sovraconfessionale, non più derivato direttamente — cioè — da una precisa tradizione teologico-morale. In mancanza d'un'autorità sovraordinata sul piano spirituale o su quello positivo nel campo del diritto internazionale (svincolato, com'esso era, da qualunque possibile coazione giuridica), era necessario costruire un sistema partendo dalla precisazione dei presupposti stessi della sopravvivenza e dal riconoscimento di un diritto naturale di per sè vincolante nei confronti di tutti gli uomini. Il grande merito di Grozio fu di fondare questo diritto naturale, non già — come avrebbero fatto in sèguito i Giusnaturalisti — su dei semplici assiomi, ma sulle testimonianze che era dato raccogliere dall'esperienza giuridica di tutta l'umanità e che di fatto potevano esser messe a profitto da un uomo che aveva una così vasta cultura da poter spaziare tranquillamente nella tradizione teologica come in quella umanistica o in quella romanistica.

<sup>(31)</sup> Per questa materia cfr.: BOSCHAN, *Der Streit um d. Freiheit d. Meere im Zeitalter d. H. G.*, Leipzig, 1919; H. KLEE, *H. G. und John Selden*, Bern, 1946; P. MARÊA, *Os juriconsultos portugueses e la doutrina do mare clausum*, Barcelos, 1937, pp. 19 ss.; W. VOGEL, *H. G. u. d. Ursprung d. Schlagw. von d. Freiheit d. Meere*, 1918.

<sup>(32)</sup> Sui presupposti sui quali si fonda questo tradizionale modo di vedere cfr.: WOLF, GRD, pp. 256 s.; REIBSTEIN, *Althusius*, cit., pp. 20 s.



Per il teologo Grozio erano anzitutto la Sacra Scrittura e le opere dei Padri della Chiesa ad offrire le loro testimonianze. Ma anche la tradizione della Chiesa cattolica, a cui l'arminiano Grozio si sentiva ugualmente vicino, poteva dare a quest'opera un contributo ancor più diretto che non il calvinismo rigoroso. Un'autorità significativa sono per lui — come possiamo constatare su precisi riscontri testuali: cfr. *Prol.*, 40 ss., 55 — i teologi spagnoli della Seconda Scolastica e i giuristi del più recente passato o addirittura a lui contemporanei, tra i quali quelli citati più frequentemente sono il Vitoria il Covarruvias l'Ayala e Fernando Vasquez <sup>(33)</sup>. L'influsso di questi pensatori era favorito da quei rapporti culturali tra l'Olanda e la Spagna che non erano stati interrotti nemmeno quand'era scoppiata la lotta di liberazione.

Un peso certo non minore avevano, agli occhi dell'umanista Grozio, i classici antichi: non solamente le loro dottrine intorno al diritto naturale (per le quali potevano assumere un particolare rilievo la Stoà e Cicerone), ma tutto l'insieme dei loro *topoi* morali e dei loro *exempla*.

Con stile rigorosamente umanistico il giurista Grozio era, poi, in grado di mettere a profitto anche il diritto romano ch'egli dominava con la sicurezza del grande specialista. Ai suoi occhi l'autorità di questo patrimonio normativo riposava, non già sulle ragioni elaborate dalla dottrina medievale, ma sulla forza paradigmatica dell'Antichità. Per questo gli scritti dei giuristi romani e le fonti letterarie antiche hanno per lui un peso uguale: al pari della tradizione cristiana e teologica, essi costituiscono per lui ad un tempo un materiale di osservazione e una testimonianza esemplare del diritto naturale così come egli lo intendeva. Tutto ciò poteva diventare per lui un tal modello normativo anche senza la mediazione d'un'antropologia sistematica per il fatto che il motivo che giustificava il suo progetto giusnaturalistico era un motivo etico-pratico: quello di stabilire una regola vincolante nei rapporti fra i popoli.

Poichè Grozio ha fondato il suo diritto internazionale sul diritto naturale, formulandolo quindi come teoria generale del di-

---

<sup>(33)</sup> Per questo cfr. la precedente nota 14. Ragguagli diretti offrono le citazioni e le note delle edizioni (curate dallo stesso Grozio) degli anni 1625, 1631, 1632, 1642 e 1646.

ritto, esso ha finito col diventare un modello anche nei confronti del diritto naturale privato. Per il tramite del Pufendorf, di Christian Wolff e del Thomasiaus Grozio è arrivato ad esercitare il proprio influsso anche in taluni aspetti particolari delle codificazioni giusnaturaliste, sia tedesche che di altre Nazioni europee, e addirittura fino nei sistemi di diritto privato ancor oggi vigenti in Europa. Quella parte dell'odierna scienza civilistica nella quale più scoperta appare la matrice giusnaturalistica può esser meglio che in ogni altro modo capita se si tien presente il pensiero di Grozio come sua fonte principale (anche se non unica e raramente originale). E, dal momento che lo stesso Grozio non ha elaborato un sistema l o g i c a m e n t e compiuto di diritto internazionale, può non essere metodicamente scorretto estrapolare anche dalla sua opera d'internazionalista questo complesso di dottrine più propriamente civilistiche. Tutto ciò giustifica che di questo sistema elaborato da Grozio si discorra abbastanza diffusamente in una storia del diritto privato positivo.

3. Per il sistema del diritto privato naturale hanno assunto un'importanza del tutto particolare le dottrine intorno all'origine e alla conoscenza del diritto naturale stesso (*a*), sull'origine il contenuto ed il trasferimento della proprietà (*b*), sulla dichiarazione di volontà (*c*), sulla giustizia dei rapporti contrattuali (*d*), ed infine sul matrimonio (*e*).

*a*) Sull'origine del diritto naturale Grozio insegna (Prol., §§ 11 ss.) che esso — in virtù della propria cogenza logica e diversamente da quel che accade per il *jus divinum* — avrebbe vigore anche nell'assurda ipotesi (*quod sine summa nequitia dici non potest*) che Dio non esistesse <sup>(34)</sup>; e che — all'opposto del

---

<sup>(34)</sup> Cfr. *supra*, p. 403, nt. 73. Sulla genealogia di questo paradosso (diventato affatto comune) — che da Gregorio di Rimini († 1358), attraverso una citazione di Gabriel Biel (*Coll. sent.*, II, dist. 35, Quaest. L, art. 1), andò a finire in uno scritto di Francisco de Vitoria (*Relectiones Morales*, II, *De homicidio*, nn. 3 ss.) — cfr. WELZEL, pp. 139 ss., nt. 16, 17; dove ci si riferisce anche ai fraintendimenti di Otto von Gierke, del Dilthey e del Sauter. Non convince, a questo proposito, il ragionamento dell'OTTENWÄLDER, *Zur Naturrechtslehre*, cit., p. 119, nt. 113 (sull'interpretazione che Grozio stesso ne dette cfr. *ivi*, p. 130). Il punto di

*jus civile (inter arma silent leges)* — vige anche in guerra. Per dar fondamento a questa enunciazione — indispensabile perchè si possa parlare senza contraddizione d'un diritto di guerra — Grozio si richiama all'antica formula romana di *justum bellum* usata dal collegio sacerdotale dei Feziali. Così anche in guerra il diritto delle genti conserva il proprio vigore: come *jus gentium* in forza d'una convenzione, come *jus naturale* in quanto sorretto dalla stessa coscienza umana. Per spiegare, poi, la motivazione fondamentale che lo ha indotto a prospettare un sistema giuridico di tal genere, Grozio ricorda da una parte la rabbia feroce e priva d'ogni legge di chi fa la guerra (Prol., § 28) e d'altra parte l'esilio ingiusto di cui lui stesso è stato vittima e che l'ha malauguratamente costretto a ridurre la propria attività pubblica a quella dello studioso diligente (Prol., § 30). Di fatto son questi gl'impulsi fondamentali che hanno mosso la riflessione di Grozio: l'umanità, la fede nel diritto, la fierezza intellettuale dell'esule politico.

Per via della sua radicale invariabilità (che lo differenzia totalmente dal diritto positivo) il diritto naturale è facilmente sistemabile in modo coerente (Prol., § 30). Le prove su cui fondarlo Grozio confida di trarle « da concetti così indubitabili, che nessuno possa negarli senza far violenza a se stesso » (Prol., § 39), « come anche i sensi non ingannano, sol che gli organi sensorî siano validi »; egli, cioè, conta di trarre queste prove da un quadro d'un'evidenza morale tale da poter esser paragonata alla naturale percezione dei sensi. A parte certe intonazioni volontaristiche, è, questa, un'impostazione precartesiana e non critica della gnoseologia giusnaturalistica ancora legata all'idealismo platonico-aristotelico.

b) Della proprietà <sup>(35)</sup> Grozio ragiona quando discute del fondamento di diritto naturale della guerra: « occasione di guerra è il torto, specialmente quello che colpisce ciò che ci appartiene » (II, 2, § 1; cfr. Prol., § 34). Questo discorso è ripreso dalla concezione del *justum bellum* come *vindicatio* ed è testimoniato nelle

---

emersione di queste riflessioni è dato di coglierlo nella dottrina stoica della legge universale.

(35) Cfr. partic. OTTENWÄLDER, *Zur Naturrechtslehre*, cit., pp. 38 ss.

opere di Platone di Sallustio di Seneca ed ancora nella formula dei Feziali. Molti spunti teorici di Grozio, che più tardi sono entrati nel sistema del diritto privato, possono esser compresi soltanto in questo loro contesto originario.

aa) In coerenza con la più antica tradizione risalente ai giuristi della tarda Età classica Grozio distingue tra una proprietà comune e una proprietà particolare. A questa egli ascrive anche, secondo l'insegnamento delle *Institutiones* giustiniane, la « signoria sugli altrui comportamenti ». Tutto ciò è poi passato nella maggior parte dei sistemi e dei codici giusnaturalistici <sup>(36)</sup>, nella misura in cui essi qualificano la proprietà come patrimonio raccogliendo così diritto delle obbligazioni e diritti sulle cose in un unico diritto sul patrimonio (*Vermögensrecht - jus quod ad res pertinet*) <sup>(37)</sup>; ed è arrivato fino a plasmare il concetto savigniano di pretesa.

Originariamente la proprietà comune (II, 2, §§ 2 ss.) comporta la facoltà di appropriazione da parte dei singoli <sup>(38)</sup>. A quella che poi è diventata, nel corso della storia, la proprietà prevalentemente individuale han dapprima condotto gli accordi che gli uomini hanno via via stipulato in materia di limitazione e di esercizio di quei poteri che in origine erano stati comuni. Da questa ricostruzione mitica delle origini della proprietà privata — chiaramente ispirata dalla filosofia stoica e dalle dottrine dei giuristi romani della tarda Età classica che da questa filosofia erano stati influenzati <sup>(39)</sup> — deriva subito una naturale limitazione del diritto di proprietà, sia dei singoli che dei popoli, che Grozio non tarda ad applicare concretamente ai rapporti di diritto internazionale. Questo egli fa affermando costantemente la tendenza a render nuovamente valido l'antico principio della proprietà comune quando si tratta di rivendicare la libertà del commercio internazionale: un motivo di fondo con cui risolvere i

<sup>(36)</sup> Per questo cfr. *infra*, pp. 508, 515, 523.

<sup>(37)</sup> Per tutti cfr. WIEACKER, *Dt. Rechtswiss.*, V (1941), pp. 49 ss.; *Id.*, *Zum System d. dtsh. Vermögensrechts*, 1941, pp. 10 ss.

<sup>(38)</sup> Importante per le facoltà di caccia e di pesca anche nel diritto delle genti: II, 2, § 3.

<sup>(39)</sup> Cfr. *supra*, p. 395, nt. 44.

molti problemi posti dalla concorrenza commerciale fra le Nazioni atlantiche nell'età delle grandi scoperte geografiche, e sul quale Grozio insiste fin dal suo scritto giovanile dedicato al *mare liberum*.

La proprietà privata può essere toccata dall'ordinamento — come Grozio insegna, rifacendosi al pensiero degli antichi, alla teologia morale, soprattutto ai Padri della Chiesa, a Tommaso d'Aquino e al Covarruvias — in caso di necessità, quando questa lesione del diritto del proprietario non sia altrimenti evitabile ed il proprietario stesso non si trovi anch'egli in analogo stato ed a condizione d'un'immediata restituzione appena cessata la necessità. Secondo il diritto naturale, invece, si è tenuti a sollevare un *co-uso* da parte di terzi, quando questo non sia di per sé dannoso. Da questi principî Grozio fa discendere il libero uso comune delle acque, il libero transito delle merci per terra ed il diritto d'asilo a favore degli esiliati (un diritto che lui stesso è costretto ad esercitare). Libero dev'esser dunque dichiarato anche il *commercio* (fuor che quello di beni superflui o di lusso), e perciò inammissibili i monopoli commerciali imposti delle singole Potenze, come sarebbero quelli spagnoli o portoghesi. Al commercio internazionale Grozio — adeguandosi al modello romano — paragona che il *conubium*, il matrimonio — cioè — contratto tra persone appartenenti a popoli diversi. Nel complesso la teoria giusnaturalistica della proprietà si trova in questa materia a dar fondamento ad un diritto internazionale in cui viene pienamente affermata la libertà del commercio (dei mari e della navigazione interna, del transito delle merci e dell'importazione) e per ciò stesso viene anche tutelato l'interesse d'una Potenza come l'Olanda, che da una parte non può chiudere i mari, mentre dall'altra deve paventare l'intralcio dei traffici terrestri che le Potenze continentali possono decretare in ogni momento ai suoi danni. Ha giovato al vigore morale di queste pretese il fatto che Grozio parli qui, certo, come un patriota olandese, ma non più come portavoce immediato degl'interessi della nazione dov'era nato.

*bb)* Per quanto riguarda l'*acquisto* della proprietà (II, 3 ss.) Grozio — seguendo l'insegnamento delle Istituzioni giustiniane, distingue preliminarmente, fra i modi d'acquisto, quelli originari da quelli derivativi: un esempio, questo, della sua pre-

dilezione per gli schemi interpretativi romanistici con il loro maggior vigore sistematico. Fra i titoli originari di acquisto Grozio dà una particolare rilevanza all'appropriazione proprio in ordine alla tutela della libertà dei mari dei fiumi e della colonizzazione (§§ 8-9), in opposizione al modo d'intendere ch'era proprio invece degli spagnoli dei portoghesi e degli uomini di curia <sup>(40)</sup> che tendeva invece a fondare tutto sulla teoria dei privilegi e quindi su titoli (idealmente almeno) derivativi.

Per intendere in modo conveniente il rapporto di Grozio col diritto romano e la sistematica successiva è più interessante (e più importante) lo studio dei modi di acquisto della proprietà a titolo derivativo (II, §§ 6 ss.). Egli vi ricomprende anche il diritto successorio (II, 7) e poi (in quanto *jus gentium voluntarium*) il contratto (« reale » ed obbligatorio) (II, 6, §§ 1, 2 ss.): un principio a cui si atterranno poi, di regola, i codici giusnaturalistici. A questo riguardo, « come talvolta riconoscono anche i giuristi », non sempre sarebbe necessaria la consegna, come — per esempio — nel caso della successione a titolo universale e del *constitutum possessorium* (innumerevoli testi del Digesto affermano questo principio). Tutto ciò egli sottolinea, per evitare l'equivoco di ritenere che il *jus gentium* romano sia un diritto naturale di per sé imm modificabile (II, 8, § 26). Tanto più è da tener distinto — per il suo modo di essere e per la ragione del suo vigore — il diritto naturale da quello che naturale è solamente se comparato ad un certo determinato contesto storico.

Il principio del consenso (della trasferibilità della proprietà, cioè, in forza d'un contratto obbligatorio), che veniva così affermato, ha esercitato il proprio influsso sulla dogmatica civilistica francese fino al *Code civil*. Nei codici tedeschi, che si sono mantenuti fedeli alla consegna come *modus acquirendi dominii*, esso ha per lo meno favorito l'introduzione dei surrogati della consegna soprattutto nell'ABGB austriaco.

c) In conformità alla tradizione della teologia morale Grozio pone il problema della efficacia vincolante della promessa

---

<sup>(40)</sup> GREWE, *ZstWiss*, CIII (1943), pp. 38 ss.; REIBSTEIN, *Die Anfänge*, cit., pp. 226 ss.; cfr. anche la letteratura che abbiamo citato or ora, alla nt. 31 (partic. il lavoro del Merèa).

nel quadro della discussione sulla dichiarazione di volontà e sulla conclusione del contratto (II, 11 ss.) <sup>(41)</sup>; un problema che, attraverso la riflessione della Pandettistica, è rimasto vivo fino all'odierna teoria generale del negozio giuridico.

aa) In primo luogo per quanto attiene al rapporto fra volontà e dichiarazione. Seguendo l'impostazione risalente al pensiero stoico e alla teologia morale, Grozio collega gli effetti giuridici della dichiarazione alla volontà del soggetto dotato di auto-responsabilità morale che non può mettersi in contrasto con se stesso. Ma è pur vero che gli effetti giuridici non possono determinarsi per via d'un semplice *animi motus* che non sia manifestato mediante segni esternamente riconoscibili: giacchè non sarebbe coerente alla natura umana attribuire ad atti puramente interni di volontà la capacità di determinare sul piano dei rapporti intersoggettivi degli effetti che convengono solamente a determinazioni ben più ponderatamente manifestate (anche se parole e segni di per sè comportano non una certezza autentica, ma soltanto l'esistenza d'una volontà seriamente presumibile). Da ciò consegue che ciò che viene adeguatamente dichiarato viene dato per vero (e perciò vincolante) anche contro l'interna volontà del dichiarante. In questo modo la teoria groziana della dichiarazione riesce a conciliare l'etica della volontà con quella dell'affidamento.

Anche questa fondazione del negozio giuridico sulla comprensione fra gli uomini deriva dalla tradizione antica (e cioè dalla dottrina stoica della lingua e della comprensione) <sup>(42)</sup>, che era già stata ripresa

---

<sup>(41)</sup> Cfr., per la particolare ricerca condotta sugli immediati precedenti (specie per quanto riguarda il pensiero del Lessius) M. DIESSELHORST, *Die Lehre d. Grotius vom Versprechen*, Köln-Graz, 1959 (sui retaggi della prima e della seconda Scolastica nella dottrina del negozio giuridico elaborata da Grozio, cfr. pp. 4-30); e, prim'ancora, OSTI, *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in: Riv. dir. civ., 1912, pp. 420 ss.; DE GHELLINCK, s.v. *Gratien*, in: DThC, VI, coll. 1727 ss.; KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf d. Dekretalen Gregors IX*, Città del Vaticano, 1935, pp. 314 ss.; VACCARI, *Teologia e diritto canonico*, Scr. Ferrini, 2, I, pp. 418 ss.

<sup>(42)</sup> Senza pregiudizio del principio volontaristico affermato come fondamentale da Grozio: cfr. DIESSELHORST, *Die Lehre*, cit., p. 34 (autonomia della persona nel pensiero stoico-cristiano), 36, 41 s.

nel Dugento dalla teologia morale per il *forum ecclesiae* (43). Essa conduce Grozio a risultati che si sono poi ottenuti soltanto nella scienza civilistica moderna in contrasto con l'alternativa pandettistica del dogma della volontà e della teoria della dichiarazione (44).

Valore di dichiarazione può esser riconosciuto anche a quei semplici comportamenti che oggi soglion definirsi concludenti o addirittura ad un non-comportamento — al silenzio, cioè — quand'esso sia posto in essere liberamente e nella piena coscienza della valutazione di cui sarà oggetto da parte del destinatario, e quando sia oggettivamente significativo (come lo stesso Grozio osserva con un'analisi fenomenica ed etico-giuridica che si palesa ancora utile per la soluzione dei problemi pratici d'interpretazione che oggi si pongono). Del tutto concludente per dichiarare una volontà di rinuncia è il silenzio prolungato nel tempo (45); la cui riconosciuta rilevanza non dipende dall'esigenza concreta di evitare l'incertezza delle situazioni giuridiche. Ed anche questo fondamento etico ha mostrato ancora la sua fecondità nella moderna teoria della perdita del diritto (*Verwirkungslehre*).

bb) Insieme a quello del fondamento — sul piano del diritto naturale — del vincolo contrattuale Grozio riprende un altro problema sul quale s'era da sempre affaticata la teologia morale: il problema, cioè, dell'efficacia vincolante della promessa unilaterale (II, 11) (46). Al principio secondo cui questo genere di pro-

(43) BONAVENTURA, *Opera Theol. selecta*, Florentiae, 1941, III, dist. XXXIX, art. 3, qu. 1 (sulla validità del giuramento estorto): *Secundum forum ecclesiae juramentum tale est obligatorium. Ecclesia enim iudicat de his quae exterius obligare possunt. Unde cum verba illa obligationem expriment, iudicat juramentum ad id quod insinuat verbo obligari. In foro autem Dei qui iudicat secundum secreta conscientiae et secundum veritatem, iste quidem non obligatur, quia noluit obligare se ipsum.*

(44) Cfr. *infra*, II, pp. 246 s.

(45) Problema ed argomenti ch'erano già noti alla dottrina canonistica (per la quale questi argomenti — quando si trattava di ragionare della prescrizione di situazioni giuridiche rilevanti sia per l'ordinamento canonico che per quello profano a favore o contro la Chiesa — erano eminentemente pratici) cfr. BERNARDUS PAPIENSIS, *Summa decretalium*, II, 18, § 8; per questa materia si possono utilmente consultare RUFFINI, *La buona fede in materia di presunzioni*, Torino, 1892; VACCARI, *Teologia*, cit., pp. 421 ss.

(46) Cfr. le penetranti notazioni del DIESELHORST, *Die Lehre*, cit., pp. 4 ss., 34 ss.



messe non è *naturaliter* vincolante (come avevano insegnato il Connano ed altri), egli si oppone sull'autorità di Cicerone (*De off.*, I), del pretorio *pacta sunt servanda* (D. 2, 14, 1 ss. e partic. 7, § 7), e soprattutto della fedeltà di Dio alle sue promesse sia nel Vecchio che nel Nuovo Testamento la cui veracità l'uomo, in quanto immagine di Dio, è tenuto ad imitare. Torna qui anche in Grozio, constatabile all'evidenza, il fondamento religioso di quella fede nel diritto che fin dall'Antichità aveva rappresentato un tratto caratteristico del diritto naturale (47).

Al richiamo alla non-azionabilità dei *nuda pacta* romani, Grozio replica con lo stesso argomento di fondo che aveva valso a proposito della *traditio* romana (cfr. *supra*, p. 445).

Presupposto dell'efficacia vincolante della promessa, per conseguenza, è la capacità naturale (*usus rationis*: II, 11, § 5); ond'è che solo nell'ottica giusnaturalistica — contrariamente da quanto era accaduto nell'esperienza giuridica romana — è possibile valutare la rilevanza dell'errore in quanto vizio della volontà (§ 6). Secondo l'impostazione di Grozio l'effetto fondamentale dell'errore è quello di toglier validità alla promessa: *si promissio fundata sit in praesumptione quadam facti quod non ita se habeat, naturaliter nullam esse eius vim* (48). Ma il principio della responsabilità sociale affermato dal Giusnaturalismo comporta, in casi di questo genere, la tutela risarcitoria della fiducia che la promessa nulla abbia legittimamente indotto nel suo destinatario: *quodsi promissor neglegens fuit ... in sensu suo exprimendo et damnum inde alius passus sit, tenebitur id resarcire promissor* (§ 6, 3).

La violenza (*metus*), invece, non libera il promittente, che pur volle la propria dichiarazione, ma obbliga il destinatario alla liberazione del promittente stesso qualora egli invochi un fondato timore

---

(47) Nel brano che abbiamo letto or ora, Bonaventura aveva ammonito: *in foro autem Dei qui iudicat secundum secreta conscientiae et secundum veritatem.*

(48) È, questo, un discorso che risale a Tommaso d'Aquino (*Summa Theol.*, II, 2, qu. 110, art. 3), il quale, a sua volta, s'era rifatto alla più antica tradizione della teologia morale e del diritto canonico: cfr. OSTI, *La cosiddetta clausola*, cit.; DIESSELHORST, *Die Lehre*, cit., pp. 82 ss., 91 ss.; sugli ulteriori sviluppi fino ad oggi cfr. *infra*, pp. 474 ss. (Pufendorf); II, 250 s.

di danno: *quia consensus hic adfuit, nec condicionalis, ut modo in errante dicebamus, sed absolutus* (§ 7). Questo ragionamento ha probabilmente subito l'influsso della formula stoico-romana *coactus voluit, attamen voluit*.

cc) Perché il « diritto si trasferisca » (noi avremmo detto: perché la controparte acquisti il diritto alla prestazione), è necessario, però, che la promessa sia accettata <sup>(49)</sup>. Da questo principio discende la teoria della conclusione del contratto attraverso i due momenti della proposta e dell'accettazione (II, II, §§ 14-17) che è stata poi fatta propria da tutti i codici civili moderni (cfr. per tutti i §§ 145 ss. BGB e gli artt. 1326 ss. cod. civ. italiano). Per Grozio la promessa, prima d'essere stata accettata, è ancora revocabile, se è vero che essa diviene efficace soltanto con l'accettazione (II, II, § 16). Per un altro verso, però, Grozio — mantenendo fede alla sua etica dell'affidamento — vincola il promittente alla sua precedente *rogatio: ita tamen ut hic quoque praecedens rogatio durare intelligatur* (§ 14, cfr. ancora §§ 145 e 147 BGB e artt. 1328 s. cod. civ. it.): la revoca, insomma, è ammessa fino al momento dell'accettazione (§ 16; altra è la soluzione offerta dal § 145 BGB; cfr., però, § 130, I, s. 2); spetta, poi, al proponente stabilire se l'accettazione debba pervenire personalmente a lui (§ 15; cfr. ancora § 151 s. 1 Hs 1 BGB).

d) La dottrina groziana della giustizia contrattuale (II, 12 ss.) è fondata su quella tradizione aristotelico-tomistica <sup>(50)</sup> che aveva già esercitato il proprio influsso sul pensiero dei *Consiliatores*. Questa tradizione aveva assunto a criterio della giustizia sostanziale del contratto una sorta di equivalenza delle reciproche prestazioni (*aequalitas*) <sup>(51)</sup> intesa nel senso di bilanciamento del

<sup>(49)</sup> Cfr. DIESELHORST, *Die Lehre*, cit., pp. 39 s.

<sup>(50)</sup> Cfr. partic. THOMAS AQUINAS, *Summa Theol.*, II, I, qu. 77, art. 1; VACCARI, *Teologia*, cit., pp. 424 ss.

<sup>(51)</sup> Fondamentale, a questo proposito, il lavoro dell'ENDEMANN, *Stud. z. romanistisch-kanonistischen Wirtschaftslehre*, 1879 (rist., 1964); ed ancora cfr. STAMPE, *Zahlkraftrecht d. Postglossatorenzeit*, 1928; e poi GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel Diritto comune*, Milano, 1960, pp. 43 ss., 315-463; sul periodo dell'*Usus modernus*, cfr. STAMPE, *Das dtsh. Schuldrechtsverhältnisse des 17. Jhs.*, 1925.

sinallagma sul piano economico: *ne plus exigatur quam par est* <sup>(52)</sup>. Questa esigenza domina tanto la più antica dottrina del Diritto comune quanto la riflessione giusnaturalistica fino alla fine del Settecento, in netta opposizione con i principî che erano stati propri del Diritto romano e che sarebbero poi stati ripresi dalla Pandettistica e dal BGB <sup>(53)</sup> (in questi due ultimi casi in significativa connessione con le teorie liberali sul libero gioco delle forze e sulla libera formazione del prezzo, teorie che partivano dal postulato della stabilità sia della moneta che, più in generale, della congiuntura economica). La ripresa della più antica tradizione negli orientamenti giurisprudenziali emersi dopo la Prima e poi dopo la Seconda Guerra Mondiale ha costituito il sintomo più significativo dell'irrompere d'un'etica sostanziale del contratto nel diritto privato moderno <sup>(54)</sup>. Una così decisa sottolineatura della *aequalitas* presuppone una teoria dei valori (§§ 14 ss.), nel costruir la quale Grozio si mantiene fedele con ugual rigore sia alla tradizione antica (al suo tempo ancora perfettamente vitale) che all'etica dell'economia elaborata dalla teologia morale. Egli discute anzitutto i fattori soggettivi della formazione dei valori ch'eran già stati individuati dal pensiero antico: l'*indigentia* (Aristotele) la *luxuria* e la *cupiditas* (Cicerone e Seneca), ma poi — seguendo l'insegnamento di Paolo (D. 35, 2, 63 pr. e D. 9, 2, 33 pr.) — opta per il criterio del valore comune (*quanti omnibus valeret*): perchè secondo l'etica sociale giusnaturalistica la giustizia distributiva è garantita solamente dall'assunzione d'un criterio oggettivo di valutazione.

---

<sup>(52)</sup> Perciò Grozio chiama « contratti » solamente gli *actus aliis utiles extra mere beneficos* (12, § 7), cioè quelli che oggi definiamo contratti sinallagmatici o imperfettamente bilaterali. Soltanto il Pufendorf ricomprese nella categoria anche i contratti a titolo gratuito, rendendo così possibile l'elaborazione d'una sistemica compiuta anche nello specifico campo dei rapporti obbligatori contrattuali (cfr. *infra*, p. 472).

<sup>(53)</sup> § 305 e l'esclusione, implicitamente contenuta nel § 138, II, della *laesio enormis* del diritto romano postclassico e del diritto comune (cfr. anche *infra*, II, p. 196).

<sup>(54)</sup> In particolare attraverso la presa in considerazione del venir meno dei fondamenti del negozio in caso di turbamento dell'equivalenza delle obbligazioni dedotte in contratto (cfr. *infra*, II, pp. 250 s.).

I monopoli (§ 16) non sono, però, di per sè contrari al diritto naturale, quando si fondano su una *justa causa*, ed il prezzo praticato dai monopolisti non è di per sè iniquo. Nell'impostare questa discussione Grozio — in modo che è tipico del suo sincretismo metodico — si rifà al patriarca Giuseppe in Egitto e alla vicenda dei sette anni grassi e dei sette magri (cfr. *Genesis*, XLI, 56).

Da questi principî di diritto naturale relativi alla giustizia contrattuale derivano anche dei doveri delle parti contraenti per quanto riguarda il reciproco rispetto e la completezza dell'informazione, per esempio per quanto attiene ai vizi occulti; ed anche questo era all'opposto dei principî ch'erano stati proprî del diritto romano (classico) e secondo i quali *jus vigilantibus scriptum; in emptionibus venditionibus licet se circumscribere* <sup>(55)</sup>.

Per gli sviluppi che avrebbe avuto in sèguito sarebbe assai interessante indugiare sulla dottrina groziana del doppio trasferimento (II, 12, § 15, 2), che costituì una delle radici da cui poi sarebbe nato il *jus ad rem* delle codificazioni giusnaturalistiche <sup>(56)</sup>. Dal momento che la conclusione del contratto ha l'effetto di trasferire il diritto di proprietà anche senza la consegna della cosa (cfr. *supra*, p. 445), Grozio — diversamente da quanto era stabilito dal diritto romano e lo è parimenti dal diritto civile odierno (§§ 433, 929, 985 BGB, art. 2644 cod. civ. it.) — fa prevalere la posizione del primo acquirente: perchè il primo acquisto ha *in se continuo praesentem dominii translationem. Per hanc enim facultas moralis* (la facoltà di disporre, cioè, di cui il pensiero giusnaturalistico fece sempre gran conto) *in rem abiit a venditore* <sup>(57)</sup>.

---

(55) Che vuol dire, non certo «imbrogliare dolosamente», ma piuttosto «tutelare spregiudicatamente il proprio interesse, utilizzando sia le peculiarità del linguaggio degli affari, sia le opportunità offerte dai rapporti di forza esistenti sul piano economico». Sulla recezione dei principî di correttezza della dichiarazione da parte della prassi giudiziaria moderna, cfr. *infra*, II, pp. 249 s.

(56) Per questo cfr. H. BRANDT, *Eigentumserwerb*, cit., pp. 84 ss.; DUBISCHAR, *Die Gundl.*, cit.

(57) Come per i doveri di correttezza della dichiarazione, anche in questa materia la prassi giudiziaria moderna ha fatto in certa misura tesoro dell'etica contrattuale giusnaturalistica, quando costringe il secondo acquirente, che ha acquistato la cosa essendo a conoscenza della prima alienazione, per via del suo

e) Se si tengono presenti i fondamenti cristiani (e, dal Medioevo in poi, si può anche dire canonistici) del diritto vigente in tutti i Paesi europei, si comprende facilmente perchè il sistema giusnaturalistico in materia matrimoniale <sup>(58)</sup> doveva necessariamente diventare un banco di prova assai arduo per saggiare l'autonomo titolo di vigore del *jus naturale* nei confronti sia del *jus divinum* che del *jus civile*.

Grozio ne tratta (II, 5, §§ 8 ss.), anche qui al di là dell'interesse immediato che la materia poteva avere per l'internazionalista, nel tratteggiare una teoria generale del diritto, in connessione al discorso sugli *jura in persona*, che egli fa sorgere o in virtù d'un assoggettamento (*subjectio*) o in forza d'un vincolo associativo (*consociatio*). Nella figura della *consociatio* — seguendo un antico filone tradizionale ricco fors'anche di non pochi apporti di matrice germanica — egli fa rientrare anche il matrimonio: il quale è per lui una forma di corporazione (com'era ancora nelle legislazioni territoriali germaniche) e non già un contratto (secondo la tradizione romanistica, il ABGB e il pensiero del Kant).

aa) Per quanto sia una comunità, il matrimonio non è certo paritario (come lo sono, per esempio, le società). L'uomo, invece, è il naturale capo della moglie come della famiglia, ed il matrimonio è perciò il vincolo in forza del quale la moglie si assoggetta al marito, non diversamente da quanto accade per gli altri esseri, pur se la sua natura di essere ragionevole spiritualizza il dovere di fedeltà della moglie. Perciò il diritto naturale esclude rigorosamente la poliandria, ma non la poligamia (com'è testimoniato dai Profeti e dai re del Vecchio Testamento) nè il divorzio o la liceità delle seconde nozze per i divorziati (§ 9, 1 e 2), pur se l'esigenza di evitare la *turbatio sanguinis* impone alla vedova e alla divorziata di non passare a nuove nozze prima dello scadere d'un certo termine (le prove si hanno in Tacito, *Ann.*, I, 9 e nell'obbligo per le vedove ebreë di rispettare il tempo dell'attesa). La rigorosa *m o n o g a m i a* del matrimonio cristiano

---

comportamento riprovevole alla stregua dei §§ 826 e 249 BGB, alla restituzione mediante il trasferimento a favore del primo acquirente (cfr. *infra*, II, p. 252).

(58) A questo proposito cfr. M. ERLE, *Die Ehe im Naturrecht d. 17. Jhs.*, 1952, pp. 25-54: istruttivo in generale, per via dell'utilizzazione dei più importanti Giusnaturalisti d'Europa in ordine ad un problema specificamente critico.

non appartiene di per sè al diritto naturale, ma rappresenta piuttosto un perfezionamento del *jus naturale* operato dalla *Lex Christi*, come Grozio stesso afferma del tutto in armonia con la tradizione della teologia morale <sup>(59)</sup>. Tra i popoli pagani solo pochi la conoscono e la praticano, come i Greci i Germani i Persiani e gl'Indiani (in quel quadro di valori che esaltava fin dai tempi più antichi il sacrificio della vedova). Anche in questa materia Grozio deduce il suo sistema di diritto naturale per via puramente presuntiva dal patrimonio tutto storico che la convivenza umana è venuta accumulando nei secoli e su cui egli riesce a distendere il suo sguardo di uomo d'eccezionale cultura.

bb) La stessa importanza, sul piano del metodo, per segnare i limiti del diritto naturale nei confronti del *jus divinum* e del *jus civile*, è da riconoscersi alla materia degli *impedimenti al matrimonio* (II, 5, §§ 10 ss.). La maggior parte di questi impedimenti è estranea al diritto naturale: basta pensare — tenendo presente la liceità « naturale » della poligamia — all'eventuale preesistenza di altro vincolo matrimoniale dell'uomo o alla asserita necessità dell'assenso dei genitori dei nubendi. Ma anche il diritto naturale esige la capacità naturale dei nubendi e stabilisce l'uscita della sposa dalla potestà dei genitori (che non potrebbe coesistere con la potestà maritale), mentre vieta la bigamia della donna (già per la sola impossibilità del contemporaneo esercizio di due potestà maritali sulla medesima persona).

In particolare per gli *impedimenti* derivanti dall'esistenza d'un vincolo di *parentela* sarebbe stato certamente assai difficile tener distinte le esigenze d'una morale naturale da quelle specifiche della morale cristiana o di quella fondata solamente sulla tradizione: per questo il loro trattamento ha sempre rappresentato un banco di prova dell'onestà intellettuale di ogni giusnaturalista. Grozio ritiene che soltanto il matrimonio fra ascendenti e discendenti sia escluso già dal Diritto naturale,

---

<sup>(59)</sup> Anche questa tradizione fondata sul rapporto ormai da gran tempo instaurato tra *jus divinum* e *jus naturale* (cfr. *supra*, p. 398) ammonisce a vedere nelle spregiudicate massime di Grozio o degli altri Giusnaturalisti in materia di presupposti del matrimonio nel diritto naturale la testimonianza d'una emancipazione di tipo secolaristico del Giusnaturalismo (cfr. *supra*, p. 403, nt. 73).

perchè sarebbe impossibile conciliare « l'intimità coniugale con la venerazione ch'è *naturaliter* imposta ai figli nei confronti dei genitori » (e si richiama per questo all'insegnamento del giurista Paolo: *contra pudorem esse filiam suam uxorem ducere*). Così Grozio può respingere con facilità tutte le antiche argomentazioni sofistiche ciniche e stoiche sulla liceità delle nozze di Edipo (§ 12, 2), senza con ciò aver davvero eliminato — sul piano metodologico — le debolezze proprie d'una morale razionalistica. Se, per esempio, l'innato sentimento della decenza non porta ad escludere la liceità del matrimonio tra fratello e sorella (§ 13, 5 s.), non si riesce a capire perchè mai la *naturalis reverentia*, la *verecundia* o il *pudor* dovrebbero opporsi alla *commixtio impura* del matrimonio contratto con l'ascendente. Emerge qui con particolare evidenza uno dei limiti propri del dogmatismo giusnaturalistico: in quelle materie nelle quali esso si trova duramente contrapposto ad un convincimento etico profondamente radicato nel terreno religioso o in quello della tradizione storica, finisce con l'oscillare fra il radicalismo dottrinario e l'opportunismo dettato dalle convenzioni <sup>(60)</sup>.

cc) Più agevole è la risposta che il diritto naturale può dare a proposito del concubinato: esso — in quanto vincolo matrimoniale illecito se valutato alla stregua del diritto positivo — è un'unione reale e valida, pur se priva di taluni effetti, sia positivi che naturali, per via della sua contrarietà al diritto positivo (II, 5, § 15) <sup>(61)</sup>.

4. A volerne dare una valutazione globale, bisogna, non già vedere in Grozio — come invece voleva una lunga tradizione culturale — quella specie di padre fondatore del Gius-

---

<sup>(60)</sup> Sulle tensioni, irrisolte anche nel pensiero di Grozio, tra primato della ragione e « singole tesi volontaristiche » cfr. WELZEL, p. 193. Però questi argomenti non si riferiscono ai contenuti sostanziali, per i quali Grozio, a stare al parere del Welzel, segue la dottrina stoica della prima e della seconda natura dell'uomo. Sull'attenzione di Grozio per i « principj intermedi » della Stoà cfr. WELZEL, pp. 186 s.

<sup>(61)</sup> Grozio può essere stato, in questa materia, influenzato dal riconoscimento (che si ritrova anche nel diritto romano giustiniano) del concubinato come matrimonio dotato di effetti giuridici, per dir così, « affievoliti »; mentre, per esempio, Christian Wolff, nel suo rifiuto del concubinato, torna ad ispirarsi alla morale matrimoniale tradizionale: cfr. ERLE, *Die Ehe*, cit., pp. 35 s.

naturalismo che ne aveva fatto l'Illuminismo europeo, ma cercare invece di interpretarlo come uno dei suoi presupposti specifici.

a) Grozio non ha secolarizzato l'etica sociale. Egli non fu solamente un cristiano della Riforma (cosa, questa, che non avrebbe escluso un approccio laico alla trattazione dei problemi giuridici, come non lo escluse più tardi, per il Pufendorf e per il Thomasio); ma riuscì anche a collocarsi con tale assoluta naturalezza nel solco della tradizione che si rifaceva alla teologia morale medievale e a quella della Tarda Scolastica, da non pensarne neppure di volersene emancipare. Grozio stesso tenne a mettere in rilievo il proprio legame con la riflessione teologico-morale; un legame che venne dimenticato solamente in seguito, quando il Calvinismo anglosassone ed l'Illuminismo teista vollero ridargli fama sulla base delle loro nuove scelte ideologiche. Altrettanto vero è che Grozio non fu il fondatore del sistema giuridico che fu proprio del Giusnaturalismo <sup>(62)</sup>. Già il taglio internazionalistico ch'egli dette alla sua opera maggiore escludeva (come ci è già occorso di notare) un sistema che potesse esser senz'altro recepito in una teoria generale del diritto.

b) L'importanza di Grozio è fondata piuttosto nella sua funzione di mediatore fra la tradizione della teologia morale e l'emergente Giusnaturalismo laico. Diversamente dalla tradizione culturale della Chiesa cattolica il pensiero di Grozio poteva venire direttamente recepito dall'Illuminismo deista e dar così il proprio contributo alla formazione del nuovo pensiero laico.

Accanto a questa sua funzione più propriamente storica non son da dimenticare, però, nemmeno i suoi meriti più autenticamente personali. Più dei suoi predecessori Grozio seppe rielaborare i « materiali » offerti dalla tradizione della morale cristiana in uno schema destinato ad avere una validità ancor più generale. Con

---

<sup>(62)</sup> Il Thieme, invece (*Naturrecht*, cit., pp. 19 s.), classifica Grozio tra i sistematici del Giusnaturalismo. Ma di quello che il Thieme stesso chiama « metodo matematico » non v'è cenno nelle opere di Grozio; egli attinge piuttosto il diritto naturale *a posteriori* dal consenso di tutti oppure da quello dei popoli civili (cfr. WELZEL, p. 193, con riferimento alla dipendenza di Grozio dalla tradizione stoico-ciceroniana).



la sua sensibilità di umanista e di storico egli seppe mettere a profitto (come dimostrano ampiamente i suoi apparati di note) <sup>(63)</sup> un materiale che la teologia morale non aveva saputo certo valorizzare <sup>(64)</sup>: gli antichi scrittori, anzitutto, primi fra i quali i filosofi stoici <sup>(65)</sup> e quelle fonti giuridiche romane conservate fuori del *Corpus Juris* che erano state scoperte per la prima volta dagli Umanisti. Questo complesso di fonti fu da Grozio utilizzato, non soltanto come autorità letteraria, ma come testimonianza diretta d'un diritto naturale che aveva conservato intatto lungo i secoli il suo vigore <sup>(66)</sup>. Certo, neppur Grozio è sfuggito all'antico rischio della « ipostatizzazione », e cioè dell'arbitraria valutazione di taluni principî giuridici del tutto storici quasi si trattasse di enunciati di diritto naturale; ma proprio attraverso questo atteggiamento così ingenuo diventò possibile un nuovo e diverso modo d'intendere il diritto storicamente vigente, che è quanto dire la riscoperta della sua costante « verità » e — alla fine — l'individuazione d'un nuovo quadro di valori etici a fondamento dell'esperienza giuridica.

c) Gli è che dietro al diritto naturale di Grozio è dato di scorgere tutta un'etica personale e politica, che — con Erik Wolf <sup>(67)</sup> — potremmo chiamare una nuova fede nel diritto e che fa di Grozio stesso, in un senso diverso da quello tradizionale, il fondatore del

<sup>(63)</sup> Cfr., per questo, CONDANARI-MICHLER, *Humanismus*, cit., p. 13.

<sup>(64)</sup> Il WELZEL (p. 187) parla della « massa schiacciante dei documenti storici, che rispetto al metodo scolastico rappresentano (...) una novità »; e perciò di « chiave di volta di tutte le costruzioni successive del diritto naturale » (p. 194).

<sup>(65)</sup> Sulla prevalenza, tra le fonti antiche cui Grozio ha attinto, di quelle stoiche cfr. WELZEL, p. 187; sulla recezione del concetto stoico-ciceroniano di *consensus omnium*, cfr. ancora WELZEL, p. 193. Sul neo-stoicismo (fondato dapprima dal Lipsio e fiorito poi nella crisi religiosa e politica del Seicento europeo) e sull'influenza che questo movimento ebbe sull'etica politica del tempo, cfr. in generale ÖSTREICH, *Politischer Neustoizismus*, cit. (per ulteriori ragguagli, cfr. partic. p. 13, nt. 1).

<sup>(66)</sup> WELZEL, pp. 186 s.; in questo senso merita d'esser sottolineata la spregiudicatezza con cui Grozio tira le sue conclusioni sul piano del diritto naturale in contrasto con quelle che erano state le dottrine ricevute del diritto romano e di quello comune: cfr. *supra*, p. 445 (per la *traditio*) e p. 448 (per i *nuda pacta*).

<sup>(67)</sup> GRD, p. 261; cfr. anche p. 303.

Diritto naturale moderno. Con ciò intendiamo alludere a molto di più di quell'atteggiamento spirituale che è proprio di ogni teorico del diritto degno di questo nome; perchè, non certo come analista tradizionale d'una minuta casistica morale, ma piuttosto come politico come patriota come pensatore — insomma — impegnato nella lotta per un ordinamento etico del mondo, Grozio s'impegnò nella ricerca d'un nuovo diritto naturale movendo da una sua robusta visione d'insieme, che s'era nutrita delle esperienze personali di detenuto e di proscritto che avevan distolto il suo sguardo dal panorama più adusato della tradizione verso un ordinamento dell'umanità che avesse in se stesso i titoli del proprio generale vigore. Questa visione fece epoca, perchè ebbe la ventura d'imbattersi in una congiuntura storica che, venuta meno l'unità della comune tradizione europea, era alla ricerca d'un nuovo sistema normativo generalmente obbligatorio. In una tal confluenza di condizioni storiche merito di Grozio fu d'aver convogliato insieme antichi dogmi, sentenze bibliche, principî morali, casistica teologica, esempî cari agli Umanisti, istituti giuridici romani a costituire un nuovo sistema che aveva per sè l'avvenire — così come s'è potuto dire del Montaigne, ch'egli seppe servirsi di *loci, dicta* ed *exempla* degli autori classici per prospettare un ideale umano nuovo ponendo così le fondamenta di quell'interpretazione della *conditio humana* che sarà portata poi a compimento dai grandi moralisti del Seicento e del Settecento <sup>(68)</sup>. Da questo credo giuridico emersero riconosciuti alcuni principî che avevano avuto una lunga gestazione nel grembo dell'esperienza morale: la funzione sociale della proprietà privata, il dovere di correttezza nella dichiarazione di volontà, la giustizia sostanziale del contratto, la libertà del commercio e dei mari: una vita interamente nuova <sup>(69)</sup> che dal diritto delle genti passò senz'altro

---

<sup>(68)</sup> Cfr. HUGO FRIEDRICH, *Montaigne*, Bern, 1949, pp. 119 ss., 257 ss.; mentre i moralisti successivi costruirono il loro modello di uomo in modo « matematico »: « un vedere ordinante, un *esprit de discrimination* » (G. HESS, *Einführung XV* all'edizione dei *Caractères* del La Bruyère (Sammlung Dieterich, 43, 1947).

<sup>(69)</sup> Sul « nuovo senso della realtà » di Grozio, sul suo « vivo interesse alla vita reale del diritto e dei popoli », cfr. WELZEL, p. 187.

alla nuova scienza giuridica nel suo insieme. Il capolavoro di Grozio rappresentò, insomma, una nuova etica del diritto e diventò una guida anche per la successiva elaborazione del sistema del diritto naturale privato. Il suo straordinario successo fu, non un caso letterario, ma una traccia indelebile segnata da una mano vigorosa.

## I SISTEMATICI DEL GIUSNATURALISMO

I. Notazioni preliminari. — II. Hobbes e Spinoza. — III. Samuele Pufendorf

I. 1. Il pensiero di Grozio non aveva, di per sè, indicato nessun itinerario che potesse direttamente condurre ad un sistematico rinnovamento (anche sul terreno metodologico) della scienza giuridica positiva in conformità ai modelli giusnaturalistici. Vero è che il nuovo quadro di valori e di scopi che egli aveva posto a base del suo diritto internazionale aveva già scardinato molte di quelle particolari convenzioni di cui s'erano intessute la teologia morale e la filosofia scolastica; ma non era ancora stato metodicamente individuato nè chiarito il rapporto tra questa nuova etica e le discipline tradizionali, così come le stesse intuizioni teoriche giusnaturalistiche non erano ancora state ordinate in un sistema coerente di premesse indiscutibili e di conclusioni rigorose. Questo compito fu assolto dalla seconda fase — quella sistematica, o, se si preferisce, « matematica » — del Giusnaturalismo, che prese le mosse dal metodo scientifico e dalla gnoseologia di Galileo e di Cartesio. Fu Samuele Pufendorf a rendere utilizzabili queste scoperte scientifiche per le scienze giuridiche in generale, ma la loro utilizzazione fu possibile solo attraverso la mediazione di due fra i maggiori filosofi del Seicento: il Hobbes e lo Spinoza.

2. Nei pensatori di questa generazione — come segno, direi, dell'attenuarsi delle lotte di religione — la riflessione giusnaturalistica venne affrancandosi dalle varie confessioni religiose: sia dalla Chiesa cattolica (si pensi a Cartesio, ch'era stato scolaro dei Gesuiti) che dalla tarda Scolastica luterana (Samuel Pufendorf era figlio d'un pastore protestante) che, anche, dalla comunità

israelitica (come dimostra l'esempio di Baruch Spinoza). I Paesi riformati d'Europa — nei quali veniva lentamente maturando, con la lotta per la libertà personale in materia religiosa, la vittoria del principio della libertà di coscienza <sup>(1)</sup> (un principio che lo stesso Calvino rifiutò e che i *Dissenters* inglesi accettarono solamente dopo la loro sconfitta politica) — i Paesi riformati d'Europa, dicevo, offrirono spesso rifugio (e possibilità di pubblicazione dei loro scritti) a pensatori teisti e panteisti del primo Illuminismo. Ma vennero così ad attenuarsi i legami con questo o quel sistema confessionale di morale positiva: questi razionalisti si schierarono in ugual misura contro la Chiesa di Stato anglicana, contro l'ortodossia luterana e contro la Controriforma. Specialmente i tre giusnaturalisti tedeschi — il Pufendorf, il Thomasius e Christian Wolff —, pur essendo tutt'e tre luterani ed essendo il loro stesso pensiero interpretabile solamente a partire dall'etica protestante, son tutti e tre cresciuti — come pensatori — nella lotta contro l'ortodossia luterana e i suoi principî fondamentali.

Pufendorf ricevette le prime impressioni in Olanda, fu chiamato poi nella riformata Heidelberg ed ebbe in sèguito le sue controversie con l'ortodossia di Lipsia dalla lontana Lund. Nello stesso contesto

---

(<sup>1</sup>) Cfr. WELZEL, p. 216, nt. 59: « Gli assertori *razionalisti* dell'umanità operarono, per il riconoscimento della tolleranza e della dignità umana, più dei loro avversari teologi ortodossi. Quelli e non questi hanno ottenuto il riconoscimento della dignità umana come elemento costitutivo intangibile della idea cristiana dell'uomo » (affermazione, questa, che il W. fa con riferimento all'opera di E. BRUNNER, *Gerichtigkeit*, p. 68, e a quella di A. HARTMANN, *Toleranz u. christl. Glaube*, 1955, p. 72). Gl'impulsi in virtù dei quali fu colto questo, che può ritenersi il miglior frutto della riflessione europea in tema di giustizia, non furono nè utilitaristici nè razionalistici, ma rappresentarono piuttosto gli ultimi sforzi della coscienza religiosa: tanto per quanto riguarda i moralisti inglesi olandesi e francesi, che per quel che attiene alla battaglia del pietismo tedesco (pur se non solo e non sempre dei Pietisti) per la tolleranza religiosa (cfr. *infra*, p. 479, nt. 6). Anche l'affermazione giusnaturalistica dei diritti dell'uomo non fu il prodotto d'un pensiero « secolarizzato » d'impronta utilitaristica (come, a ragione, afferma il WELZEL, *loc. cit.*, in polemica col RITTER, *HistZ*, CLXIX, p. 248); a meno che non si voglia chiamar « secolarizzazione » l'emergere delle esigenze assolute della coscienza individuale dalla sclerosi d'una morale convenzionale e storica che aveva preteso d'assolutizzarsi. Questo può anche non essere ammantato di quello stile argomentativo che il Giusnaturalismo aveva recepito dalla tradizione scolastica.

emerge il conflitto del Thomasius con la facoltà di Lipsia ed il suo legame col pietismo di Halle e col sensualismo dell'Europa occidentale; così come emerge lo scontro di Christian Wolff coi teologi di Halle ed il suo legame col deismo occidentale.

Anche la collocazione sociale di questi pensatori venne a mutarsi in conseguenza della loro emancipazione dalla tradizione teologica. Dopo essersi affermati in questi loro contrasti con le scuole teologiche, essi uscirono dalla solitudine dei loro immediati predecessori, e, nella misura in cui il Giusnaturalismo si fece strumento dell'Assolutismo illuminato, entrarono in stretto rapporto con le Corti. Già troviamo il Hobbes, ma più il Pufendorf e il Leibniz e (pur se in modo più limitato) anche il Thomasius al servizio dei Principi come uomini di Stato (*hommes d'affaires*), gentiluomini o storiografi di Corte. Questa aristocrazia intellettuale conquistò le Corti anche in conseguenza della fondazione delle Accademie, che, a partire dalla fine del Seicento, si fecero promotrici della ricerca naturalistica e della filosofia dell'Illuminismo in tutta l'Europa dell'Assolutismo (Parigi, Berlino, Vienna, Pietroburgo, Stoccolma). In Germania questi intellettuali furono ricondotti nell'ambiente universitario con la fondazione delle Università dell'Illuminismo (Halle, 1694; Gottinga, 1737). Soltanto nell'ultima fase dell'Assolutismo illuminato il Giusnaturalismo rappresentò la forza spirituale incontrastatamente egemone nell'ambito dello Stato territoriale (di quello protestante e più tardi anche di quello cattolico): ma questa egemonia fu pagata con un progressivo affievolimento dell'originario pathos etico.

II. 1. a) Tommaso Hobbes<sup>(2)</sup> (1588-1679) si formò agli studi filosofici e naturalistici ad Oxford in Italia ed in Francia, e fu poi consigliere e precettore di principi al servizio di Carlo I. Dopo la catastrofe del suo padrone, nel 1649, intrattenne per un certo tempo rap-

---

(2) Della letteratura tedesca basterà citare: KUNO FISCHER, *Gesch. d. neueren Philosophie*, I, 2, 3, 1880, pp. 438 ss.; DILTEY, *Ges. Schriften*, II, 1929, pp. 358 ss.; TOENNIES, *Hobbes' Leben u. Lehre*, III ed., 1925; CARL SCHMITT, *Der Leviathan in d. Staatslehre d. Thomas Hobbes*, 1938; ERIK WOLF, GRD, p. 315; SCHÖNFELD, pp. 280 ss.; FRIEDMANN, *Legal Theory*, II ed., pp. 38 ss.; L. STRAUSS, *Hobbes' politische Wissenschaft*, Neuwied u. Berlin, 1965; e, con una sottolineatura dei filoni della tradizione storico-culturale che ha agito sul pensiero del Hobbes, WELZEL, pp. 171-184.

porto anche con l'avversario di costui Oliviero Cromwell, per poi riavvicinarsi al suo scolaro Carlo II e tornar con lui in Inghilterra dopo la restaurazione (1660). Il carattere dell'uomo Hobbes e le sue scelte politiche fondamentali furono assai ambigui: questo non vuol certo essere un rimprovero, perchè queste sue scelte non vollero avere alcun fondamento religioso nè di etica politica (come accadeva ancora, invece, per la maggior parte dei personaggî del suo tempo), e perchè proprio la storia del suo Paese aveva preso una strada che era l'opposto del sistema politico e sociale di cui egli fu il teorizzatore.

b) Si può ben affermare che il Hobbes fu il primo che portò a totale compimento il processo europeo di razionalizzazione e di secolarizzazione della teoria dell'ordine sociale (*Gesellschaftstheorie*) sol che, formulando questo giudizio, si abbia presente che la secolarizzazione della stessa scienza significò soltanto la conclusione logicamente più radicale che poteva conseguire al modo cristiano (o, per esser più precisi, nominalistico) di intendere il mondo come incomprendibile atto della volontà creatrice di Dio; una conclusione che — per il suo stesso contenuto — era bisognosa e capace ad un tempo di trarre da sè medesima una spiegazione a sè stessa immanente <sup>(3)</sup>. Sotto l'influsso diretto del pensiero di Galileo il Hobbes per primo traspose lo schema concettuale di legge di natura alla convivenza umana: ne conseguì — com'era già successo con la sofistica greca <sup>(4)</sup> — una razionalizzazione ed una radicale affrancazione da qualunque vincolo di soggezione alla morale, che solo il Pufendorf avrebbe ripensato criticamente.

Questo metodo fu utilizzato dal Hobbes per elaborare una teoria della sovranità, il cui risultato fu di risolvere l'originario diritto naturale nell'ambito tutto positivo dell'ordinamento posto da colui che detiene il potere. E, poichè per far ciò il Hobbes si servì del modello concettuale del contratto quale era già stato elaborato dalla precedente dottrina del diritto naturale, egli con-

---

<sup>(3)</sup> Cfr. *supra*, p. 384, nt. 14; sulla mediazione del volontarismo nominalistico nei confronti di Hobbes, per un verso attraverso la Sofistica e per un altro attraverso Galileo (in particolare attraverso i suoi esperimenti) cfr. WELZEL, pp. 172 ss.

<sup>(4)</sup> Sull'influsso da essa esercitato in parte attraverso Tuciddide ed Epicuro cfr. WELZEL, *loc. cit.*, nt. 2-a.

dizionò assai duramente il successivo sviluppo della teoria giusnaturalistica del contratto. Questa inesorabile razionalizzazione del fondamento del diritto e dello Stato comparve per la prima volta nello scritto *De cive* (edito dapprima a Parigi nel 1642), nel quale — con logica stringente — è segnato l'itinerario che dallo stato di natura (*libertas*) conduce di necessità allo Stato (*imperium*) e a quel rapporto che vincola lo Stato stesso alla Chiesa (*religio*) e che tanta importanza aveva nei contrasti politico-costituzionali che laceravano in quegli anni l'Inghilterra.

Per lo stato di natura il Hobbes postula il ben noto *bellum omnium contra omnes: homo homini lupus*. Ma, poichè la ragione stessa suggerisce di cercar la pace per conseguire l'autoconservazione, ecco che gli uomini — attraverso il contratto sociale — si riuniscono nella società retta dal diritto naturale. Gli è che, in una tal consociazione di liberi e d'uguali, per via degl'inevitabili conflitti d'interesse, si generano contrasti sempre nuovi: «l'unanimità di molti non genera una pace stabile». Ne consegue che ai singoli, se vogliono esser ragionevoli, non resta, come unica via di scampo, che trasferire — attraverso il patto di sottomissione — la loro volontà collettiva ad un uomo forte perchè sia lui soltanto ad esercitare la sovranità. L'istanza imperativa del sovrano (che ha così trovato la propria «naturale» legittimazione) tende, da questo momento in poi, a fagocitare tutto il diritto naturale dell'originario stato e del precedente contratto sociale: l'eterna tensione tra diritto naturale e diritto positivo viene così eliminata (per lo meno fino ai limiti di quella pur evanescente riserva che può essere opposta dalla coscienza religiosa) a tutto vantaggio della forza cogente della norma positiva. Nel sistema del Hobbes, dunque, il diritto naturale non è più, come per gli altri Giusnaturalisti, una forza ideale operante nel presente, ma rappresenta appena un passato solo idealmente postulato (nemmeno un passato con una sua consistenza storica).

Questo dedurre in un modo così tagliente e razionalistico un brutale positivismo della mera forza (*Machtpositivismus*) da un sistema che si pretende fondato sul diritto naturale appare incomprendibile per il nostro modo di pensare, tanto da sembrar frutto d'una mancanza d'onestà intellettuale. Ma ad un'epoca, sulla quale esercitava un fascino così irresistibile l'affascinante e decisiva esperienza che portava a svelare il mistero dell'universo con lo strumento di lettura della legge naturale, una tal deduzione doveva imporsi senz'altro con la forza dell'evidenza. In realtà,



il vero *pathos* (e, fors'anche, l'*ethos*) che promana da un quadro della società tanto raccapricciante è forse dettato dall'orrore che si prova di fronte a quel *raptus* di autofagia da cui è colpita una società in preda alle lotte di religione o alle guerre civili scatenate dall'odio ideologico <sup>(5)</sup>.

c) Il positivismo hobbesiano della mera forza (*Machtpositivismus*), per il suo irrimediabile contrasto con quel concetto di diritto che era patrimonio di tutta la cultura europea, ed in particolare per la sua inconciliabilità con la tradizione idealistica del diritto naturale, trovò dappertutto un'opposizione appassionata; e specialmente in Inghilterra restò praticamente senza seguito per la vittoria riportata dal Parlamento sugli ultimi Stuart e per l'influsso esercitato dalle dottrine del Locke. Ma le affermazioni in materia di dichiarazione di volontà e di vincolo contrattuale, che il Hobbes aveva posto a fondamento delle sue argomentazioni (*De cive*, I, 2), esercitarono invece un'influenza duratura sul pensiero dei Giusnaturalisti soprattutto per la mediazione del Pufendorf.

aa) La costruzione del contratto di sottomissione costringe il Hobbes a concepire il contratto stesso come mezzo per giungere alla rinuncia o al trasferimento di diritti (§§ 4 ss.). Il vincolo contrattuale esige perciò la dichiarata volontà di chi cede il diritto e (contrariamente a quel che aveva insegnato Grozio) la reale accettazione da parte di colui che di quel diritto è chiamato a diventar titolare. Parole a cui non si connetta una effettiva rinuncia al diritto trasferiscono diritti solo tra contraenti che siano presenti; quando i contraenti sono assenti queste parole possono dar fondamento ad un vincolo obbligatorio solamente se vi si aggiungono dei segni reali ed estrinseci della volontà di obbligarsi, come sarebbe una lettera <sup>(6)</sup>.

bb) Accordi a prestazioni corrispettive, come il Hobbes dimostra con l'esempio della permuta stipulata nel deserto, son vincolanti nello stato di natura solo quando l'esecuzione segua immediatamente da tutt'e due le parti. Promesse di prestazioni future (*pacta*) sono invece

---

<sup>(5)</sup> C. SCHMITT, *Leviathan*, cit., p. 18.

<sup>(6)</sup> A parte il tendenziale pessimismo del Hobbes nei confronti della possibilità di vincoli giuridici nell'ambito della condizione primigenia, potrebbero essere in gioco gl'influssi della Common Law (secondo cui il vincolo contrattuale, in mancanza della *consideration*, nasce solo in virtù d'un documento sigillato, *deed*).

efficaci solamente se entrambe le parti si son fatte reciprocamente credito; azionabili questi *pacta* posson diventare solamente per l'intervento della legge statutale, e cioè del *jus civile* (§§ 9 ss.) (7).

cc) Sulla base di queste premesse, son dichiarati vincolanti anche i *pacta* stipulati per effetto d'un *metus* mortale, purchè il loro *contenuto* sia di per sè lecito. Per la verità questo principio era stato accolto anche dalla prevalente tradizione della teologia morale (8), ma nel sistema elaborato dal Hobbes esso diventava addirittura ineliminabile, dal momento che la stipulazione del patto di sottomissione presupponeva per l'appunto il *metus* — per sua stessa natura manifestamente mortale — del *bellum omnium contra omnes*. Logicamente impensabili, e perciò nulli, sono ritenuti, invece, quei *pacta* che ne contraddicono altri precedentemente stipulati (§ 17). L'affermazione di questo principio mirava tendenziosamente ad inficiare eventuali successive limitazioni apposte al patto di sottomissione con successivi accordi stipulati tra il sovrano e i suoi sudditi (accordi che erano nel fatto perfettamente comprensibili per la mentalità giuridica dell'*ancien régime*); ma diventò feconda (insieme alle dottrine groziane) (9) nella utilizzazione che ne fece il Pufendorf per la teoria del doppio trasferimento e del *jus ad rem*. Il giuramento, poi, come il Hobbes rileva con un vigore razionale che merita una sottolineatura, è superfluo per i *pacta* efficaci ed inutile per quelli nulli.

2. Ad onta delle sonore proteste dei posterì e delle intolleranti opposizioni teistiche e idealistiche dei seguaci della corrente dominante, anche il pensiero dello Spinoza, col suo vigoroso impianto sistematico, esercitò un robusto influsso metodico sul Giusnaturalismo.

Baruch Spinoza (1632-1677) (10), discendente d'una famiglia sefardita espulsa dalla Spagna in Olanda, scolaro conoscitore e critico della filosofia arabo-ebraica, subì ad Amsterdam l'influsso del pensiero cartesiano e fu legato da amicizia col grande fisico Huygens e con gli umanisti olandesi. Espulso dalla comunità israelitica con la formula rituale di maledizione, non si accostò ad alcuna comunità religiosa cristiana. Ad una grave malattia di petto e alla necessità di provve-

---

(7) Anche qui è operante (accanto alla tendenziale diffidenza nei confronti del primigenio stato di *libertas*) in modo del tutto scoperto anche la teoria della *consideration* propria della Common Law.

(8) Per questo cfr. *supra*, p. 447, nt. 43; sulla validità del giuramento estorto magari con l'inganno, cfr. KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre*, cit., pp. 314 ss.

(9) Cfr. *supra*, p. 451.

(10) SCHÖNFELD, pp. 285 ss.; WELZEL, p. 197, nt. 3.

dersi il pane facendo il molatore di lenti questo gran solitario replicò con le sue opere, la maggiore delle quali — l'*Ethica more geometrico demonstrata* — fu pubblicata solo dopo la sua morte.

L'*Ethica* dello Spinoza rappresenta l'applicazione più compiuta del nuovo pensiero matematico alla metafisica, e la sua prodigiosa forma espositiva *more geometrico* è diretta espressione del metodo di questo pensatore. Alla elaborazione della teoria dell'ordine sociale (*Gesellschaftstheorie*) lo Spinoza dette il suo contributo col *Tractatus theologico-politicus* (pubblicato nel 1670, ma già scritto fin dal 1657) e col frammento pubblicato postumo *Tractatus politicus*: due scritti che — proseguendo lungo l'itinerario metodologico segnato da Cartesio — riportò il radicale « positivismo della forza » del Hobbes nell'alveo d'un'etica naturale mediante il riconoscimento della innata libertà del pensiero <sup>(11)</sup>.

III. 1. Applicando il metodo della nuova scienza della natura, il Hobbes aveva posto le premesse d'un sistema assiomatico di teoria generale dell'ordine sociale. Ma la costruzione d'un tal sistema non rientrava nei suoi progetti, perchè proprio la giustificazione teorica di quel certo suo positivismo portava logicamente ad escludere ogni diritto naturale. L'aver ricostruito un sistema di etica sociale laica, e — nello stesso tempo — l'aver individuato lo spazio proprio di questo sistema tra la tradizione teologico-morale e quella del diritto positivo riempiendolo d'un patrimonio concettuale mutuato tutto dalla cultura giuridica: son questi i grandi meriti del P u f e n d o r f, un pensatore forse non limpidissimo ma al tempo stesso di tempra molto solida <sup>(12)</sup>.

<sup>(11)</sup> Questo viene notato solamente da C. SCHMITT, *Der Leviathan*, cit.

<sup>(12)</sup> Tra la ricca bibliografia si posson ricordare i seguenti scritti: LANDSBERG, III, 1, pp. 11 ss.; ERIK WOLF, *Grotius, Pufendorf, Thomasius, Drei Kapitel z. Gestaltgeschichte d. Rechtswiss.*, 1927; ID., GRD, pp. 311 ss.; WELZEL, *Die Naturrechtslehre S. Pufendorfs*, Tesi di Jena Anno acc. 1928; lavoro ampliato e rielaborato nel 1958; ID., *Dtsch ViertjSchrLitwiss. u. Geistesg.*, IX (1939), pp. 585 ss.; ID., *Diritto naturale*, cit., pp. 195-216; F. BEYERLE, *Der andere Zugang z. Naturr.*, *DtschRwiss.*, IV (1939), pp. 4 ss.; LARENZ, *Sittlichkeit u. Recht*, in: Reich u. Recht in d. dt. Phil., 1943, pp. 186 ss.; E. R. HUBER, *ZiStaatsw.*, CII (1942), pp. 593 ss.; SCHÖNFELD, pp. 321-333; EB. SCHMIDT, pp. 169 ss. (sulla dottrina pufendorfiana della responsabilità); H. RABE, *Naturrecht u. Kirche bei S. Pufendorf*, 1958.

Samuele Pufendorf (1632-1694), nato in una canonica luterana dell'Alta Sassonia, si formò a Jena, tra gli altri con Erhard Weigel, figura un po' singolare di cartesiano tedesco, e diventò poi precettore nella casa dell'ambasciatore di Svezia a Coopenaghen, Coyet. Quando nel 1658 scoppiò la guerra tra la Svezia e la Danimarca, fu per breve tempo arrestato con tutto il personale d'ambasciata, e dopo seguì il Coyet a L'Aia. Già nel 1660 fu — malgrado l'opposizione dell'Università — chiamato dal Principe Elettore del Palatinato ad occupare a Heidelberg la cattedra di Diritto naturale e delle genti istituita apposta per lui; di qui, nel 1667, passò a Lund dove era da poco stata fondata la seconda Università della Svezia. Dal 1677 fu Segretario di stato e storiografo di corte a Stoccolma, donde nel 1687 fu chiamato, con analogo incarico, a Berlino dal Grande Principe Elettore. Conforme al suo tipo spirituale e sociale, il Pufendorf riunì in sé il maestro universitario e lo storiografo barocco con l'uomo di Corte ed l'esperto di negozi diplomatici. La sua carriera, a guardarla da di fuori, appare caratterizzata dalle permanenze in luoghi di stretta obbedienza riformata: l'Aia, Heidelberg, Berlino e la Corte di Stoccolma.

Accanto ai suoi capolavori di diritto naturale e agli scritti storiografici ormai del tutto dimenticati, il Pufendorf ha pubblicato nel 1667, sotto lo pseudonimo di Severinus de Monzambano, un'opera dal titolo *De statu Imperii Germanici*: uno studio critico di prim'ordine in materia costituzionale, che (cogliendo l'occasione offerta dalle note controversie e dalla letteratura polemica del tempo intorno al rapporto fra potere imperiale e « libertà » dei Principi) introdusse per la prima volta in terra di Germania uno stile di critica delle istituzioni costituzionali metodologicamente esemplare, razionale e al tempo stesso empirico <sup>(18)</sup>: una opera, insomma, da comprendere fra le pagine migliori del suo autore.

Per cogliere il sistema pufendorfiano di diritto naturale si dovrà aver riguardo a queste opere: alla *Eris Scandica* (« Controversie svedesi » composte a partire dal 1672, ma raccolte poi in un unico volume nel 1686), opera metodologicamente anticipatrice scritta in polemica contro la teologia luterana della Rivelazione e contro l'Aristotelismo sia luterano che controriformista; la fondamentale opera didascalica *De iure naturae et gentium libri VIII* (edita nel 1672) ed un compendio asciutto e felicemente

---

(18) WOLF, GRD, pp. 328 s.; E. R. HUBER, *op. ult. cit.*

ordinato di questo capolavoro: *De officiis hominis et civis iuxta legem naturalem libri II* (edito nel 1673) <sup>(14)</sup>.

2. Presupposto per la costruzione del sistema purfendorfiano fu l'emancipazione d'un'etica sociale autonoma, indipendente — cioè — da quelli che per le Chiese erano dati di fede. La fondazione metodica di questa etica si compì nei saggi della *Eris*, soprattutto nella controversia col neotomista di Lipsia Alberti <sup>(15)</sup>. Anche se il Pufendorf conservò l'antica tradizionale tripartizione *jus divinum, naturale e civile*, tuttavia la Rivelazione (il « Regno di Dio ») rimaneva esclusa — in forza di quella scelta radicale di interiorità che, preparata dai Nominalisti e riaffermata dal giovane Lutero, era stata poi smentita in sèguito — rimaneva esclusa, dicevo, dal terreno della ragion naturale, così come la ragione restava alla sua volta estranea al dominio della fede <sup>(16)</sup>. E proprio questa demarcazione così netta consentì al Pufendorf personalmente di conciliare in sè la fede luterana con quella « religione naturale » assunta ad oggetto di conoscenza razionale. Questa sua decisione « di fondo » determinò così una secolarizzazione, non già dell'esistenza personale, ma dei contenuti del diritto naturale in quanto tali.

Con ciò si rendeva, però, necessario un nuovo modo d'intendere l'antica antropologia del diritto naturale. Quando il Pufendorf (in accordo con Grozio, ma in palese opposizione rispetto al Hobbes) si rifà ancora alla naturale *socialitas* dell'uomo e perciò alla sua necessità di ricorrere all'aiuto dei consociati (*imbecillitas*), si tratta, non più di prescrizioni attinenti alla salvezza eterna e fondate sulla volontà rivelata di Dio — com'era stato per la tradizione del diritto naturale cristiano —, ma di dati antropologici conoscibili come tali dalla ragione naturale prima e al di fuori da ogni asserzione di « creaturalità ».

<sup>(14)</sup> Una penetrante analisi di quest'opera è contenuta in WOLF, GRD, pp. 366 s.

<sup>(15)</sup> WELZEL, pp. 202 s.; WOLF, GRD, pp. 338 s.; Su Valentino Alberti cfr. IHMELS, *Das Naturrecht bei V.A. Die Lehre d. Compendium Juris Naturae von 1678/96*, Tesi in teologia dell'Univ. di Lipsia, 1955.

<sup>(16)</sup> WELZEL, p. 205: « In questo ordine di idee Pufendorf segue la dottrina luterana assai più strettamente dei suoi avversari, i filosofi luterani del suo tempo »; in senso analogo cfr. WOLF, GRD, p. 327; SCHÖNFELD, p. 331.

3. Partendo da queste qualità il Pufendorf sviluppa, in un intreccio di deduzione razionale e di osservazione empirica, un sistema generale.

a) Questo modo di procedere può esser compreso solamente se si tien presente l'influsso esercitato dalla meccanica galileiana e dal razionalismo cartesiano. Le premesse dirette le aveva poste Cartesio col suo *Discours de la méthode*: in quest'opera il filosofo francese — da buon discepolo della teologia morale dei suoi maestri gesuiti — aveva portato avanti il razionalismo formale della Tarda Scolastica, ma aveva sostituito le *auctoritates* della Rivelazione e della tradizione scolastica con le norme scritte — per dir così — nel mondo esterno (nella *res extensa*); era stata la chiave di volta di quell'arco immenso che questo pensiero era stato capace di gettare quand'era passato — con la sua riflessione critica — dalla trascendenza del Creatore rispetto al mondo all'immanenza della volontà dello stesso Creatore nella legge di natura. L'influsso esercitato da queste intuizioni metodologiche rese possibile al Pufendorf di realizzare il suo programma d'una *politica architectonica* <sup>(17)</sup>, ogni elemento costruttivo della quale poteva esser dedotto da assiomi formulati matematicamente.

Cartesio ha esercitato il suo influsso sul Pufendorf attraverso il Hobbes e, probabilmente, anche attraverso il Weigel che il Pufendorf ebbe maestro a Jena <sup>(18)</sup>. Nell'opera del Weigel intitolata *Descrizione aritmetica della saggezza morale* <sup>(19)</sup> — insieme

---

<sup>(17)</sup> ERIK WOLF, GRD, II ed., 1950, p. 311, il quale, tuttavia, vede la novità, non già nella sistematica del Pufendorf, ma nella sua sociologia e nella sua teleologia del diritto: GRD, IV ed., p. 337.

<sup>(18)</sup> WOLF, pp. 341 ss.; in senso limitativo SCHÖNFELD, p. 324 e partic. WELZEL, p. 197, nt. 4. L'opera fondamentale del Weigel a cui ci si riferisce comparve di certo non prima del 1674 (e, perciò, dopo la pubblicazione del capolavoro del Pufendorf, che è del 1672) e assai dopo l'uscita dei suoi *Elementa Jurisprudentiae Universalis* che è del 1660; però il Weigel aveva certamente sviluppato il suo pensiero già nel suo insegnamento. L'odiosa accusa di plagio rivolta dal giovane Leibniz al Pufendorf non trova più sostenitori ai nostri tempi: cfr. SCHÖNFELD, p. 324; WELZEL, *loc. ult. cit.*; ID., *Die Naturrechtslehre S. Pufendorfs*, cit., pp. 4 ss., 30.

<sup>(19)</sup> Il titolo originale dell'opera è *Arithmetischer Beschreibung der Moralweisheit* (N.d.t.).

a molti elementi accessorî messi lì alla rinfusa da questo personaggio assai singolare — si trovavano trasferite nel dominio delle discipline morali e sociali le forme gnoseologiche e dimostrative proprie delle scienze matematiche, e gl'istituti del diritto naturale vi erano spiegati alla stregua di leggi di natura <sup>(20)</sup>.

b) Per il tramite di Cartesio, poi, il Pufendorf arrivò anche a conciliare tra loro la deduzione e l'induzione, l'assioma e l'osservazione, il metodo analitico e quello sintetico secondo un modello metodico che, nel pensiero scientifico, risaliva ai *Discorsi* di Galileo <sup>(21)</sup>. Si veniva così a stabilire un legame nuovo con la realtà sociale: se, per esempio, Grozio aveva tratto gli argomenti per dimostrare la fondatezza delle sue teorie dalla letteratura ecclesiastica e da quella umanistica, era stato giocoforza poi riconoscere a questi *testimonia* e a questi *exempla* un'autorità vincolante. Il Pufendorf, invece, li prende come semplice materiale d'osservazione, e ricorre perciò spregiudicatamente (nel suo scritto magistrale *De statu imperii*, come in molti luoghi del suo « Diritto naturale in otto libri ») anche ai documenti diretti della vita contemporanea, perfino presso i popoli stranieri. Per mezzo di questa combinazione tra deduzione e osservazione il Pufendorf ha delineato il primo sistema d'una teoria generale del diritto che — per quanto attiene ai dettagli (alle « conclusioni », cioè) — non mette solamente il vino dei principî morali tradizionali in otri nuovi, ma determina rende accessibili ed arricchisce i contenuti stessi del diritto naturale <sup>(22)</sup>. Pur essendo d'un taglio certamente più modesto, questo sistema può essere in certo modo

---

<sup>(20)</sup> Sulla identità culturale del Weigel è istruttivo il lavoro di H. SCHÖFFLER, *Deutscher Osten im dtsh. Geist*, 1940, pp. 162 s.

<sup>(21)</sup> Cfr. *supra*, p. 386. A questo proposito c'è da tener presente che un'osservazione della realtà sociale non comporta di per sè nè esperimento nè misurazione, vale a dire una « quantificazione » e un'astrazione dell'osservazione tale da consentire la formulazione d'una « legge di natura » avente validità generale, che — a partire dagli esperimenti di Galileo — cominciò ad esser decisiva per la traduzione dell'universo fisico in termini formulari logicamente del tutto intelligibili, e che trovò il proprio compimento nei *Philosophiae naturalis principia mathematica* del Newton.

<sup>(22)</sup> Puntuale il contributo di W. F. BEYERLE, *Dt. Rwiss.*, IV (1939), pp. 3 ss.; WOLF, GRD, 335, 337.

paragonato agli altri grandi sistemi suoi contemporanei, quali l'*Ethica* dello Spinoza o i *Philosophiae naturalis principia mathematica* del Newton (pubblicati nel 1687) (23).

Si discute se nell'applicazione di questo metodo non sia implicita una sorta di « falsificazione » del diritto naturale, o — per lo meno — una sua riduzione a semplice spiegazione causale e meccanica dei fatti sociali, che lo priverebbe del suo contenuto eticamente vincolante. In realtà Erik Wolf (24) ha rimproverato al Pufendorf d'aver parificato il precetto etico alla legge di natura. Il Welzel (25), invece, esalta — nel pensiero del Pufendorf — proprio il riconoscimento dell'autonomia d'una filosofia della cultura di ispirazione storico-etica: l'applicazione degli schemi conoscitivi della matematica alla materia del diritto naturale sarebbe solamente la trasposizione d'un metodo e non già un inammissibile scambio dei rispettivi oggetti. Al contrario, il contributo specifico dato dal Pufendorf consisterebbe per l'appunto nell'aver riconosciuto e chiarito le differenze di qualità degli *entia physica* (cioè degli oggetti della natura esterna) rispetto agli *entia moralia* (degli oggetti, cioè, del mondo sociale della libertà spirituale) (26). Soprattutto dai chiarimenti contenuti in *Eris Scandica* e offerti in polemica col teologo Gesenius (27) si dedurrebbe in modo esplicito che le qualità della *socialitas* e dell'*imbellicitas* degli uomini sono per il Pufendorf, non già degl'impulsi fisiologici (com'era stato per i Sofisti naturalisti e, sotto il loro influsso, per il Hobbes), ma degli assiomi etici: e sarebbe, questo, il concetto sommo della dignità morale della vita umana (28). Il Pufendorf non avrebbe così varcato la linea di confine d'una teoria meccanicistica della società, ma avrebbe conservato al diritto naturale il suo carattere d'una dottrina dei doveri sociali, lasciando così aperta la possibilità d'una « moralizzazione » del diritto positivo attraverso il « diritto di ragione » (*Vernunftrecht*). Anzi, proprio

---

(23) Il WELZEL, p. 209 esalta del Pufendorf la « volontà di sistema eccezionalmente forte ».

(24) Cfr. *infra*, pp. 521 ss.

(25) In modo complessivo in *Die Naturrechtslehre bei Pufendorf*, cit.; ma cfr. anche *Dir. natur.*, cit., pp. 209 ss.; in senso diverso cfr. WOLF, GRD, II ed., pp. 312 ss.; contrasto che resta anche in GRD, IV ed. (quella da noi solitamente utilizzata), pp. 341 s.

(26) D'altronde, già il Weigel non avrebbe disconosciuto questa diversità, quando traspose le forme dimostrative e gnoseologiche cartesiane al mondo spirituale della libertà, mentre il WOLF, GRD, p. 341 ritiene fallito proprio questo tentativo del Weigel.

(27) WELZEL, pp. 206 ss.

(28) WELZEL, pp. 208 ss.



per questo suo contributo, il Pufendorf dovrebbe essere considerato il vero fondatore dell'autonomia delle scienze morali nei confronti di quelle naturali.

4. Il sistema del Pufendorf sopravvive ancor oggi nelle grandi codificazioni dell'Europa Centrale, nella misura in cui queste codificazioni si rifanno alla dottrina del diritto comune attraverso la mediazione giusnaturalistica. Specialmente le « parti generali » della maggioranza dei codici moderni sarebbero addirittura impensabili senza il lavoro preparatorio del Pufendorf. Alcuni saggi tratti dal suo capolavoro aiutano perciò a comprendere la « preistoria » dell'odierno sistema del diritto privato.

a) Mentre Grozio aveva ragionato del contratto di diritto naturale nell'ottica particolare dei rapporti di diritto internazionale, il Pufendorf — seguendo in questo il pensiero del Hobbes — assegna al contratto, nel terzo libro della sua opera, una posizione affatto centrale nella teoria generale del diritto (cfr. ancora i §§ 116, 145, 305 ss. BGB) <sup>(29)</sup>; e, in perfetta coerenza con questa affermazione, nel quarto libro la trattazione del contratto obbligatorio <sup>(30)</sup> è collocata anch'essa al centro (cfr. ancora i §§ 305 ss. BGB). Andando al di là di quelle che erano state le conclusioni di Grozio, il rigore sistematico del Pufendorf impone una classificazione completa dei contratti obbligatori che (forse ancora per una fuorviante interferenza col sistema romano dei contratti quale è tramandato in *Inst.*, III, 21 ss.) è orientata secondo la funzione sociale di scambio delle singole figure contrattuali, e così distingue in primo luogo i contratti in gratuiti onerosi e misti, e, all'interno di questa prima tripartizione, li raggruppa poi secondo il contenuto economico delle prestazioni

---

<sup>(29)</sup> Inoltre il Pufendorf esalta anzitutto il concetto generale di rappresentanza e di persona; su quest'ultimo concetto cfr. la critica del WOLF, GRD, pp. 343 s.

<sup>(30)</sup> A questo proposito è da vedere WENN, *Das Schuldrecht Pufendorfs*, tesi dattiloscritta dell'Università di Gottinga, 1956. Cfr. anche HÄGERSTRÖM, *Recht, Pflichten u. bindende Kraft des Vertrages*, Stokholm, 1965, pp. 44 ss., partic. pp. 72 s. (sul vincolo contrattuale nel pensiero del Pufendorf e del suo scolaro svedese Nehkorn).

che nei singoli tipi sono dedotte in obbligazione. Il Pufendorf arriva così, per primo, ad elaborare una « parte speciale » dei rapporti obbligatori (V, 2 ss.; cfr. ancor oggi i §§ 433 ss. BGB) <sup>(31)</sup>.

Un ulteriore progresso sul piano sistematico fu rappresentato dalla autonoma collocazione dei patti accessori, che il Pufendorf classifica come modalità dell'obbligazione (V, 10, § 1), e — sulla traccia già prima segnata dal sistema delle *Institutiones* giustiniane — il raggruppamento di tutti i modi di estinzione dell'obbligazione: adempimento e suoi surrogati (compensazione, remissione, novazione, delegazione, ed ancora: recesso in virtù di una clausola di recesso, risoluzione del contratto o mutamento di *status*). La maggior parte di questa materia, attraverso la mediazione dei codici giusnaturalistici e della Pandettistica, è passata fin nel vigente codice civile tedesco (cfr. i §§ 362 ss.; 387 ss.; 397; 398 ss.; 346 ss. e 325 s.).

Nella teoria dei modi d'acquisto della proprietà il Pufendorf inserisce (accanto al diritto successorio) anche il diritto delle obbligazioni in quanto strumento per lo scambio dei beni <sup>(32)</sup>, offrendo in entrambi i casi un modello al quale si uniformarono i primi codici giusnaturalistici <sup>(33)</sup>. Le distinzioni, poi, tra modi

<sup>(31)</sup> WENN, *Das Schuldrecht*, cit., pp. 110 ss.

<sup>(32)</sup> Certamente questo trova un riscontro nella tradizione delle *Institutiones* giustiniane (cfr. INST., I, 2, § 12; 2, 9, § 6), il cui sistema, alla sua volta, rimanda alle *Institutiones* di Gaio (cfr. I, 8; II, 10; II, 97; III, 88). Il gaiano *jus quod ad res pertinet* si fonda sul principio della classificazione dell'acquisto di *res* (« oggetti »): dell'individuazione, cioè, dell'acquisto di *res corporales singulae* (acquisto della proprietà), dell'acquisto *per universitatem* (successione *mortis causa* ed altri titoli di acquisto, per dir così, cumulativo), e acquisto di *res incorporales (obligationes)*. Per tradurre nel dettaglio questa sua intuizione generale anche il Pufendorf è naturalmente costretto ad attingere costantemente al diritto comune del suo tempo: quanto più i sistemi giusnaturalistici tendono ad una più solida concretizzazione, tanto più facile è che essi incorrano nel pericolo della « ipostatizzazione » di dati meramente storici per tradurli in formulazioni razionali pretesamente aprioristiche. In particolare il Pufendorf, per via del suo far centro sulla persona singola, non riesce a fondare sul piano assiomatico la successione per causa di morte; e la deve perciò accettare come puro fenomeno storico e sociologico.

<sup>(33)</sup> Cfr. *infra*, pp. 507 s. (ALR), 515 (ABGB).

d'acquisto della proprietà a titolo originario o a titolo derivativo, traslativi o costitutivi, sono segnate in modo più netto dal Pufendorf rispetto ai suoi predecessori.

b) I contenuti del diritto naturale pufendorfiano sono in gran parte ripresi da Grozio, che il Pufendorf utilizza assiduamente ed in qualche caso addirittura copia. Ma, indipendentemente dalle frequenti polemiche, egli utilizza anche il Hobbes specialmente per quanto riguarda la dottrina del contratto.

Entrambi questi casi si danno, per esempio, per la teoria della dichiarazione, della recezione, e della accettazione della promessa; per la teoria del doppio trasferimento e del *jus ad rem*; per il dovere di *aequalitas* nei contratti a prestazioni corrispettive; per la teoria del valore « oggettivo »<sup>(34)</sup> e per i reciproci doveri dei contraenti di verità, di informazione<sup>(35)</sup> e di tutela.

Il Pufendorf, però, supera i suoi predecessori, non solamente per la maggior completezza e la più puntigliosa prolissità, in armonia con le sue più ampie pretese sistematiche, ma anche per la raffinatezza, per la limpida osservazione della realtà, e per la vitalità e fecondità dei punti di vista pratici.

Così, per esempio, con un atteggiamento polemico ancor oggi comprensibile contro il romano *periculum emptoris*, egli non dà rilevanza al pericolo del compratore, *si per emptorem steterit quominus ipse (rem) non traditam possideat*, per esempio in caso di ritardo nella recezione della cosa o di mancato ritiro per colpa da parte del compratore; diverso è ritenuto il caso, se si fosse trattato della vendita di bestiame allogato su pascoli lontani (V, 5, § 3). Al contrario, vale

---

(34) Norma oggettiva della giustizia contrattuale è anche per il Pufendorf (come per la tradizione aristotelico-scolastica e per Grozio) la parità delle prestazioni (*aequalitas*) e — per conseguenza — una dottrina del valore (*pretium*), per elaborare la quale egli risale (attraverso il pensiero di Grozio) alla ricca tradizione della teologia e della filosofia morale medievale e della Seconda Scolastica in materia economica. Ed anche il Pufendorf, per valutare la obbligatorietà della prestazione, fa coerentemente riferimento al valore « comune » respingendo i fattori soggettivi di valutazione.

(35) Anche per questa materia il Pufendorf può rifarsi alla dottrina scolastica (cfr. THOMAS AQ., *Summa Theol.*, II, 2, qu. 77, art. 2; su cui cfr. VACCARI, *Teologia e diritto canonico*, cit., ed anche *supra*, p. 450, nt. 53). Il Pufendorf respinge il *circumscribere* romano in accordo col pensiero di Grozio.

il principio secondo cui *et venditoris erit damnum si rem debitam iusto neglexit tempore tradere* (V, 5, § 3). Il Pufendorf ammette il recesso a causa del mutamento delle circostanze (in connessione ad un mutamento di *status*) quando le circostanze sopravvenienti sian tali da non poter essere state verosimilmente previste (*casus qui probabiliter praevideri [non] poterat*), oppure quando il loro mancato avveramento era stato dedotto in condizione (*mutatio tamquam condicio facto ... fuerit ab initio inserta*: V, II, § 10): con il che sono indicati, in modo semplice e nitido, tutt'è due quei punti di vista — oggettivo e soggettivo — su cui ancor oggi indugia la teoria dei presupposti del negozio <sup>(36)</sup>. Nella discussione sulla fiducia (una figura negoziale che il Pufendorf riscopre, forse sotto l'impressione della liberazione dei prigionieri dei Saraceni e financo dei Turchi) e sulla frode alla legge mediante il negozio fiduciario emerge un felice arricchimento del metodo deduttivo giusnaturalistico con l'apporto di quella visione vivace e pregnante della realtà che ha preservato questi prammatici dell'Età barocca dalle molte e sterili costruzioni concettuali dei loro predecessori e dei loro seguaci.

5. Tutto ciò fa del Pufendorf uno dei pensatori originali dell'età del razionalismo. Per cultura e per veemenza di fede nel diritto forse Grozio lo superò, certo lo superò il Hobbes per la forza logica e per il realismo tagliente; ma per la ricchezza e la limpidezza di pensiero è stato il Pufendorf a superarli tutt'è due: perciò l'influsso ch'egli ha esercitato sullo sviluppo del diritto privato nell'Europa Centrale è stato maggiore e più diretto di quello dei suoi predecessori. Il Pufendorf, poi, ha posto per primo le premesse metodologiche per la nascita d'un'etica sociale autonoma e sistematica; ed ha quindi riordinato il patrimonio etico e di pensiero, sia delle dottrine sociali medievali che dei primi fondatori del Giusnaturalismo, per elaborare una teoria del diritto naturale laico che fosse dotata d'una più generale validità, arricchendo infine questa teoria d'una nuova e vitale visione della realtà. E furon proprio questi contributi a render possibile un influsso diretto del Giusnaturalismo sulla scienza giuridica positiva: quest'influsso si fece sentire, quando — con gl'inizî del Settecento — gli scolari del Pufendorf cominciarono ad influire sulla cultura illuministica degli Stati sovrani dell'Europa Centrale (§ 18) e quando, più tardi, furono affidate a giuristi di formazione gius-

(36) Cfr. *infra*, II, pp. 250 s., 261 s.

naturalistica le prime codificazioni moderne (§ 19). Il sistema elaborato dal Pufendorf, poi, era destinato a sopravvivere all'età stessa del Giusnaturalismo, poichè sia la Scuola Storica che la Pandettistica recepirono il suo impianto di fondo (pur se, nel frattempo, perfezionato) per il tramite dei giuristi ch'erano stati scolari di Christian Wolff <sup>(37)</sup>.

---

<sup>(37)</sup> Cfr. *infra*, pp. 490 s. (per gli allievi del Wolff) e II, p. 39 (per la sistematica pandettistica).

## L'ALLEANZA TRA GIUSNATURALISMO ED ILLUMINISMO

I. Giusnaturalismo ed Illuminismo. — II. Christian Thomasius. — III. Christian Wolff. — IV. I loro allievi giuristi.

I. 1. Giusnaturalismo ed Illuminismo — nel Seicento e nel Settecento — non furono per natura due fatti culturali fra loro identici. Il Giusnaturalismo fu la rielaborazione d'un atteggiamento di filosofia sociale e politica che affondava le sue radici nella continuità della tradizione culturale dell'Occidente fino all'Antichità; l'Illuminismo invece, a parte il suo fondamento filosofico, rappresentò il passaggio — sur un piano morale e, alla fine, addirittura religioso — ad un nuovo modo di sentire la vita da cui sarebbero nati una rivoluzione del comune modo di pensare e radicali riforme dell'assetto politico. Ma questi due movimenti furono strettamente collegati tra loro: sia per la loro origine, perchè il sistema del Giusnaturalismo moderno si potè costruire soltanto col contributo di pensiero dei « proto-illuministi » (Galileo, Cartesio); sia per i loro effetti, perchè l'Illuminismo fondò su argomenti di tipo giusnaturalistico le proprie rivendicazioni umanitarie, come l'abolizione del *crimen magiae* della tortura e delle pene corporali.

2. Questa connessione, per la verità, ha avuto effetti sul piano proprio della politica del diritto solamente nell'Europa Centrale. In Francia l'Illuminismo fu in realtà un agitarsi delle intelligenze — degli Enciclopedisti, soprattutto, come Voltaire Diderot Mably e Holbach — contro un regime ormai storicamente superato <sup>(1)</sup>;

---

(1) P. HAZARD, *La crisi della coscienza europea*, a cura di P. SERINI, Torino, 1968, vol. I.

anche in Inghilterra — che fu la sua vera patria — l'Illuminismo non esercitò, almeno in un primo tempo, alcun influsso su una esperienza giuridica fortemente legata alla propria tradizione <sup>(2)</sup>. In Germania, invece (come in Portogallo, in Toscana, a Napoli <sup>(3)</sup>, in Scandinavia ed in Russia), in virtù dei suoi legami con lo Stato assoluto, l'Illuminismo arrivò presto nella « stanza dei bottoni », soprattutto in Prussia. Gli è che qui taluni motivi razionalistici e di potenza politica venivano a confluire con una particolare coloritura dell'etica politica protestante: i fondamenti erano offerti dalla morale protestante che alla Casa di Brandeburgo veniva dalla sua fede religiosa, dai suoi stretti rapporti coi Paesi Bassi e dai *Refugiés* ugonotti, ma che, in un Paese di stretta osservanza luterana e attraverso il filtro del Pietismo, risultò più interiorizzata quietistica e prona all'assolutismo rispetto al Calvinismo dell'Europa occidentale <sup>(4)</sup>. Questo *ethos* non s'indebolì, quando, per gl'influssi del teismo francese (Voltaire) e di quello tedesco (Christian Wolff) sullo Stato fridericiano, esso si venne raggelando in un'etica di tipo razionalistico. Queste correnti di pensiero trovarono nella critica del Giusnaturalismo alla « irrazionalità » del diritto storico e nella sua teoria dei doveri il fondamento culturale delle loro riforme autoritarie della vita pubblica e del loro sistema di filosofia morale.

In Germania l'emersione di modi di considerare la vita pubblica radicalmente nuovi ha sempre corrisposto con la fondazione di nuove Università: l'affermarsi della Riforma e del rinnovamento educativo propugnato da Filippo Melantone con la fondazione dell'Università di Wittemberg (nel 1510) e delle altre Università riformate del Cinquecento; la Controriforma tedesca con le riforme e le nuove fondazioni

---

<sup>(2)</sup> Cfr. *supra*, p. 423.

<sup>(3)</sup> Per l'Italia cfr. EB. SCHMIDT, *Einf.*, pp. 218 ss.; WÜRTEMBERGER, C. *Beccaria u. d. Strafrechtsreform*, *Erinn.-Gabe Grünhut*, 1965, pp. 199 ss.; e, particolarmente penetrante, il saggio della D'AMELIO, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano, 1965.

<sup>(4)</sup> Per questo è davvero caratteristico lo stretto legame esistente tra la fondazione dell'Università del Brandeburgo a Halle ed il Pietismo ispirato dal Francke: DILTHEY, *Ges. Schr.*, III, 1927, pp. 74 ss., 159. Sull'influenza esercitata dal Calvinismo cfr. W. O. HINTZE, *Kalvinismus u. Staatsraison in Brandenburg*, *Ges. Abh.*, III (1943), pp. 285 ss.; OESTREICH, *Calvinismus, Neustoizismus u. Preussentum*, *JbGeschMitteluOstdeutschland*, 5 (1956), pp. 157 ss.

universitarie operate dai Gesuiti; il primo Illuminismo ed il sorgere dello Storicismo con la fondazione di Gottinga (nel 1737), la vittoria del Secondo Umanesimo con quella di Berlino (nel 1809). Il Dilthey <sup>(5)</sup> ha potuto chiamare la fondazione della nuova Università di Halle (avvenuta nel 1694) la « data di nascita del Giusnaturalismo prussiano ». In realtà con questa fondazione si operò, sotto il sovrastante influsso del Thomasius, il nesso tra lo spirito pietistico della Germania centrale e la dottrina dello Stato di matrice prussiana. Ad opera di Federico il Grande Breslavia sarebbe diventata in sèguito un ulteriore centro dell'Illuminismo prussiano.

3. Se il Giusnaturalismo rappresentò il credo politico e giuridico dell'Illuminismo, la sua credibilità più profonda fu data da quel risveglio di tante forze di fede che il Pietismo seppe suscitare e che, dopo essersi volto contro la sclerosi dogmatica e l'intolleranza religiosa proprie dell'ortodossia <sup>(6)</sup>, si rivolse alla fine anche contro l'ormai invecchiato patrimonio giuridico del tempo. Movendo dai medesimi fondamenti religiosi quel risveglio tese anche all'umanizzazione di questo patrimonio, mentre lottava per l'eliminazione dei delitti di stregoneria e di magia, della tortura, delle atroci pene corporali e infamanti e — per lo meno in parte — della stessa pena di morte (si pensi, esemplarmente, al Beccaria). Ma anche al di fuori del campo conchiuso del diritto penale, quel risveglio lottò — per amore della dignità umana — contro le situazioni sociali invecchiate e contro i privilegi: contro la mancanza di libertà personale, le discriminazioni di classe di professione o di religione, e alla fine anche contro il vecchio ordinamento corporativo delle professioni e perfino contro i modi di sfruttamento della terra. Perchè, nella misura in cui si veniva secolarizzando, questo pensiero acquisiva anche una sua più solida struttura razionale e scopriva per questa via come dare un fondamento coerente alla sua avversione per tutto ciò che era sto-

<sup>(5)</sup> DILTHEY, *Das allgemeine Landrecht*, Ges. Schr., XII (1936), pp. 131 ss.

<sup>(6)</sup> Il documento più significativo di quest'opposizione è rappresentato dalla « Teoria imparziale delle eresie » (*Unparteyische Ketzertheorie*) scritta nel 1699 da Gottfried Arnold, che acquisì una sua precisa rilevanza anche per il più generale mutamento che nella coscienza pubblica operarono le prime correnti storicistiche: cfr. MEINECKE, *Le origini dello storicismo*, cit., pp. 30-37; DÖRRIES, *Geist. u. Geschichte bei G. Arnold*, 1963; sui rapporti tra l'Arnold e il Thomasius cfr. E. SEEBERTG, NKirchZ, 31 (1920), pp. 337 ss.



ricamente diventato congesto e in certo modo casuale con la rivendicazione dei diritti d'una ragione assolutamente valida e vincolante. Questo razionalismo etico diventò l'anello di congiunzione tra Giusnaturalismo (*Vernunftrecht*) ed Illuminismo.

4. Nelle nuove Università illuministiche il Giusnaturalismo venne trasmesso alla futura classe dirigente dell'Assolutismo ed entrò per questo tramite assai per tempo nell'amministrazione e nella legislazione; un'influenza, questa, che venne ulteriormente accelerata dal processo di centralizzazione che si realizzò nei due grandi Stati dell'Europa di lingua tedesca: la Prussia e l'Austria. Più lenta, ma pur tenace, fu la penetrazione del Giusnaturalismo nella scienza propriamente giuridica e nelle più alte istanze giurisdizionali (7). Lungo questo itinerario si trovarono a cooperare due componenti del tardo Giusnaturalismo, che riuscirono ancora una volta ad operare la sintesi nell'antica duplice tematica del diritto naturale. L'empirismo del Thomasius arricchì il Giusnaturalismo — però indebolendone pericolosamente la sostanza filosofica — così copiosamente di esperienze e di postulati etico-pratici, da farne un diritto naturale « relativo » o — se si preferisce — « storico », un diritto razionale radicato in situazioni statuali concrete, il programma — cioè — d'una reale politica del diritto (8). Invece il razionalismo di Christian Wolff ridette vigore al patrimonio morale e logico del Giusnaturalismo, rendendo così possibile sia la filosofia dell'Assolutismo illuminato che la sistemazione del diritto positivo entro gli schemi della scienza e della legislazione.

II. 1. Christian Thomasius (1655-1728) (9), figlio d'un filosofo aristotelico di Lipsia già a Francoforte sull'Oder ebbe modo di

(7) Per quel che stiamo per dire è fondamentale il rinvio al THIEME, ZSS, GA, LVI (1936), pp. 202 ss.

(8) Per questo cfr. THIEME, ZSS, GA, LVII (1937), pp. 355 ss.; MEINECKE, *Le origini*, cit., pp. 90 ss., 322 ss.; sulle ulteriori premesse, come la « secolarizzazione » e l'affermarsi d'un'opinione pubblica borghese, cfr., pur con rilievi critici, ERIK WOLF, GRD, pp. 372 ss.

(9) Su di lui cfr. specialmente LANDSBERG, III, 1, pp. 71-III; E. WOLF, *Grotius, Pufendorf, Thomasius*, 1927; ID., GRD, pp. 371 ss. (ma vedi anche la ricca bibliografia alle pp. 421 ss.); FLEISCHMANN, *Chr. Thomasius, Leben u.*

ascoltare lezioni sulla dottrina del Pufendorf e di conoscere i suoi scritti. Tornando a Lipsia, vi tenne la prima lezione universitaria in lingua tedesca, e fondò il primo periodico scientifico scritto anch'esso in tedesco.

Entrato in contrasto — per questi gesti provocatori nei confronti dell'antico stile d'insegnamento e per i suoi scritti illuministici — con la sua Facoltà e con quella di Teologia <sup>(10)</sup>, si recò nel 1690 nella vicina Halle dove già lo legavano stretti vincoli d'amicizia con Augusto Francke. Col successo del suo insegnamento e con gl'incarichi accademici ricoperti ebbe gran parte al nascere dell'Università che fu fondata in Halle nel 1694. Nel 1714 fu per qualche tempo impegnato nei lavori preparatori della legislazione prussiana (cfr. *infra*, p. 501). Morì nel 1728 a Halle, quando le sue energie mentali volgevano ormai al declino.

L'influsso del Thomasius andò ben al di là del ristretto ambito della scienza giuridica <sup>(11)</sup>. Innumerevoli scritti polemici e didattici — di teologia di filosofia di politica del diritto e di educazione popolare — pur diseguali per valore intrinseco, hanno dato un contorno, anche al di fuori del ceto dei dotti, al senso della vita del primo Illuminismo tedesco <sup>(12)</sup>. Alla dottrina del diritto naturale furon dedicati soprattutto il *Versuch vom Wesen des*

*Lebenswerk*, 1931; BATTAGLIA, *Cristiano Tomasio filosofo e giurista*, Roma, 1936, su cui cfr. THIEME, ZSS, GA, LVII (1937), pp. 629 ss.; SCHÖNFELD, pp. 332 ss.; DÖHRING, *Gesch. d. dt. Rpflege*, partic. pp. 308 ss.; EB. SCHMIDT, *Einf.*, pp. 213 ss. (particolarmente interessante anche per le ripercussioni del suo pensiero sulla politica giudiziaria); sugli aspetti fondamentali della sua problematica di diritto naturale cfr. WELZEL, pp. 247 ss.; sull'influenza esercitata dal Thomasius sulla coscienza pubblica son da vedere le ricerche della SCHUBERT-FIKENTSCHER (tra cui ricorderemo in particolare: *Unbekannter Thomasius*, in: *Wiss.Z.d.Martin-Luther Univ. Halle Wittenberg*, 3, 1953-54, pp. 139; la conferenza commemorativa *Christ. Thomasius*, *ivi*, 4, 1955, pp. 499 ss.; *Chr. Thom. u. d. Hochschule seiner Zeit*, *ivi*, 6, 1956, pp. 11 ss.; *Decorum Thomasi*, *ivi*, 7, 1957, pp. 173 ss.) e del VON LIEBERWIRTH, *Thomasiana*, *Wiss.Z.*, 3, pp. 153 ss. (cfr. anche la nota seguente).

<sup>(10)</sup> Per questo cfr. LIEBERWIRTH, *Christ. Thomasius' Leipziger Streitigkeiten*, *ivi*, 3, pp. 155 ss.

<sup>(11)</sup> Una selezione assai penetrante (senza i programmi delle lezioni) è reperibile in WOLF, GRD, pp. 417-420; un elenco completo è in LIEBERWIRTH, *Christian Thomasius - Sein wissenschaftl. Lebenswerk, Eine Bibliographie*, 1955.

<sup>(12)</sup> Per questo cfr. SCHUBERT-FIKENTSCHER e LIEBERWIRTH, *opp. citt.* alla nota 9.

*Geistes* <sup>(13)</sup> pubblicato nel 1699 e i *Fundamenta juris naturae et gentium* del 1705; seguendo il suo temperamento, egli anche in questa materia travalicò l'atteggiamento pratico e riformistico. L'uomo polemico ed inquieto, ma al tempo stesso eloquente onesto e coraggioso, riuscì ad incidere di più come educatore e come riformatore del suo paese, ed anche come volgarizzatore e agitatore della cultura giuridica del suo tempo che non come elaboratore di teorie giusnaturalistiche. La battaglia contro la tortura (*Dissertatio de tortura e foris Christianis proscribenda*, 1705) <sup>(14)</sup> e il delitto di magia (*Dissertatio de crimine magiae*, 1701) lo collocano accanto al gesuita Federico Spee, filantropo e poeta. Dallo stesso ideale di vita pedagogico e riformistico derivò anche il suo richiamo alla necessità e all'utilità della storia del diritto patrio <sup>(15)</sup>.

3. Con tutto ciò il Thomasius ha dato all'elaborazione teorica del Giusnaturalismo un contributo certamente autonomo, ma tale da destare più d'un sospetto, quando egli distrusse — seppur provvisoriamente — la metafisica dell'antico diritto naturale. Un'operazione, questa, che certamente ebbe tutt'altro significato di quello che aveva avuto nel pensiero del Hobbes: se l'*ethos* della disperazione aveva condotto il Hobbes a risolvere il diritto naturale nella legalità positiva, il *pathos* religioso dell'interiorità convinse il Thomasius ad escludere l'etica dall'ambito del diritto. Per questa via — continuando la polemica pufendorfiana nei confronti dell'ortodossia — il Thomasius ridusse la Chiesa ad un rapporto solo interiore e spirituale, riducendo per conseguenza il *jus divinum* alla coscienza individuale della persona <sup>(16)</sup>. Lo stesso

<sup>(13)</sup> « Saggio sull'essenza dello Spirito » (*N.d.t.*).

<sup>(14)</sup> CHRISTIAN THOMASIUS, *Über die Folter. Untersuchungen z. Geschichte d. Folter*, ediz. a cura del LIEBERWIRTH, Weimar, 1960.

<sup>(15)</sup> *Cautelae circa praecognita jurisprudentiae etc.*, 1710 (opera tradotta in tedesco nel 1713 col titolo « Höchnöthige Cautelen, welche ein Studiosus Juris, der sich zur Erlernung der Kirchen-Rechts-Gelahrtheit auf eine kluge und geschickte Weise vorbereiten will, zu beobachten hat »).

<sup>(16)</sup> WOLF, GRD, p. 381. Un simile indifferentismo nei confronti delle oggettivazioni storiche (quello che Max Weber chiamava « acosmismo ») condusse il riformato svizzero Vattel (sul quale cfr. FRIEDMANN, *Legal Theory*, II ed., p. 34) alla conclusione (feconda, a sua volta, d'ulteriori conseguenze) che tutto

pessimismo, proprio della tradizione luterano-pietistica, nei confronti del valore morale delle convenzioni sociali <sup>(17)</sup> lo condusse ad affermare una radicale separazione tra diritto e morale <sup>(18)</sup>. Come la critica ha più volte rilevato, prese le mosse da qui la limitazione dell'etica — in quanto criterio vincolante solo interiormente — alla vita intima dello spirito, e la sottrazione al diritto naturale dello spazio necessario per poter costituire un sistema etico socialmente vincolante. Questa insanabile scissione trovò la sua espressione caratteristica nel paradosso d'un « dovere giuridico coatto » <sup>(19)</sup>.

Il fondamento metodico di questo mutamento di opinione è la concezione della *socialitas* e del *dictamen rationis* — che diritto naturale cristiano e giusnaturalismo antico avevano inteso come qualità ideali della natura umana — come « affetti individuali », e — cioè — come realtà puramente psicologiche <sup>(20)</sup>. Al riconoscimento che *homo*

---

il (non positivo) diritto delle genti fosse solamente una specie di « diritto della coscienza » privo d'una sua attuale possibilità d'applicazione.

<sup>(17)</sup> Per questo cfr. WOLF, GRD, pp. 380 s.: il Thomasius avrebbe inutilmente tentato di mantener fede alla dottrina luterana dei due regni, con ciò in realtà spaccando in opposizione a Rudolph Sohm quell'unità tra fondamento teologico e naturale del diritto che Lutero aveva dapprima sostenuto (e che s'era serbata integra ancora nel pensiero dell'Oldendorp): cfr. anche *infra*, p. 000. Nella seconda edizione di GRD (pp. 377 s.) il WOLF aveva visto il Thomasius come un pensatore ancora autenticamente cristiano, identificando come « il suo pensiero più profondo ... proprio ... la cosciente presentazione di quel contenuto satanico che secondo la concezione luterana inerisce anche al *summum bonum* quale gli uomini possono concepire e vogliono attuare ». Con ciò si tendeva forse a dare un contorno preciso e coerente, un po' troppo rigorosamente nell'ottica della teologia riformata dei nostri giorni, all'uomo solido operante all'esterno in modo irreprensibile.

<sup>(18)</sup> Su quel che stiamo per dire cfr. WOLF, GRD, pp. 402 ss.; WELZEL, pp. 247 ss.

<sup>(19)</sup> Su questo « infelice concetto » cfr. WELZEL, pp. 249 e 251, con l'ulteriore richiamo alla circostanza che soltanto il Kant, mediante il riconoscimento della forza *intrinseca* dei doveri imposti dal diritto naturale, avrebbe ritrattato questa affermazione rendendo così nuovamente proponibile la questione fondamentale che si connette al discorso sul diritto naturale, come sia possibile comprendere in un solo sistema diritto e morale.

<sup>(20)</sup> Il thomasiano *quod non est in sensibus non est in intellectu* ricorda così da vicino la formula sensualistica lockiana della *tabula rasa* (ed il titolo dell'opera del Thomasius « Saggio sull'essenza dello spirito » ricorda in modo così

*animal rationale*, su cui aveva convenuto unanimemente tutta la tradizione di diritto naturale fino al Pufendorf<sup>(21)</sup>, il Thomasius contrappose il suo *voluntas semper movet intellectum*. Ma, assumendosi a criterio regolativo fondamentale l'idea dell'*homo sociabilis*, restava travolto il carattere di norma socialmente vincolante che era stato proprio del precetto di diritto naturale, e diventava così impossibile un « sistema naturale » di etica sociale. I principi di diritto naturale erano, non più norme vincolanti fondate sulla loro evidenza logica, ma soltanto modi di comportamento psicologico dei singoli individui osservabili sul piano della semplice esperienza.

Nel quadro di questo empirismo trovava spazio anche una nuova dimensione dell'esperienza giuridica. Il Thomasius prende coscienza dell'inesauribile varietà e singolarità della situazione storica concreta (per la verità, senza riuscire ancora ad inserire questa presa di coscienza in una struttura logica della realtà, come invece riuscì — con un incredibile sforzo di pensiero — al Leibniz<sup>(22)</sup>); ond'è che per lui la storia del diritto diventa in certo modo l'« occhio » della scienza giuridica. Così il Thomasius si avvicina già a quel rinnovamento del pensiero europeo che dal Vico e dallo Shaftesbury attraverso il Herder e la filosofia della storia dell'Idealismo tedesco, doveva portare fino allo storicismo moderno; tanto che molti lo annoverano tra i fondatori del primo storicismo<sup>(23)</sup>.

---

singolare quello del Locke « Saggio sull'intelletto umano »), che è intuitivo cogliere uno scoperto rapporto di dipendenza del primo dal secondo. È, bensì, vero che la formula del Thomasius è contemporanea a quella del Locke; ma il capolavoro lockiano era già stato abbozzato, nei suoi tratti fondamentali, fin dal 1670, nel 1688 era stata divulgata riassuntivamente dal Leclerc e negli anni 1689-90 era stata pubblicata nel suo testo definitivo e genuino. Entrambe queste riflessioni hanno la loro radice ultima nel nominalismo dell'Occam, che ben poté esercitare la propria influenza sul Thomasius attraverso la mediazione di Lutero (cfr. M. WUNDT, *Die dt. Schulphilos. im Zeitalter d. Aufklärung*, Tübingen, 1945, pp. 19 ss.; WELZEL, p. 136). Sul contributo recato da John Locke alla dottrina giusnaturalistica dello Stato e sul suo rapporto con il Hooker ed il Hobbes si può utilmente vedere il FRIEDMANN, *Legal Theory*, cit., pp. 41 ss.; ed il WELZEL, p. 164. L'influsso del Locke sulla dottrina privatistica del Giusnaturalismo resta invece assolutamente indiretto.

(21) Pur se non si trattò d'una tradizione estremamente volontaristica o « esistenziale » nel senso del WELZEL (p. 13).

(22) N. HARTMANN, *Leibniz. Gedenkrede*, 1946; penetranti le pagine del WELZEL, pp. 217-233, con una riserva sull'esito di questi sforzi e sul riferimento ad una radicale svolta del Leibniz dal nominalismo all'idealismo.

(23) MEINECKE, *Le origini dello storicismo*, cit., p. 35; BATTAGLIA, *Cristiano Tomasio*, cit., pp. 309 ss.

Nella fondazione d'un « diritto naturale storico » erano implicite non piccole possibilità di compensare quella specie d'impo-  
verimento sul piano etico con ulteriori possibilità di incidenza  
esterna. Chi, come il Thomasius, pensa al diritto « di ragione »  
come ad un dato storico, finisce col pretendere che il diritto  
positivo sia razionale e col porre così, in sede di politica del di-  
ritto, delle istanze pratiche destinate ad appagare la coscienza  
individuale: il miglioramento e l'umanizzazione dell'attività giu-  
risdizionale, una legislazione che sia ispirata alla ragione (e, per  
ciò stesso, indipendente rispetto alla soggezione fideistica ad ogni  
*auctoritas*, compreso il diritto romano). Per questa via il Tho-  
masius è stato il primo a portare a concreto vigore la morale  
pratica del Giusnaturalismo nella politica del diritto dell'Assolu-  
tismo illuminato.

III. 1. Tutto ciò non muta il fatto che il Thomasius avesse  
portato il diritto naturale in un vicolo senz'uscita, ch'era neces-  
sario abbandonare se il diritto naturale voleva ritrovare la sua  
capacità di porsi come un dover essere generalmente valido e  
moralmente vincolante, metro di giudizio universale su cui misu-  
rare i singoli ordinamenti positivi. Fu, questo, còmpito e merito  
d'un illuminista tedesco di più modesto rango <sup>(24)</sup>, che ricondusse  
la riflessione giusnaturalista nell'alveo dell'antica tradizione etica  
e metafisica.

Christian Wolff (1679-1754), nativo di Breslavia, nel 1694 fu stu-  
dente ad Jena dov'era vivo l'influsso del Pufendorf e dei tardi Sco-  
lastici che operavano in quella sede universitaria. Già nel 1703 cominciò  
ad insegnare a Lipsia, e dal 1706 si trasferì a Halle tenendo cattedra  
di filosofia matematica e teologica. Divenuto professore ordinario nel  
1717, rifiutò di lì a poco una chiamata di Pietro il Grande a Pietro-  
burgo. Nel 1723, per l'accusa mossagli dalla Facoltà teologica di Halle  
di aver « insegnato il Fato », Federico Guglielmo I lo esiliò; il W. si  
recò a Marburg dove rimase, mentre cresceva la sua fama in tutto il  
mondo, resistendo ai tentativi di richiamarlo in patria fatti dal suo  
sovrano. Appena, nel 1740, fu salito al trono Federico II, venne ri-  
chiamato a Halle con grande onore, insignito d'un titolo nobiliare e  
circondato di altre grandi onorificenze.

---

(24) È degna di nota la ponderata trascuratezza del WELZEL, che cita una  
sola volta, e di passata, il Wolff (p. 378, nt. 26).

I suoi principali scritti di filosofia morale (accanto ad altri più generali, annoverati fra le opere fondamentali dell'Illuminismo europeo) sono: *Philosophia universalis* (del 1738, con le premesse metodologiche), il manuale di diritto naturale *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* (degli anni 1740-1749) che ebbe la maggior risonanza nella scienza giuridica del suo tempo, e da cui ricavò un più agile sunto dedicato particolarmente all'introduzione metodologica intitolato *Institutiones juris naturae et gentium* (del 1750; una traduzione tedesca comparve nel 1754).

2. La filosofia morale del Wolff <sup>(25)</sup> appartiene interamente alla storia generale dell'Illuminismo. La sua dottrina del diritto naturale, sotto l'influsso del pensiero del Pufendorf, respinge la tesi del Thomasius sulla separazione tra doveri della coscienza individuale e dovere giuridico vincolante. Per il Thomasius il diritto naturale è di nuovo « dottrina dei doveri in ordine ai comportamenti buoni e a quelli cattivi », e i precetti di diritto naturale asserzioni relative ai doveri dell'uomo e del cittadino. Tutto questo non era un puro e semplice ritorno al pensiero del Pufendorf o, magari, di Grozio <sup>(26)</sup>: certo, il Wolff dette per scontati i loro meriti, la fondazione giusnaturalistica del diritto internazionale — cioè — e la differenziazione della dottrina del diritto e della morale naturali rispetto a quella propria della teologia morale <sup>(27)</sup>. La direzione nella quale egli indirizzò i suoi sforzi di riflessione fu quella della concretizzazione dell'etica sociale naturale in quello spazio storico e politico ch'egli volle assegnare alla monarchia illuminata e nel quale Principe e sudditi si trovarono vincolati da un dovere reciproco di promozione del bene comune e della felicità <sup>(28)</sup>. Per approfondire il discorso su

---

<sup>(25)</sup> LANDSBERG, III, I, pp. 198 ss.; H. DROYSEN, *Friedrich Wilhelm I., Friedrich d. Gr. u. d. Philos. Chr. W.*, in: « Forsch. z. brand. u. preuss. Gesch. », XXIII (1910), pp. 1 ss.; FRAUENDIENST, *Chr. W. als Staatsdenker*, 1927; DILTHEY, *Ges. Schr.*, XII (1936), pp. 138 ss.; THIEME, ZSS, GA, LVI (1936), pp. 222 ss.; M. WUNDT, *Dt. Schulphil.*, cit., pp. 12 ss.; BEYERLE, *Dt. Rwiss.*, IV (1939), pp. 14 ss.; SCHÖNFELD, pp. 344 ss.; SCHÖFFER, *Dtsch Osten im dt. Geist*, 1940, pp. 184 ss.

<sup>(26)</sup> Cfr. WUNDT, *Schulphil.*, cit., pp. 19 ss.

<sup>(27)</sup> ERIK WOLF, GRD, pp. 393, 430. Anche talune esperienze personali nei rapporti tra entrambe le confessioni nella sua città natale — Breslavia — avevano condotto per tempo il giovane Christian Wolff ad un deismo interconfessionale.

<sup>(28)</sup> Cfr. LANDSBERG, III, I, p. 206.

questo rapporto concreto, il Wolff poteva andare al di là dei principî generali affermati da Grozio e dal Pufendorf, al prezzo — però — di dover dichiarare ancor più chiaramente di costoro il concreto diritto comune come diritto naturale, per poterne così svolgere il sistema fin nei dettagli <sup>(29)</sup>. Comunque diritto naturale e diritto positivo venivano in questo modo decisamente avvicinandosi l'uno all'altro a tal punto, che ormai appariva sempre più prossima al dominio del possibile la realizzazione della morale naturale in una legislazione positiva. Ed in realtà la dottrina wolffiana dei doveri diventò addirittura — entro il preciso contesto sociale del diritto generale territoriale (*Allgemeines Landrecht*) — la dottrina dello Stato e del diritto dell'Assolutismo illuminato.

3. Non meno fecondo si palesò il metodo del Wolff di elaborazione dei principî giusnaturalistici. Mentre, cioè, la fondazione etica veniva perdendo sempre più di significato, il razionalismo logico del nuovo Giusnaturalismo raggiungeva qui uno dei suoi punti più alti. L'esposizione sistematica del Wolff, attraverso la serrata deduzione dagli assiomi sommi di tutti i precetti del diritto naturale fin nei minimi particolari, eliminò tutti gli elementi induttivi e accertabili solo mediante l'intuizione dell'evidenza; e pretese alla stringatezza della prova geometrica addotta sulla base del principio del terzo escluso. Il solo fondamento del vigore dei principî così posti è apparentemente la incontrovertibilità dell'affermazione logica; ma un tale sistema sarebbe del tutto privo di contenuto se non attingesse, segretamente ed in modi non sempre riconoscibili, ai contenuti etici del diritto naturale più antico. Nel panorama complessivo del sistema del diritto naturale elaborato dalla cultura occidentale il Wolff rappresenta ancora una volta l'intellettualismo e l'idealismo della tradizione aristotelico-tomistica a fronte del volontarismo e del nominalismo proprî di quell'autentica rivoluzione culturale che aveva caratterizzato la corrente di pensiero che va dall'Occam al Hobbes <sup>(30)</sup>. Nella sua struttura formale il « metodo dimostrativo » wolffiano corrisponde puntualmente all'*Ethica more geometrico demonstrata* dello Spinoza.

<sup>(29)</sup> THIEME, *op. ult. cit.*, p. 222.

<sup>(30)</sup> Cfr. *supra*, p. 384, nt. 14 e pp. 397 s.



A un tale modello di dimostrazione *more geometrico* si riferisce già il titolo del capolavoro giusnaturalistico del Wolff, il *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, ed ancor di più le Istituzioni, in cui (com'è scritto nel sottotitolo dell'edizione tedesca del 1754) «tutti gli obblighi vengono derivati dalla natura dell'uomo in un sistema completo e coerente di deduzioni». Ma questo riassunto del capolavoro — con tutti i suoi continui rinvii ai paragrafi precedenti e seguenti che ricordano davvero un manuale di geometria — è da sè solo un esempio singolare e notevole di questo metodo <sup>(31)</sup>.

4. Gli esiti di questo rinnovamento metodologico non saranno mai valutati convenientemente. Perchè non solamente il rigoroso sistema logico del Wolff fornì lo schema su cui furono esemplati la maggior parte dei codici giusnaturalisti e, attraverso la mediazione dei suoi allievi giuristi e della Pandettistica, anche il Codice civile tedesco e gli altri codici ad esso affini; ma, dal manuale del Wolff in poi, non è più scomparsa dall'orizzonte programmatico della scienza giuridica l'idea che la soluzione dei problemi di diritto debba esser dedotta logicamente da principi e concetti generali ai quali sia stato preventivamente riconosciuto un determinato valore nell'ambito del sistema. Come lo strumento della scienza del diritto comune era stato la conclusione analitica tratta sulla base d'un singolo testo dotato d'una sua *auctoritas*, così ora toccava al concetto giuridico sintetico (coerente, cioè, al sistema; riconducibile ai principi sommi) ad offrire il fondamento scientifico ultimo alla soluzione dei problemi giuridici. Christian Wolff, insomma, è il padre legittimo di quella «giurisprudenza dei concetti» (*Begriffsjurisprudenz*) o «giurisprudenza costruttiva» (*Konstruktionsjurisprudenz*) che ha dominato la Pandettistica ottocentesca dal Puchta <sup>(32)</sup> al Windschied <sup>(33)</sup> e alla «Parte generale» di

---

<sup>(31)</sup> Si veda, per esempio, la manipolazione estremamente pedantesca di questa tecnica ai §§ 593 e 594 del riassunto tedesco delle *Institutionen*.

<sup>(32)</sup> Cfr. *infra*, II, pp. 80 s.; l'influenza che, malgrado la lontananza temporale, è stata esercitata dal Wolff sulla «giurisprudenza dei concetti» (*Begriffsjurisprudenz*) è oggi generalmente riconosciuta: BEYERLE, *op. ult. cit.*, pp. 14 ss.; per quanto riguarda l'influsso esercitato sul Puchta cfr. LARENZ, *Storia del*

Andrea von Tuhr <sup>(34)</sup>, e che ha conservato ancor oggi un suo limitato vigore malgrado tanti (e non lievi) ripensamenti metodologici. Senza il metodo inaugurato dal Wolff non sarebbe neppure pensabile di poter dedurre, nella forma per noi consueta, delle soluzioni movendo dalla « essenza » del diritto soggettivo, del diritto reale, della pretesa e via dicendo.

Con questo non si vuol certo condannare incondizionatamente questo metodo conoscitivo. Chi crede di riscontrarvi un impoverimento dell'etica sociale vivente, dotata della sua naturale evidenza e del suo immediato riscontro con la realtà pratica <sup>(35)</sup>, non può rendersi conto nè del giudizio morale preventivo in ordine ad una teoria vincolante dei doveri ch'era alla base di quel metodo, nè del progresso che sul piano della cultura giuridica è stato compiuto con l'ulteriore passaggio da una scienza giuridica fondata sull'*auctoritas* ad una dogmatica razionale e alla fondazione del diritto in un quadro sistematico rigoroso e coerente.

IV. L'effetto immediato che la riflessione di Christian Wolff determinò fu soprattutto di natura pedagogica. In Prussia come in altri Stati tedeschi i futuri « servitori dello Stato » di più elevato rango venivano educati, nelle Università e addirittura già nei licei, nello spirito della sua dottrina dei doveri <sup>(36)</sup>. Ma anche fra i giuristi il Wolff, come già il Thomasius, trovò degli allievi che trasmisero le sue istanze sistematiche alla scienza del diritto comune della seconda metà del secolo <sup>(37)</sup>.

---

*metodo*, p. 26; per quanto riguarda il concetto di negozio giuridico cfr. PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico*, cit., pp. 77 ss.

<sup>(33)</sup> Cfr. *infra*, II, pp. 124 ss.

<sup>(34)</sup> ANDREAS VON TUHR (Pietroburgo, 14-2-1864 - Zurigo, 16-12-1925) fu autore d'un libro assai rinomato, intitolato — per l'appunto — « Parte generale del diritto civile tedesco » (*Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Leipzig, 1910, ult. ed. Berlin, 1957) (*N.d.t.*).

<sup>(35)</sup> Come fece il BEYERLE (*op. ult. cit.*, pp. 14 ss.) nel suo vigoroso tentativo di cogliere — per la dogmatica giuridica odierna — un approccio « diverso », fondato sull'evidenza e di tipo pratico-moralistico, al diritto naturale.

<sup>(36)</sup> WOLF, GRD, pp. 430 s.; DÖHRING, pp. 270, 312, 480. L'esempio più significativo è offerto da Carl Gottlieb Svarez con una parte dei suoi collaboratori giuristi: cfr. *infra*, pp. 502 s.

<sup>(37)</sup> Su quanto stiamo per dire cfr. in generale A. B. SCHWARZ, SZ, XLII (1921), pp. 586 ss., partic. 592 (sul Hofacker), 594 (sul Thibaut, il Habernikkel ed il Haubold); F. v. HIPPEL, *Zur Gesetzmäss. jurist. Systembild.*, 1930, pp. 23 ss.

1. Daniele N e t t e l b l a d t <sup>(38)</sup> (1719-1791) era particolarmente adatto a svolgere una simile funzione mediatrice per quel suo pedantesco bisogno di sistema che lo portò a compilare una storia della letteratura giuridica tutta fondata sulla distinzione tra « autori vivi e autori morti ». Nei suoi « Pensieri senza pregiudizio sull'attuale situazione della scienza giuridica civile e naturale in Germania » <sup>(39)</sup> stampato a Halle nel 1749 affiora per la prima volta in un giurista tedesco l'esigenza d'una « dimostrazione che muova dalle fondamenta » anche quando si tratti di esporre diritto positivo; un'esigenza che, a sua volta, impone anche definizioni rigorose e coerenza di struttura sistematica, « in modo che gli argomenti generali sian trattati prima di quelli particolari ». Questo primo tentativo del Nettelbladt d'arrivare ad una razionalizzazione e ad una sistemazione integrale del diritto comune ha poi seguitato a dare i suoi frutti attraverso i suoi scolari, primo fra tutti il D a b e l o w <sup>(40)</sup>. Gl'inizi del sistema pandettistico — soprattutto la parte generale, che è quanto dire una delle caratteristiche peculiari della moderna dottrina civilistica tedesca — presero le mosse da lui <sup>(41)</sup>.

2. Più limpido fu il pensiero d'un altro allievo del Wolff, il D a r j e s (1714-1791) <sup>(42)</sup>. Egli mise il suo *Corpus juris reconcinnatum* (che fin dal titolo si rifà alle ben note teorie leibniziane <sup>(43)</sup>) al servizio d'una Ration di Stato utilitaristica; e tentò

<sup>(38)</sup> LANDSBERG, III, 1, pp. 288 s. (volume delle note, note 195-199); A. B. SCHWARZ, *op. ult. cit.*, pp. 591 s.

<sup>(39)</sup> Titolo originale tedesco: *Ohnvorgreiflichen Gedancken, den heutigen Zustand der bürgerlichen und natürlichen Rechtsgelehrtheit in Teutschland, deren nöthige Verbesserung und dazu dienliche Mittel betreffend* (N.d.t.).

<sup>(40)</sup> LANDSBERG, III, 1, pp. 441 s.; SCHWARZ, *op. ult. cit.*, pp. 593 s.; il suo capolavoro s'intitola *System d. heutigen Civil-Rechtsgelehrtheit* e fu stampato nel 1794.

<sup>(41)</sup> Cfr. partic. SCHWARZ, *op. ult. cit.*, pp. 597 ss.

<sup>(42)</sup> Per la vita e le opere si può vedere LANDSBERG, III, 1, pp. 192 s.; SCHWARZ, *op. ult. cit.*, pp. 590, 601 e *passim*; THIEME, ZSS, GA, LVI (1936), pp. 226; *Id.*, *ivi*, LVII, p. 365, nt. 2; WOLF, GRD, pp. 431 ss. (Christian Wolff e Darjes, Darjes e Svarez).

<sup>(43)</sup> Per questo cfr. LANDSBERG, III, 123 ss.; WOLF, GRD, pp. 432, 453; e partic. DICKERHOFF, *Leibniz' Bedeutung für die Gesetzgebung seiner Zeit*, (tesi Friburgo, 1946); MOLITOR, Mem. Koschaker, I, pp. 359 ss.; H.-P. SCHNEIDER,

già — nelle *Institutiones Jurisprudentiae Romano-Germanicae*, del 1748 — di elaborare questo primo abbozzo per farne un « codice generale tedesco ». Questo progetto per un « diritto naturale storico » mise in tanto rilievo il riferimento (espresso già nel titolo) al diritto tedesco, non perchè fosse storico o nazionale, ma in quanto dotato d'una sua propria praticità e razionalità. In questo suo atteggiamento il Darjes rappresenta una corrente pragmatica del tardo Giusnaturalismo, in cui cominciava già ad emergere il « senso storico » come nel Montesquieu e nel Möser <sup>(44)</sup>.

3. Il tardo *Usus modernus*, già una generazione dopo Samuele Stryk, dette dei pratici, come il Leyser, e degli umanisti come il Heineccius ormai inseriti nel clima del Giusnaturalismo <sup>(45)</sup>. Il quale, però, nella dottrina del diritto comune e prima di Christian Wolff, esercitò la sua influenza più sulla sensibilità giuridica dei singoli che non sulla dogmatica e sul sistema. È, tuttavia, significativo che già fin da allora dogma ed esigenze pratiche non fossero sentiti, neanche dalla scienza giuridica, come un ostacolo al riconoscimento delle ragioni proprie del diritto naturale. Il diritto naturale cominciò così ad esercitare una sua precisa funzione come *ratio* del diritto positivo e come regola direttiva del giudice all'atto di pronunciare la sentenza; ed anche agli occhi del giurista teorico esso si avviava già ad assumere i contorni del diritto naturale « concreto ».

---

ARSP, LII (1966), pp. 553-578. Più in generale cfr. HECHT, *L. als Jurist*, PrJb, XLIII (1879), pp. 1 ss.; H. HARTMANN, *L. als Jurist u. Rechtsphilosoph*, Festf. Jehring, Tübingen, 1892; E. HEYMANN, *Leibniz' Plan einer jur. Studienref. vom J. 1667*, 1931; LIERMANN, *Z. dt. Geisteswiss.*, 1939, pp. 348 ss.; WÜRTENBERGER, *Geistige Welt*, III (1948), pp. 124 ss.; WOLF, GRD, *passim* (vedi l'indice analitico dei nomi di persona). La teoria leibniziana del diritto naturale (su cui cfr. le penetranti pagine del WELZEL, 217-233) deve, in questa nostra esposizione, esser lasciata in secondo piano (cfr. anche, più di recente, W. SCHNEIDER, *Naturrecht u. Gerechtigkeit bei Leibniz*, *Zfphilos. F.*, XX (1966), pp. 607-650: essa fu forse il sistema teorico più robusto del suo tempo; ma i suoi influssi diretti sulla storia del Giusnaturalismo, ed in particolare sul suo sistema di diritto privato sono estremamente limitati: cfr. WELZEL, p. 233).

<sup>(44)</sup> THIEME, ZSS, GA, LVI (1936), pp. 211 ss.

<sup>(45)</sup> Cfr. *supra*, pp. 330 (su Stryk), 332 (Leyser), 334 (Heineccius, sotto l'influsso del Thomasius).



## I CODICI GIUSNATURALISTICI

I. I presupposti culturali e quelli politici. I precursori. — II. L'ordinamento territoriale prussiano. — III. Il Codice civile generale austriaco. — IV. I codici napoleonici.

I. 1. Quella che nelle pagine precedenti abbiám definito « alleanza » tra Giusnaturalismo ed Illuminismo generò, dapprima negli Stati assoluti dell'Europa centrale e meridionale <sup>(1)</sup> e successivamente — sull'esempio della Francia rivoluzionaria — nell'Europa occidentale, la prima grande ondata delle moderne codificazioni. Pur essendo state assai diverse l'una dall'altra le occasioni della loro promulgazione, questi codici mostrano molti tratti sostanziali comuni. Nei confronti delle precedenti consolidazioni legislative essi si distinguono già per il fatto che non mirano, per l'appunto, a consolidare a ordinare a migliorare (in una parola: a « riformare ») o a sviluppare sotto il segno della continuità il diritto preesistente (com'era stato il caso, per esempio, delle *Ordonnances* francesi o delle *Reformationen* tedesche del Cinquecento); ma hanno, piuttosto, lo scopo d'approntare una ripianificazione complessiva dell'intera società mediante un riordinamento

---

(1) Sulle aspirazioni codificatorie dell'Assolutismo illuminato in Italia (in particolare per quanto riguarda la Toscana), cfr. PIANO MORTARI, *Tentativi di codificazione nel Granducato di Toscana nel sec. XVIII*, in: R.I.S.G., 1952-53, pp. 285-387. Per i progetti di codificazione in Polonia nel 1791 sotto l'influsso francese ed inglese, cfr. KOSCHEMBAR-LYSKOWSKI, *Tijdschr.*, 6 (1925), pp. 236 ss. e partic. Z. ZDWIJKOWSKI, *Teodor Ostrowski (1750-1802)*, Warszawa, 1956; cfr. WEGENER, ZSS, GA, LXXIV (1957), pp. 418 s. Sulle aspirazioni nordamericane del Seicento cfr. HASKINS, *Tijdschr.*, XXIII (1955); più in generale si deve ricordare lo scritto del VIORA, *Consolidazioni e codificazioni*, Bologna, Zanichelli, s.d.; cfr. anche WESENBERG, pp. 133 ss.

integrale di tutto il sistema normativo <sup>(2)</sup>. Il presupposto generale e sostanziale da cui prendevan le mosse queste imprese era la convinzione, tipicamente illuministica, che il comportamento moralmente razionale dei governanti, o della volontà generale delle nazioni, fosse da sè solo capace di creare una società migliore. Ad un simile comportamento il Giusnaturalismo pareva additare una via sicura, quando elaborava i suoi progetti di società moralmente e razionalmente ben ordinata pretesamente dotati di validità generale, o quando secondava la speranza di poter scoprire una volta per sempre i criteri su cui costruire un ordinamento intrinsecamente giusto.

Questo convincimento aveva già trovato modo d'esprimersi nel progetto di codificazione del giovane Leibniz (*Corpus Juris reconcinatum*, 1672 composto per incarico del von Boyneburg, cancelliere di Magonza e patriota) <sup>(3)</sup>, alla base del quale stava la profonda riflessione di un « calcolo » logico destinato a valere nel dominio di tutte le scienze.

La realizzazione d'un simile progetto restò, in quel tempo, soltanto una grossa utopia. Solamente quando il diritto naturale — sviluppandosi ulteriormente — si fu concretizzato trasformandosi da ideale giuridico dell'umanità (o, se si preferisce, da criterio generale di giustizia) in diritto naturale storico di collettività statuali storicamente determinate, una sua redazione in precise formule legislative cominciò ad entrare nell'area delle realizzazioni concretamente possibili. Per questo i programmi codificatori di

---

<sup>(2)</sup> Sull'idea di codice in generale (oltre la bibliografia che citeremo nelle note seguenti) cfr. A. B. SCHWARZ, *Das engl. Recht u. seine Qu.*, in: « Heinseimer, Zivilges. d. Gegenwart », II (1931), pp. 15 ss.; KOSCHAKER, pp. 236 ss.; WIEACKER, *Das Sozialmodell d. klass. Privatrechtsgesetzbücher*, 1953; Id., *Aufstieg, Blüte u. Krisis d. Kodifikationsidee*, in: Festschr. Boehmer, 1954, pp. 34 ss. Su Bentham cfr. *supra*, p. 000, nt. 109; in rapporto ai diritti dell'Antichità son da vedere i contributi comparsi in RIDA, 4, Bruxelles, 1957, e F. E. BRUCK, art. *Code* in *Encyclop. Americana*, pp. 194 ss.

<sup>(3)</sup> Cfr. *supra*, p. 484; sul *Corpus Juris reconcinatum* del Leibniz, cfr. anche VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, trad. it. G. CRIFÒ, Milano, 1962, pp. 89 ss., e, un po' più di recente e con nuove aperture, la dissertazione di dottorato discussa a Friburgo nel 1965 da H.-P. SCHNEIDER ed avente lo stesso titolo del libro del Viehweg.

quest'epoca si prefiggono magari esplicitamente di tenere a d un tempo conto della ragione naturale e delle esigenze del paese (cfr. *infra*, p. 501); ed il Codice civile austriaco vede nel diritto naturale una fonte a cui attingere per la conoscenza del diritto positivo.

2. I Codici giusnaturalistici furon voluti come atti di trasformazione rivoluzionaria. E non c'è, però, da meravigliarsi più che tanto se solamente in Francia (e nei Paesi che si trovarono allora sotto l'influenza francese) essi furon composti e promulgati dagli autori della rivoluzione politica (o dai loro epigoni), mentre nel resto d'Europa essi furon voluti già dall'Assolutismo illuminato. Gli è che, mentre dal *Corpus Juris* fino agl'inizi del Settecento le grandi riforme legislative avevano per lo più rappresentato l'esito estremo d'una lunga tradizione scientifica, queste codificazioni vogliono invece porsi soprattutto come intuizione progettuale d'una società migliore da promuovere per il futuro. Per il rapporto di rottura con cui si posero nei confronti della tradizione <sup>(4)</sup> questi codici fanno pensare di solito a quella frenetica volontà riformatrice con cui — in questo nostro secolo — tanti uomini di stato progressisti di Paesi extraeuropei hanno recepito i codici europei nell'intento di fare del loro popoli Nazioni moderne <sup>(5)</sup>. Per ragioni affatto analoghe accadde spesso che le codificazioni giusnaturalistiche si ponessero esplicitamente come momento di rottura nei confronti d'un patrimonio normativo di cui apparivano ormai intollerabili sia l'origine consuetudinaria che la sostanza intessuta di pregiudizî.

Per ciò questi codici furon di regola progettati, non dai conservatori professionali della tradizione propriamente giuridica — maestri di scienze giuridiche o collegi giudicanti —, com'era stata la regola prima d'allora, ma da personaggi a ciò deputati dal potere politico e provvisti soprattutto d'una cultura filosofica e d'una particolare preparazione politica. L'etica razionalista, che nei moderni Stati territoriali tedeschi aveva sostituito la morale

---

<sup>(4)</sup> In questo senso è degna d'esser rammentata la battuta celebre del Voltaire: « Volete aver delle buone leggi? Bruciate quelle che avete e fatene di nuove ». Per questo cfr. THIEME, ZSS, GA, LVII (1937), p. 349, nt. 4.

<sup>(5)</sup> Cfr. *infra*, II, p. 239.



patriarcale dell'antico principe, concepiva ormai il compito del governare come un servizio « oggettivo » reso allo Stato e si circondava d'un gruppo di collaboratori i quali, facendosi forti della forza stessa del sovrano, riuscirono ad imporre i loro nuovi quadri di valori superando l'opposizione del popolo, dei ceti legati alle antiche strutture feudali, delle chiese e perfino dei giuristi di professione. In Germania, dopo il gran lavoro preparatorio svolto nelle istanze più tipicamente culturali, l'opera legislativa — nella sua fase più feconda — passò nelle mani d'un personale burocratico di sentimenti riformisti formato e sperimentato nelle carriere amministrative (si pensi al Kreittmayr in Baviera, al Carmer e allo Zedlitz in Prussia); e il compimento di quest'opera finì per lo più nelle mani di giovani collaboratori le cui concezioni sulla giustizia s'eran venute da tempo formando alla scuola della nuova filosofia politica. Così, per esempio, lo Svarez fin dagli anni liceali trascorsi a Schweidnitz s'era formato alla dottrina dei doveri di Christian Wolff, come — più tardi — il Feuerbach e lo Zeiller a quella del Kant; queste impressioni giovanili le conservarono poi e le maturarono nel loro quotidiano lavoro di funzionari dello Stato. Ed anche in Francia solo ad un osservatore superficiale può sembrare che la potente personalità di Napoleone renda più difficile apprezzare l'impegno di coloro che precorsero la sua opera e vi collaborarono, a cominciare dal Montesquieu dal Voltaire e dal Rousseau.

Il luogo per discutere e saggiare le grandi linee e i dettagli di questi progetti non era più offerto, ormai, nè dalle Facoltà giuridiche nè da altri simili ambienti o corporazioni composti solamente da giuristi, ma — piuttosto — da quegli ambienti di lavoro concorde nei quali assai spesso regnava un'armonia anche umanamente molto felice fra responsabili e collaboratori: il miglior esempio di questo nuovo genere di sodalizio ci è offerto, in Prussia, dalla lunga collaborazione e coabitazione del Carmer del Svarez e del Klein. In questo clima sorsero, nelle diverse capitali, dei circoli di discussione (come, a Berlino, quella « Società del mercoledì », in cui per il solito parlava lo Svarez) <sup>(6)</sup>, o le lezioni-

---

(6) DELTHEY, *Das allgemeine Landrecht*, Ges. Schr., 12 (1936), pp. 143 ss.; WOLF, pp. 445 s.; cfr. *infra*, in questo stesso §, nt. 29.

conferenza tenute dallo stesso Svarez nella residenza del Principe ereditario (7), o l'illustrazione divulgativa delle leggi destinata al popolo (8); tutte iniziative, queste, da cui tra l'altro nacque l'impegno ad usar nelle leggi una lingua che fosse ad un tempo consona al suo scopo per elevatezza e comprensibile al popolo. Son questi i tratti caratteristici soprattutto della codificazione prussiana.

Dalla diffusa fede razionalistica nasceva la partecipazione dell'opinione pubblica e perfino di singoli cittadini allo sforzo comune per creare un diritto razionalmente coerente e giusto. Allo stesso modo che la credenza illuministica (secondo cui l'emulazione fra spiriti liberi può far emergere la verità) fece fiorire nel tardo Settecento i concorsi a premi banditi da accademie e società sui grandi problemi ch'erano allora di fronte alla scienza e alla civiltà degli uomini ai quali dobbiamo talune opere importanti (9); così il legislatore illuministico, attraverso inchieste e sondaggi dell'opinione pubblica — in Prussia anche con dei veri e propri concorsi a premi —, incoraggiava le autorità, gli Stati (*Stände*), le Facoltà ed anche singoli cittadini ad esprimere le loro opinioni. Lo stesso Kant lodò come liberale questo tratto della legislazione prussiana (10), ed il Mirabeau — che aveva a Berlino avuto modo d'osservare la tarda legislazione fridericiana del 1786 — ne raccomandava il metodo per i lavori legislativi dell'esordiente Rivo-

---

(7) CONRAD u. KLEINHEYER, *Vorträge über Recht u. Staat v. C. Gottlieb Svarez*, Introduzione « Unterricht für das Volk über die Gesetze » (1960); EB. SCHMIDT, pp. 278 s.; KLEINHEYER, *Staat u. Bürger im Recht*, 1959; ERIK WOLF, pp. 450 ss.; cfr. *infra*, pp. 504 s.; F. WERNER, *Verw. Arch.*, LIII (1962), pp. 1 ss.

(8) H. BRANDT, *Das Preuss. Volksgesetzbuch*, ZgStW, C (1940), pp. 337 ss.; WOLF, pp. 453 ss.; CONRAD u. KLEINHEYER, *op. ult. cit.*

(9) Fu il caso di quei *Discours sur les sciences et les arts* del Rousseau che fecero epoca al tempo loro e che vennero premiati dall'Accademia di Digione; dello scritto anticipatore del HERDER, *Essay über den Ursprung der menschlichen Sprache* del 1772, sul corrispondente tema dato dall'Accademia di Berlino; e, ancora, dell'opera dello SCHOPENHAUER, *Sopra la quadruplici radice del principio di ragion sufficiente* (trad. it. E. AMENDOLA KUHN, II ed., Torino, 1959) che fu sollecitato dalla Reale Accademia di Danimarca (anche se poi non ne ottenne il premio).

(10) Nello scritto *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung* comparso nella *Berliner Monatsschrift* del 1784.

luzione francese <sup>(11)</sup>. Questa partecipazione del pubblico — e, si badi bene, già nello Stato assoluto dell'Illuminismo, senza che si debba aspettare il rinnovato clima politico delle democrazie liberali dell'Europa occidentale — questa partecipazione, diciamo, ha fatto sì che, per la prima volta dal tempo della Recezione del diritto romano, la legislazione tornasse ad esser sentita patrimonio comune delle nazioni e dei singoli cittadini.

3. Come primo esempio di prodromo diretto dello stile proprio delle codificazioni può essere rammentata la legislazione privatistica bavarese del Settecento <sup>(12)</sup>. Per ragioni diverse — tra le quali potremmo ricordare la non grande estensione del paese, la particolare solidità e coerenza del sistema di diritto privato precedentemente vigente e la fine troppo sollecita d'una vigorosa guida politica — questa legislazione mostra anche quanto lentamente il Giusnaturalismo sia riuscito ad incidere sul tessuto del Diritto comune.

Il codice fu opera del Principe elettore Massimiliano Giuseppe III e del suo Vicecancelliere Wiguläus Luigi barone di Kreittmayr (1704-1790), il quale — dopo aver studiato in Università della Germania meridionale e d'Olanda — aveva avuto esperienze di pratica forense nel *Reichskammergericht* e, alla fine d'una carriera ch'era stata per tempo ricca di successi, fu chiamato a far parte del Consiglio del Principe elettore. Dal 1758 aveva assunto la funzione di Cancelliere segreto effettivo (*Wirklicher Geheimer Kanzler*) <sup>(13)</sup>.

<sup>(11)</sup> Sulla missione del Mirabeau a Berlino cfr. ERDMANNSDÖRFFER, *Mirabeau*, rist., Leipzig, 1942, pp. 83 ss.; DUC DE CASTRIES, *Mirabeau*. Al contrario, però, l'ondata politicamente feconda della libellistica di argomento giuridico sociale e politico si gonfiò da sè sola alla vigilia e agl'inizi della Rivoluzione francese muovendo spontaneamente da una società filosoficamente assai « impegnata » (cfr. M. GÖHRING, *Weg u. Sieg d. mod. Staatsidee in Frankreich*, 1946, pp. 132 ss.).

<sup>(12)</sup> STOBBE, II, pp. 43 ss.; sugli sforzi codificatori a Hannover cfr. W. EBEL, *Friedr. Esaias Pufendorfs Entw. eines Hannov. Landrechts*, in: 250 Jahre OLG Celle, 1961, pp. 67 ss.; per Meclemburgo cfr. MOLITOR, *Mechl. Entw. einer Privatrechtskodifikation im 16., 17. und 18. Jh.*, in: « Festschr. Haff », Innsbruck, 1950, pp. 164 ss.

<sup>(13)</sup> LANDSBERG, III, I, pp. 223 ss.; BECHMANN, *Frhr v. Kreittmayr*, 1896; WOHLHAUPTER, *Encycl. of the Social Sciences*, 1938, pp. 498 s.; per alcune notazioni particolarmente felici è da ricordare l'articolo dello ZWEIGERT, *Aloys v. Kreittmayr* comparso sulla *Frankfurter Zeitung* del 27 ottobre 1940, pp. 3 s.

L'impulso occasionale fu — qui come in Austria — offerto dall'impressione che aveva fatto la promulgazione, da parte di Federico II di Prussia del *Cabinets-Ordre* del 1746 (del quale parleremo tra poco, II, 1). Il motivo — qui come là — era, alla radice, costituito dall'esigenza di unificare il diritto territoriale e di trovare una soluzione adeguata per molte questioni che erano particolarmente dibattute sul terreno del diritto comune; l'idea d'una riforma giusnaturalistica dell'intero sistema normativo non veniva ancora presa in considerazione. Per questo il primo dei nuovi codici — quel *Codex juris Bavarici criminalis* pubblicato fin dal 1751 che seguitava ancora a punire la magia a consentire la tortura e a comminare pene di tipo barbarico — appare ancora del tutto immune da influenze di stampo illuministico <sup>(14)</sup>. A questo seguì, nel 1753, un ordinamento processuale che migliorava il vecchio processo di diritto comune, il *Codex juris Bavarici judicialis*; e alla fine, nel 1756, l'ultimo e più significativo atto di questa riforma legislativa, il *Codex Maximilianus Bavaricus civilis*. Questo Codice, come — d'altronde — avevan già fatto le Riformazioni e gli Ordinamenti territoriali (*Landrechte*) al tempo della Recezione, assegnava agli Statuti il primo posto nella gerarchia delle fonti di diritto, riservando a sè una funzione soltanto sussidiaria; sicchè può ben dirsi ch'esso fosse ancora nulla più che una semplice «riformazione». Ed anche per quel che riguarda il contenuto esso è pur sempre diritto comune trattato dalla mano d'un pratico avvezzo a decidere questioni di diritto; la struttura sistematica segue puntualmente — come i (contemporanei) progetti di tutti e due i grandi Stati tedeschi — il canovaccio delle Istituzioni giustinianee. Eppure la nuova fede nella ragione si fa palese ad ogni passo: nella sicurezza dell'impianto complessivo, nella limpida concretezza della lingua (tedesca, si badi), nelle soluzioni — accuratamente soppesate e spesso fondate su motivazioni di tipo razionale — e nel superamento di tutto un vecchio ciarpame di problemi e di questioni disputate che non avevano più alcuna rilevanza pratica. I medesimi pregi, d'altronde, lo stesso barone di Kreittmayr dimostrò in sèguito d'averne come commentatore colto ed originale del codice ch'egli stesso aveva

---

(14) STOBBE, II, p. 443; SCHMIDT, pp. 223 ss., 248 s.

composto <sup>(15)</sup>. Malgrado la sua fisionomia ancora antiquata (e, per quanto riguarda la materia penale, addirittura repellente agli occhi d'un lettore moderno), questa legislazione costituisce un precedente in tutto degno di quello che di lì a poco sarebbe stato il grande rinnovamento codificatorio.

Il suo contributo di rango europeo al Giusnaturalismo, però, la Baviera lo dette sul finir di quest'epoca con quel codice penale redatto da Anselmo di Feuerbach nel 1813 <sup>(16)</sup> che ben può definirsi un monumento del Giusnaturalismo critico postkantiano. Proprio l'arretratezza che pervade di sè il *Codex juris Bavarici criminalis* del Kreittmayr dette l'occasione ad una radicale riforma, di cui la generosità spregiudicata della Baviera di Maximilian Montgelas <sup>(17)</sup> dette l'incarico al giovane filosofo e giurista in grazia degli scritti critici ch'egli aveva già pubblicato. Per un buon mezzo secolo, fino alla promulgazione del Codice penale prussiano del 1851, questo Codice bavarese del '13 costituì un modello per i codici penali non soltanto tedeschi ma anche degli altri Paesi europei.

II. Alla sua più completa espressione lo spirito proprio di quest'epoca storica arrivò nell'ultima e drammatica fase della quasi secolare storia della codificazione prussiana <sup>(18)</sup>. Lo

---

<sup>(15)</sup> Nelle sue *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem* (« Osservazioni sul Codice civile Bavarese del principe Massimiliano »), 1-5, München, 1758.

<sup>(16)</sup> Sul Feuerbach ed il suo codice penale cfr. RADBRUCH, *P.J.A. Feuerbach*, II ed., 1957, pp. 76 ss.; WOLF, GRD, pp. 543 ss.; SCHMIDT, pp. 232 ss.; sugli ulteriori effetti (Oldenburg 1814, antichi progetti tedeschi, molti cantoni svizzeri, fino alla Grecia e all'Argentina), cfr. RADBRUCH, *op. ult. cit.*, pp. 161 s.

<sup>(17)</sup> Maximilian Josef Montgelas (Monaco, 10 settembre 1759 - 14 luglio 1838), dopo aver studiato giurisprudenza a Nancy, Strasburgo e Ingolstadt, fu consigliere di Massimiliano Giuseppe e poi, dal 1799, primo ministro della Baviera Elettorale (*N.d.t.*).

<sup>(18)</sup> STOELZEL, *Brandenburg-Preussens Rechtsverw. u. Rechtsverfa.*, II, 1888, pp. 141 ss.; STOBBE, II, pp. 446 ss.; LANDSBERG, III, 1, pp. 465 ss.; DILTHEY, *Das allg. Landrecht*, cit.; THIEME, ZSS, GA, LVI (1936), pp. 202 ss.; H. NEUFELD, *Die friedericianische Justizreform bis z. J. 1780* (dissertaz. di dottorato dell'Univ. di Gottinga dell'anno 1910); WOLF, GRD, 440 ss.; SCHMIDT, *Staat u. Recht in Theorie u. Praxis Friedrich d. Gr.*, Festschr. A. Schultze, 1936, pp. 89 ss.; ID., *Rechtssprüche u. Machtsprüche d. preuss. Könige d. 18. Jhs.*, 1943; ID., *Einf.*, pp. 248 ss.; CONRAD, *Die geist. Grundlagen d. ALR f. d. preuss. Staaten v. 1794*, 1958; ID., *Das ALR von 1794 als Grundgesetz d. friederiz. Staates*, 1965; dal punto di vista della critica marxista cfr. HEUER, *Allgem. Landrecht u. Klassenkampf*.

studio di questa storia consente di ricostruire puntualmente il progressivo influsso esercitato dal Giusnaturalismo.

1. a) Agl'inizî del Settecento nei territorî brandemburghesi (Marca di Brandemburgo, Neumark, Pomeriania orientale, Ducato di Prussia, Vescovati di Halberstadt e di Magdeburgo, territorî della Bassa Renania e della Westfalia) ebbero vigore diritti differenti secondo le diverse origini storiche <sup>(19)</sup>. Dal risoluto sforzo di Federico Guglielmo I per la unificazione organizzativa di questi territorî nacque anche l'esigenza di unificare la legislazione in materia di diritto privato. La tendenza insita in questo progetto si espresse subito dopo la sua ascesa al trono nel § 156 dell'Editto del 26 giugno 1713 e nel *Cabinets-Ordre* del 18 giugno 1713 alla Facoltà di Halle: accanto all'antico programma di riforme (« bisogna combattere l'arbitrio ») cominciano già ad emergere — col riferimento alla « sana ragione » e alle « condizioni del paese » — le esigenze dell'Illuminismo e del diritto naturale « storico ». La direzione dell'impresa fu affidata al Thomasius in grazia « *della sua abilità e della sua dottrina, a noi ben note* »; ma le molte esitazioni di costui circa punti fondamentali del lavoro impedirono l'esecuzione di questo progetto.

b) Una seconda fase portò al passaggio al programma illuminista per la diretta iniziativa di Federico il Grande che, nel compier l'impresa, si comportò da scolaro del Voltaire e del Montesquieu (delle cui dottrine egli riferì all'Accademia Prussiana delle Scienze) <sup>(20)</sup>, ma con la collaborazione determinante del suo Cancelliere Samuel Coccej (1679-1753) ch'era ancora allievo del tardo *Usus modernus* <sup>(21)</sup>. Ancora il *Cabinets-Ordre* (« Costituzione »)

---

*Die Auseinandersetzung um d. Prinz. d. ALR Ende d. 18. Jhs. als Ausdruck des Feudalsystems in Preussen*, 1960; sulla preistoria cfr. LASPEYRES, *Die Rez. d. röm. R. in d. Mark Brandenburg u. d. Preuss. Gesetzgebung vor Friedrich II.*, ZdtschRW, VI (1841), pp. 1 ss., 88 ss. Fondamentale per illuminare i presupposti politici e sociali ed i singoli aspetti della fase decisiva è il lavoro del KOSELLECK, *Preussen zwischen Reform u. Revolution*, Stuttgart, 1967.

<sup>(19)</sup> Per il Brandemburgo, il Ducato di Prussia e Jülich cfr. *supra*, pp. 291, 293.

<sup>(20)</sup> Cfr. anche la prossima nota 29.

<sup>(21)</sup> Sul Coccej cfr. STOBBE, II, pp. 450 ss.; LANDSBERG, III, 1, pp. 213 ss.; M. SPRINGER, *Die Coccejische Justizreform*, 1914; TRENDELENBURG, *Fried. d.*

al Coccej del 30 dicembre 1746 e la lettera precedente allo stesso Cancelliere (del 5 maggio di quello stesso anno) espressero chiaramente una duplice esigenza: sul piano formale quella d'una conveniente razionalità e chiarezza della norma, e sul piano sostanziale la necessità di fondare la norma stessa sulla ragione naturale e sulle tradizioni costituzionali dei singoli territori. Venivano, così, a confluire l'antico diritto naturale e l'indirizzo inaugurato dal Thomasius (e già presente in Prussia per l'influsso esercitato del Montesquieu) del diritto naturale relativo in un diritto ad un tempo positivo e razionale.

Ma i tempi non erano ancora maturi per un'opera di tal genere. Il progetto del *Corpus Iuris Fridericianum* <sup>(22)</sup>, al pari del Codice bavarese del Kreittmayr, era solamente diritto comune riportato entro gli schemi sistematici delle *Institutiones* giustiniane. E fu una fortuna che, per via della Guerra dei Sette Anni e delle sue conseguenze, la realizzazione di questo progetto fosse provvisoriamente accantonata; perchè nel frattempo crebbero uomini il cui modo di pensare e d'agire s'era formato alla scuola della filosofia illuministica, ed ai quali un più rigoroso senso del dovere pubblico aveva insegnato una più attenta osservazione delle condizioni di vita dei sudditi: Giovanni Casimiro von Carmer, Carl Gottlieb Svarez ed Ernesto Ferdinando Klein; tutti personaggi che sarebbero, sì, impensabili senza lo spirito che pervase l'età di Federico il Grande, ma che non furono nè in tutto congeniali al loro Sovrano nè semplici strumenti della sua volontà.

Carlo Gottlieb Svarez <sup>(23)</sup> (= Schwarz, 1746-1796), nativo di Schweidnitz, studiò diritto naturale alla scuola del Darjes

---

Gr. u. sein Grosskanzler S.v.C., 1863; DÖHRING, voce *Samuel Coccej*, in *Neue DtBiogr.*, 3, p. 301.

<sup>(22)</sup> Il titolo originale è: *Project des Corpus Iuris Fridericiani, d.h. S.M. in der Vernunft und Landesverfassungen gegründetes Landrecht, worin das Römische Recht in eine natürliche Ordnung und richtiges System, nach denen dreyen Objectis juris gebracht*, Halle, 1749-1751 (N.d.t.).

<sup>(23)</sup> STOELZEL, G. C. Svarez, 1885, HINSCHIUS, AcP, LXV (1889), pp. 289 s.; SCHMIDT, *Schlesische Lebensbilder*, II, 1926, pp. 331 ss.; WOLF, GRD, pp. 424 ss. (la bibliografia è citata alle pp. 463 ss.); THIEME, C.G.S., in: «Schlesien, Berlin und anderswo», *Juristenjahr.*, VI (1965-66), pp. 1-24; cfr. anche *supra* i lavori

negli anni 1763-64 (cfr. *supra*, pp. 490 s.). Operoso dal 1765 nella giustizia slesiana, nel 1768 fu incaricato dall'allora ministro slesiano della giustizia Giovanni Casimiro von Carmer (1720-1801) <sup>(24)</sup> della riforma dell'ordinamento giudiziario, nel 1769 della redazione dell'ordinamento del credito ai cavalieri e agli agricoltori e della raccolta delle leggi provinciali della Slesia. Dal 1775 lavorò al progetto d'un nuovo ordinamento giudiziario della Prussia, che in un primo tempo non andò a buon fine per l'opposizione del Gran Cancelliere Fürst.

Ernesto Ferdinando Klein <sup>(25)</sup> (1744-1810) assessore al tribunale cittadino di Breslavia, e nel contempo consigliere, membro del Consiglio supremo di giustizia, in seguito professore di diritto penale a Halle, fu costante e stretto collaboratore del Svarez, specialmente nei lavori preparatori in materia di diritto penale e di diritto delle successioni.

c) Quando, dopo la caduta del Gran Cancelliere Fürst (nel 1779, in concomitanza coi processi del mugnaio Arnold) <sup>(26)</sup> il Carmer fu chiamato a succedergli, la codificazione ebbe un nuovo impulso. Con un *Cabinets-Ordre* del 1780 fu ordinata la compilazione dapprima d'un ordinamento ipotecario (pubblicato poi nel 1783) e d'un ordinamento giudiziario (promulgato nel 1793), dei quali il primo fornì il modello per lo sviluppo della pubblicità immobiliare in Germania <sup>(27)</sup> e il secondo tradusse in modo particolarmente vivo gl'ideali dell'Assolutismo illuminato nella materia processuale. Anche nelle linee direttrici del *Cabinets-Ordre* del 14 aprile 1780 per la elaborazione dell'Ordinamento territoriale generale (*Allgemeines Landrecht*) <sup>(28)</sup> poté esprimersi, in un modo per allora assolutamente spregiudicato, quella fede cosciente

---

or ora citati, alla nota 18, dello STOELZEL, del DILTHEY, del THIEME, dello SCHMIDT del CONRAD e del HEUER.

<sup>(24)</sup> LANDSBERG, III, 1, pp. 470 s.; STOELZEL, *Rechtsverw.*, cit., p. 284; EB. SCHMIDT, *Schl. Lebensbilder*, cit., pp. 331 ss.; DÖHRING, *J.v.C.*, in: *Neue Dt. Biogr.*, 3, p. 150; WOLF, GRD, pp. 434 ss.

<sup>(25)</sup> LANDSBERG, III, 1, pp. 470 s.; DILTHEY, *op. ult. cit.*, pp. 144 ss.; la letteratura specialistica (cfr. DÖHRING, p. 411) attiene prevalentemente alla storia del diritto penale.

<sup>(26)</sup> DICKEL, *Fried. d. Gr. u. d. Prozesse d. Müller Arnold*, 1891; su cui cfr. SCHMIDT, *Festschr. A. Schultze*, 1936, pp. 91 ss.; ID., *Rechtsspr. u. Machtspr.*, cit.

<sup>(27)</sup> HEDEMANN, *Fortschr. d. Zivilr. im 19. Jh.*, II, 2, 1935; *Formelles Bodenrecht*, pp. 255 ss.; H. BRANDT, *Eigentumserwerb*, cit., pp. 77 ss.

<sup>(28)</sup> Il testo è reperibile in STOBBE, II, p. 458.



nella giustizia che fu propria dell'Assolutismo illuminato e che si tradusse nell'affermazione del diritto naturale, nella compiutezza fino alla prolissità per prevenire le sottigliezze interpretative, nel conferire non al giudice ma ad una commissione legislativa il potere di risolvere i dubbî di interpretazione.

Il modo con cui questo compito fu eseguito rappresentò un autentico modello dell'arte codificatoria dell'Illuminismo europeo. Il lavoro creativo fu nella sostanza dello Svarez e del Klein. Anzitutto essi redassero — negli anni tra il 1780 e il 1782 — un sunto del *Corpus Juris* secondo un ordine sistematico (« naturale »); poi vennero raccolte le legislazioni provinciali e le massime giurisprudenziali, e nel 1784 — sulla loro base — venne redatto dal Klein un progetto preliminare (« *legislatorischer Vorentwurf* »), che poi, corretto dallo Svarez secondo le osservazioni del Carmer, venne presentato nel 1786 al vecchio Sovrano col titolo di « Progetto per un codice generale degli Stati prussiani » (*Entwurf eines Allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten*) (ed il celebre giudizio che ne dette Federico — « ma è troppo grosso! le leggi dovrebbero essere brevi, non prolisse » — non fu un'idea balenata lì per lì, ma la traduzione puntuale d'un antico *topos* della moralistica europea) <sup>(29)</sup>. Le osservazioni fatte a questo progetto portarono ad una sua rielaborazione e dettero occasione alle celebri *Relazioni* dello Svarez che rappresentano il capolavoro esemplare d'una politica legislativa responsabile <sup>(30)</sup>.

d) Nel 1787 il progetto fu portato a conoscenza del pubblico tedesco e di quello di tutta l'Europa, con un invito — reso ancor più attraente da un concorso a premi — ai « giuristi filosofi » (anche stranieri, purchè di lingua tedesca), ai Governi e alle classi

---

<sup>(29)</sup> Questo giudizio si fondava sull'influsso diretto del Montesquieu (*Esprit des lois*, IX, 16) e del Razionalismo francese (cfr. WOLF, pp. 443 s.): l'ideale della stringatezza risale, attraverso la mediazione del Montaigne, all'Antichità; una replica, seppur velata, a questa critica può ritrovarsi in una conferenza tenuta dallo Svarez alla « Società dei mercoledì » dal titolo « Fino a qual punto le leggi possano e debbano essere brevi » (*Inwiefern können und müssen Gesetze kurz seyn*, in: « *Biesters Monatsschrift* », XII, 1788, pp. 99-112). Sulla analoga discussione che si svolse nell'ambito della legislazione francese di questa età cfr. KOSCHAKER, p. 343.

<sup>(30)</sup> STOELZEL, *Svarez*, p. 389 ss.

(*Stände*) di tutte le province prussiane a fare le loro osservazioni. La gran copia di materiale che si raccolse — v'eran frammiste espressioni di consenso del von Pütter, per esempio, del Gönner e del Mirabeau <sup>(81)</sup>, ma anche le critiche dello Schlosser <sup>(82)</sup> cognato del Goethe, ed in più suggerimenti davvero ingenui da parte del pubblico (la proposta, per esempio, d'introdurre la poligamia per salvaguardare la donna dal danno delle troppe gravidanze) <sup>(83)</sup> — fu vagliata con rigore scientifico dallo Svarez ed utilizzata per la rielaborazione dell'ultimo progetto negli anni tra il 1787 e il 1790 <sup>(84)</sup>. Per quest'ultima stesura (la « revisione Svarez » avvenuta tra il 1789 e il 1792) il Klein s'occupò del diritto penale, il Gossler del commerciale, l'amburghese Büsch del diritto della navigazione e lo Svarez di tutto il resto. Nelle conferenze tenute dallo Svarez di fronte al Principe ereditario e pubblicate solo di recente, e nel suo « Insegnamento al popolo sulle leggi » <sup>(85)</sup> scritto con la collaborazione del Gossler (particolarmente significativo dell'impegno illuministico per l'educazione del popolo) le idee fondamentali dello Svarez emergono in modo particolarmente perspicuo. La pubblicazione di questo complesso normativo, col titolo di Codice generale (*Allgemeines Gesetzbuch*) fu prevista per il 1° giugno del 1792.

e) A questo punto accadde che, influenzato dalla reazione politica e teologica nei confronti del malfamato ministro dei culti Wöllner e del ministro della giustizia Danckelmann <sup>(86)</sup>, Federico Guglielmo II

<sup>(81)</sup> Cfr. *supra*, alla nt. 11.

<sup>(82)</sup> J. G. SCHLOSSER, *Briefe über d. Gesetzgebung überhaupt u. d. Entwurf des Preussischen Gesetzbuches insbesondere*, 1789-90; su cui cfr. WOLF, GRD, p. 444.

<sup>(83)</sup> SIEVERT, *Wissensch. Erklärung d. neuesten allg. preuss. Landesgesetze (1800-1801)*, Materialien zum ALR 37, 150 e 168. Il fac-simile è riprodotto in THIEME, *Materialien zum Allgem. Landrecht den Teilnehmern am 6. Deutschen Rechtshistorikertag überreicht von d. Rechts- u. Staatswiss. Fakultät Breslau*, 1939.

<sup>(84)</sup> Cfr. *supra*, alla nt. 7.

<sup>(85)</sup> Cfr. *supra*, alla nt. 8. Il titolo originale tedesco è *Unterricht für das Volk über die Gesetze*.

<sup>(86)</sup> Su queste manovre cfr. STOBBE, II, p. 464; SCHMIDT, pp. 279 ss.; WOLF, GRD, pp. 447 ss. (più benevole nei confronti del Dankelmann a p. 456); CONRAD, *Rechtsstaatl. Bestrebungen im Absolutismus Preussens u. Österreichs am Ende des 18. Jhs.*, 1961; penetranti le osservazioni del HEUER, *Allgemeines Landrecht*, cit., pp. 184 ss., 195 ss. Contro l'idea d'un infusso esercitato dall'impressione

ne rinviase *sine die* l'entrata in vigore: ci si era scandalizzati della dottrina illuministica dello Stato, e perfino della terminologia di diritto pubblico («atto d'imperio», *Introd.*, § 6; oppure «codice» o «ceto dei cittadini», V, 28, § 33), ed anche del termine (e del concetto) di «abuso di comportamenti religiosi a scopo di esorcismo e di scongiuro». Soltanto adottando una tattica assai complessa e faticosa il Carmer e lo Svarez riuscirono a salvare la loro opera, che nel 1793 fu promulgata a titolo d'esperimento limitatamente ai territori della Prussia meridionale di recente annessione<sup>(37)</sup>; in seguito ne fu consentito l'insegnamento, e alla fine — previa l'espunzione delle espressioni incriminate e sulla base delle relazioni ufficiali che documentavano la revisione finale — venne pubblicata il 5 luglio 1794. Però, nei territori già da prima appartenenti alla sovranità prussiana, il vigore del diritto di famiglia e di quello di successione rimase per il momento sospeso per le parti più propriamente privatistiche.

In seguito, e nelle antiche terre prussiane (secondo la situazione in atto dal 1794), l'ordinamento territoriale (*Landrecht*) restò in vigore fino al 1° gennaio 1900. Nei territori della Westfalia che furono annessi alla Prussia nel 1814, invece, esso fu introdotto, ma non nella Renania annessa nel 1866. Parti essenziali dell'ordinamento di polizia furono sostituite (ed in parte recepite) soltanto dalla Legge di polizia del 1930, e tra questi il celebre § 10, II, 17 divenuto in seguito norma vigente in tutta la Germania. Le norme relative a talune materie di diritto pubblico (la normativa sulle costruzioni, per esempio, e quella sui rapporti di vicinato) sono ancor oggi in vigore in quella che allora era la Prussia ed in quelle parti della Westfalia anticamente soggette alla sovranità prussiana.

2. Cogliendo lucidamente lo spirito che la pervade, il Dilthey ha insuperabilmente definito questa codificazione «diritto naturale prussiano»<sup>(38)</sup>. Nel bene e nel male essa è un documento puntuale di quella che potremmo chiamare l'ingegneria costitu-

---

destata dalla radicalizzazione della Rivoluzione francese — idea accolta in questo libro fin dalla sua prima edizione — il HEUER osserva che la sospensione fu disposta già prima della dichiarazione di guerra della Coalizione austro-prussiana e della caduta (che fu presso che immediata conseguenza di quella dichiarazione) della Monarchia francese (nell'agosto del 1792).

<sup>(37)</sup> Per questa materia cfr. HUBATSCH-BUSSENIUS, *Urkunden u. Akten z. Gesch. d. preuss. Verwaltung in Südproussen u. Neuostpreussen*, I-II, 1960-61; cfr. anche THIEME, *Svarez*, cit., pp. 18 s., 21 s.

<sup>(38)</sup> *Das allgem. Landrecht*, cit.

zionale e politica di Federico, vale a dire la « traduzione » prussiana del tardo Assolutismo illuminato europeo.

a) Proprio su questo impegno costruttivo trovò il proprio fondamento quella esasperata pretesa di validità che molto più tardi sarebbe stata superata da altri atteggiamenti culturali e spirituali. Solo tenendo presente questa pretesa si possono capire la proibizione — sanzionata alla fine dal *Cabinets-Ordre* del 3 agosto 1798 — d'ogni sorta di rielaborazione interpretativa, il chiarimento degli eventuali dubbî ermeneutici preventivamente affidato alla « Commissione legislativa », lo sforzo per una descrizione casistica tanto esauriente e chiara da diventar qualche volta scrupolosa e financo divertente <sup>(39)</sup>, e quell'atteggiamento di fondamentale paternalismo nei confronti d'un suddito del quale si voleva in ogni modo procurare la felicità. Riaffiorava, insomma, in questa normativa quella convinzione ch'era già stata di Christian Wolff e che riteneva possibile per il « diritto naturale storico » dar vita ad un ordinamento giusto e razionale fin nei minimi particolari. Certo anche questa medaglia, pur dall'apparenza così accattivante, aveva il suo rovescio: ed era una messa in disparte d'ogni capacità creativa, sia nell'attività giurisdizionale che nella scienza giuridica (di cui in sèguito tutt'e due si sarebbero vendicate col loro disprezzo per il dato legislativo).

b) Anche i contenuti di questo codice sono di chiaro sapore giusnaturalistico.

Anzitutto il sistema che, attraverso la mediazione di Christian Wolff, fu tributario del pensiero pufendorfiano <sup>(40)</sup>: I. Diritti reali (= norme sul patrimonio del privato) 1) modi diretti e 2) indiretti di trasferimento della proprietà (con inclusione della

---

<sup>(39)</sup> Per questo cfr. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. it. V. ARANGIO-RUIZ, Firenze, 1949, pp. 18 s., con significativi esempi; ai quali potremmo aggiungere quelli offerti, sempre nell'ALR, da altre norme: I, 2, §§ 98 ss., § 102, I, 3, § 158 (« Quel che è disposto per gli assiti, vale di regola anche per le staccionate »).

<sup>(40)</sup> Cfr. per questo DERNBURG, *Bürgerl. Recht*, I, p. 42; LANDSBERG, III, I, p. 473, e, partic. HEYDEMANN, *Einl. in d. System des preuss. Civilrechts*, I, II ed., 1861, pp. 35 s.; e, in sèguito, A. B. SCHWARZ, ZSS, RA, XLII (1921), p. 605, nt. 60.

materia attinente al diritto delle obbligazioni); 3) Trasferimento della proprietà *mortis causa* (diritto successorio); 4) Manutenzione e perdita della proprietà; 5) Proprietà collettiva; 6) Diritti reali e personali sulle cose. II. Associazioni (la *consociatio* groziana)  
 1) Diritti che si fondano sull'appartenenza alla stessa « casa » (diritto di famiglia, rapporti patrimoniali all'interno della famiglia, regolamento del servizio domestico); 2) Diritti dei diversi ceti nello Stato; 3) Diritti e doveri dello Stato nei confronti dei cittadini (diritto costituzionale ed amministrativo).

C'è, poi, da considerare quell'etica giuridica che ha dato un nuovo volto ed un assetto sistematico nuovo al materiale che era stato elaborato per secoli dalla riflessione dei dottori del Diritto comune <sup>(41)</sup>. In particolare fu recepita la dottrina (prekantiana) dei doveri di Christian Wolff, soprattutto nella redazione della celebre introduzione all'ALR (*Allgemeines Landrecht* = ordinamento territoriale generale), l'antico concetto giusnaturalistico di proprietà con la sua estensibilità ad ogni sorta di oggetto compresi i beni immateriali (contrariamente a quella che è stata la soluzione accolta poi dal Codice civile tedesco ai §§ 90 e 903), e i doveri del proprietario. È perfettamente coerente con questo quadro sistematico l'inclusione del diritto delle obbligazioni nel sistema dei « diritti sulle cose » <sup>(42)</sup> ed anche il riconoscimento di un *jus ad rem* sul quale ha direttamente influito il principio giusnaturalistico del consenso nell'acquisto della proprietà <sup>(43)</sup>. Giusnaturalistiche per forma e per contenuto sono la libertà contrattuale (i *pacta conventa* sono azionabili), l'idea di matrimonio e la normativa in materia di divorzio.

### 3. Valutazione.

a) Non soltanto secondo i metri di giudizio propri del suo tempo questo codice è, per stile e per contenuto, espressione d'un'alta cultura giuridica. Esempio presso che unico nella storia della legislazione europea, esso riesce ad elaborare un progetto

---

<sup>(41)</sup> Cfr. gli scritti del DILTHEY, dello SCHMIDT e del CONRAD, citati poc'anzi alla nt. 18.

<sup>(42)</sup> Ne abbiám già parlato *supra* alle pp. 442 e 473.

<sup>(43)</sup> Cfr. *supra*, p. 445.

esauriente di ordinamento statale movendo da un rigoroso sistema di principi assunti come fondanti della società umana. Questa coerente struttura architettonica era resa metodologicamente possibile da quell'antropologia giusnaturalistica che andò già persa nel *Code civil* in quanto ordinamento d'una Nazione ormai priva delle classi tipiche dell'*Ancien Régime* e nel Codice civile (*ABGB*) austriaco in quanto legislazione d'una monarchia ereditaria e plurinazionale nel cui seno era viva ed operante una pluralità di tradizioni costituzionali. Quest'edificio teorico del Giusnaturalismo fu poi completato dall'apporto del pragmatismo e di quel senso storico che fu più tardi innestato sul tronco giusnaturalistico ad opera del Thomasius e del Montesquieu. A questo punto esso non era più un concetto astratto e generale, ma rappresentazione razionale della realtà oggettiva (44). All'etica politica e al vigore teorico del suo creatore Svarez, questo Codice prussiano deve la sua veste linguistica resa già allora più nobile dall'emergere della letteratura classica tedesca e alla passione educativa propria dell'Illuminismo quella comprensibilità e quel carattere nazionale che — a stare a testimonianze di certo non esagerate — gli furon sempre riconosciuti nelle campagne e nelle città della Prussia (45).

---

(44) BEYERLE, Dt. Rwiss., IV (1939), pp. 16 ss.; sui presupposti storico-culturali di quest'opera cfr. THIEME, ZSS, GA, LVI (1936), pp. 202 ss.; CONRAD, *Die geistige Grundlagen*, cit.

(45) Per la valutazione di questo *Landrecht* quale « Bibbia laica » delle popolazioni rurali e simili altri giudizi ci si riferisce più che altro alle controversie di Achim von Arnim col Savigny a proposito proprio del valore di questa legislazione (sulla base soprattutto della lettera del Savigny a Jacob Grimm del 15 dicembre 1814, su cui cfr. THIEME, ZSS, GA, LVII, p. 407 e WOLF, GRD, p. 504; altri documenti sono offerti dalle altre polemiche del von Arnim: cfr. E. WOLF, *Vom Wesen d. Rechts in dtsh. Dichtung*, 1946, p. 47). Su uomini come il von Arnim agirono certamente, accanto alla sensibilità istintiva del romantico per quella che appariva essere la concreta vita del popolo, anche il punto di vista del personaggio ancora sensibile ai « valori » dell'*Ancien Régime*; tutt'altro discorso, poi, sarebbe da fare se si volesse accertare cosa realmente pensassero la borghesia allora politicamente in fase di emersione e le masse popolari. Cfr. KOSCHAKER, pp. 341-42, nt. 134; del tutto diversamente conseguenziale l'interpretazione che oggi si tende a dare nella Germania Orientale (HEUER, *Allgemeines Landrecht u. Klassenkampf*, cit. alla nt. 18).

b) I limiti di questa legislazione si posson cogliere nella soluzione storicamente determinata e contingente, che l'intuizione di politica del diritto propria dell'Illuminismo individuò per dare assetto alla convivenza umana: nella acritica fede nella ragione, nella sfiducia nei confronti dell'autoresponsabilità dei cittadini e nella visione ormai superata della società. E fu proprio la fede giusnaturalistica nella possibilità d'un diritto assolutamente giusto e razionale (pure in una data situazione storica) ad ingenerare nel legislatore la presunzione di poter regolare una volta per sempre tutti i possibili rapporti intersoggettivi. Così facendo questo legislatore si assunse l'onere d'elaborare una casistica normativa ed un sistema di controlli futuri, escludendo ogni possibilità di quell'ulteriore ciclo vitale in cui assai spesso un sistema normativo riesce a spiegare tutta una serie di riserve (autogene ed implicite) che nemmeno il suo autore sarebbe stato in grado di prevedere. Alla forte coscienza di sè faceva riscontro nel legislatore una diffidenza nei confronti della scienza giuridica, che trovava il proprio fondamento non solamente nelle opinioni personali del vecchio Sovrano e nelle sue posizioni (più arretrate rispetto a quelle dei migliori spiriti del suo tempo), ma anche negli orientamenti pedagogici d'un'epoca che — proprio per il suo sentirsi un *Illuminismo* — respingeva ogni atteggiamento «isolazionista» dell'uomo di cultura.

4. Certi atteggiamenti antiquati possono spiegare anche a sufficienza perchè gli effetti e gl'influssi avuti da questo codice sian rimasti subito tanto al di sotto del suo reale valore.

Per lo più lodato dai suoi contemporanei (il Gönner ne raccomandò la recezione da parte di tutti gli Stati di lingua tedesca), suscitò per ogni dove imitatori; ed ancora al Thibaut questo codice fece nascer l'idea di unificare il diritto di tutta la nazione tedesca <sup>(46)</sup>. Ma la sua fama, in sèguito, decadde. Intanto non c'è da dimenticare il fatto ch'esso fu sopravanzato in chiarezza concettuale dai successivi codici austriaco e soprattutto francese, con la loro maggior capacità di astrazione e il più spiccato uni-

---

(46) Cfr. *infra*, II, pp. 65 ss.

versalismo dei loro presupposti politici. Ma ancor più decisivo per questo fu il venir meno di quell'antica struttura sociale e politica propria dell'*Ancien Régime* a cui aveva mirato (per lo meno in terra tedesca) la vecchia dottrina giusnaturalista: un processo di superamento che ebbe il suo culmine nella Rivoluzione francese a cui seguirono in Prussia le riforme politiche del von Stein e del Hardenberg <sup>(47)</sup>. Dall'ALR prussiano parlava ancora troppo lo spirito dell'Assolutismo illuminato, per non esser sopraffatto dalla vittoria della società borghese (e non soltanto nella Germania occidentale, dove — anche dopo il 1814 — venne mantenuto in vigore il Codice napoleonico). E d'altra parte anche negli antichi territori prussiani questo codice veniva minacciato dalle forze della Restaurazione, che tentarono — per esempio — di riformare il diritto matrimoniale. Eppoi anche l'ALR condivise il destino tipico di molte codificazioni; le quali, rappresentando la conclusione e quasi il suggello di grandi movimenti spirituali e culturali, appena promulgate vengono immediatamente investite e sopravanzate da nuove forze storiche, che nella miglior delle ipotesi le sottopongono ad una sorta di stravolgimento interpretativo quando non arrivano addirittura a disprezzarle del tutto.

All'ALR questo accadde ad opera della Scuola Storica, il cui primo attacco fu diretto proprio contro i codici dell'Assolutismo illuminato. Così, mentre l'ALR aveva voluto ridurre la scienza e l'opera del giudice alla funzione di semplici guardiani della legge, la scienza lo ricambiò poi col disprezzo arrogante e più ancora con la totale trascuranza. Quel giudizio che il Savigny dette nel 1816, e che a noi oggi appare fuor di luogo e non certo imparziale, ha lungamente pesato sulla legge impedendone lo sviluppo sul piano più propriamente scientifico <sup>(48)</sup>. Nel 1810 la

---

<sup>(47)</sup> Si allude qui a due uomini politici — Heinrich Friedrich Karl von STEIN (Nassau, 1757 - Kappenberg, 1831) e Karl August principe di HARDENBERG (Essenrode, 1750 - Genova, 1822) — che ebbero una parte di primo piano nelle riforme politiche che si fecero in Prussia (*N.d.t.*).

<sup>(48)</sup> Queste osservazioni, nelle quali appare un giustificato rimprovero, son già presenti in LANDSBERG, III, 2, p. 203; THIEME, ZSS, GA, LVII, pp. 405 ss.; *Id.*, *Naturr. u. eur. PrRG*, cit., p. 47, nt. 13. Con un'arroganza ancor più inaccettabile la lettera del Savigny al von Arnim del 1816 definisce questa normativa



prima cattedra di diritto civile fu occupata, in Prussia, dal Savigny; ma solo nel 1819 egli tenne realmente delle lezioni sul *Landrecht*, che non valutavano però più in modo corretto i presupposti più intimi e sostanziali di questo complesso normativo <sup>(49)</sup> riuscendo ad influenzare coloro che ne commentarono il testo (Brunnemann, Koch) in una direzione coerente con l'ottica propria della Scuola Storica. Solo nel 1845 fu istituita una cattedra specifica di diritto prussiano: ed a questo punto nacquero i grandi lavori d'un Förster d'un Eccius e d'un Dernburg <sup>(50)</sup>, che portarono lo studio del diritto privato territoriale (*Landesprivatrecht*) ai più alti livelli della scienza giuridica tedesca di quest'epoca.

III. Quanto i codici di quest'epoca fossero espressione di quello spirito illuministico che pervadeva tutta la società germanica, è chiaramente provato dal sincronismo della codificazione austriaca rispetto a quella prussiana. Anche in questo caso a decidere fu l'iniziativa di sovrani di grande spicco (Maria Teresa e Giuseppe II), e, nell'ultima fase, una notevole personalità di legislatore, Franz von Zeiller; ed anche qui si può ben parlare d'un'etica politica e d'un progetto chiaro e ben cosciente di sé come fattori traenti dell'intero processo di codificazione. Anche nella tendenza all'unificazione legislativa d'uno Stato di grandi proporzioni (costituitosi progressivamente attraverso l'annessione di territori con tradizioni tra loro diverse) si faceva palese il medesimo interesse alla necessaria razionalizzazione dello Stato nato sul territorio dell'antica colonizzazione tedesca ad oriente, il quale (come la Prussia dalla spartizione della Polonia del 1795 fino al 1806) mirava a tenere insieme — dal di fuori e con strumenti organizzativi del tutto estrinseci — una congerie di paesi

---

« per forma e per contenuto un mucchio di spazzatura » (1). Resta solamente da osservare che quando poi diventò ministro della legislazione e prudente amico della Corona non fu più il critico delle codificazioni del programma del 1814.

<sup>(49)</sup> Purtroppo questo giudizio viene confermato dalla trascrizione fatta dal Deiters (cfr. il documentato e istruttivo contributo dello STRAUCH, *F.C.v. Savignys Landrechtsvorlesung vom Sommer 1824*, in: *Festschr. E.v.Hippel*, 1965, pp. 245-281).

<sup>(50)</sup> LANDSBERG, III, 2, pp. 930 ss.; STRAUCH, *op. ult. cit.*

e di popoli che s'era venuta costituendo in modo affatto arbitrario <sup>(51)</sup>.

1. a) Gl'inizi risalgono al 1753, quando Maria Teresa — nel momento in cui veniva impostato il progetto per la codificazione penale che avrebbe poi fruttato nel 1768 quell'esemplare d'arretratezza legislativa che fu la *Constitutio Criminalis Theresiana* — costituì a Brno, per avere un diritto sostanziale e processuale certo ed uniforme, una Commissione con l'incarico di redigere, secondo il diritto comune e quello « di ragione », una legislazione civile generale (che allora si definì *Codex Theresianus juris civilis*) da valere per i territori ereditari della Corona d'Austria (Austria, Stiria, Tirolo, Boemia, Moravia e Slesia). Dalle proposte di questa Commissione venne fuori un primo progetto assai pesante, che fu sintetizzato in sèguito da una seconda Commissione (che lavorò a Vienna e di cui fecero parte prima l'Azzoni e poi lo Zencker) in un secondo progetto che, seguendo lo schema delle *Institutiones* giustiniane, occupava pur sempre otto volumi *in folio*.

b) Seguendo il consiglio del suo ministro, il von Kaunitz, la Sovrana respinse il progetto per la sua oscurità e la sua mole, e nel 1772 formò una nuova Commissione. I legislatori dovevan preoccuparsi della brevità, d'evitare ogni possibile equivoco interpretativo, della semplicità e dell'« equità naturale », con ciò manifestamente dando un giudizio palesemente negativo sulla prolissità e sul tradizionalismo dei lavori preparatori fino ad allora svolti. Per questa rielaborazione fu preso a base un progetto redatto dal Horten; e, dopo alcune interruzioni del lavoro, il 1° novembre 1786, sotto l'Imperatore Giuseppe II, venne pubblicata la prima parte d'un *Codice* che si chiamò *Giuseppino*, redatta dal Horten e dal Keess.

c) Con Leopoldo II i lavori proseguirono sotto la guida d'un grande giusnaturalista e politico del diritto — Carl Anton von Martini (1726-1800) <sup>(52)</sup>. Questi presentò un progetto diviso in tre parti, assai ab-

---

<sup>(51)</sup> Sulla codificazione austriaca fino all'ABGB del 1811 cfr.: in generale, STOBBE, II, pp. 472 ss.; HARRAS v. HARASOWSKY, *Gesch. d. Codification d. österreichischen Civilrechts*, Wien, 1868; OFNER, *Der Ur-Entwickl. u. d. Beratungsprotocolle d. Öst. ABGB*, I, II, Wien, 1889; LANDSBERG, III, I, pp. 519 ss.; v. VOLTELINI, *HistZ*, CV (1910), pp. 65 ss.; ID., *Festschr. z. Jahrhundertfeier des ABGB*, I, II, Wien, 1911; E. WEISS, *140 Jahre ABGB*, *JurBl*, Wien, 1951, p. 249; STEINWENTER, *Der Einfl. d. röm. R. auf d. Kodifik. d. bürgerl. R. in Österreich*, Mem. Koschaker, I, pp. 405 ss.; WESENBERG, pp. 142 ss.; CONRAD, *Rechtsstaatliche Bestrebungen*, cit.; sul giuseppinismo della scienza giuridica cfr. anche LANDSBERG, III, I, pp. 379 ss.

<sup>(52)</sup> LANDSBERG, III, I, pp. 383, 521 ss.; A. MENZEL, *Öst. Rd.*, I, pp. 295 ss.; KLEIN-BRUCKSCHWAIGER, *Festschr. Haff, Innsbruck*, 1950, pp. 120 ss.; DÖHRING,

breviato ma ancor più romanizzante <sup>(53)</sup>; progetto che (seguendo l'esempio prussiano) fu promulgato *ad experimentum* soltanto nella Galizia Occidentale da poco annessa e successivamente anche nella Galizia Orientale, sottoponendolo in pari tempo all'esame ufficiale delle Province, delle Facoltà e di Commissioni composte di giudici. Di operare la revisione sulla base di minuziosi *monita* venne incaricata nel 1801 una Commissione imperiale (*Hofkammer*) presieduta dal Conte Rottenhann, di cui era referente (e membro culturalmente più qualificato) Franz von Zeiller, l'ingegno più brillante fra quanti posero mano alla redazione di questo codice.

2. Franz von Zeiller (1753-1828) <sup>(54)</sup> studiò a Vienna Diritto naturale sotto la guida del von Martini, di cui divenne il successore nel 1783; dal 1794 egli occupò sempre uffici giudiziari e governativi di grande rilievo. Figlio dell'Illuminismo di stampo giuseppino tipico della Germania meridionale e dell'Austria, ma già ben altrimenti nutrito della lezione kantiana che non lo Svarez (legato, quest'ultimo, più al suo maestro Wolff), pur se ancora scolaro dell'etica formale kantiana della libertà come i fondatori della Pandettistica <sup>(55)</sup>, il von Zeiller appartiene già a quella generazione di legislatori tra cui primeggiò Anselmo Feuerbach. Di conseguenza, nel suo codice, il Giusnaturalismo influenza parimenti il concetto di diritto come le sue concrete traduzioni sul piano dei particolari contenuti normativi per i quali egli si trova in pieno accordo con l'Illuminismo austriaco. Il von Zeiller fu anche il più ragguardevole commentatore della sua stessa opera <sup>(56)</sup>.

---

pp. 420 s. (con ulteriori ragguagli sulla letteratura coeva); H. CONRAD, *Die Vorträge zum Unterricht d. Erzherzogs Joseph im Natur- und Völkerrecht, sowie im Deutschen Staats- u. Lehnsrecht*, 1964.

<sup>(53)</sup> Quel progetto del von Martini che prima era stato disprezzato trovò a questo punto una valutazione consona al proprio intrinseco valore. Per la bibliografia valgono i ragguagli della nota precedente.

<sup>(54)</sup> PFAFF, *Rede auf Franz Zeiller*, II ed., Wien, 1891; LANDSBERG, III, I, pp. 524 ss.; SWOBODA, *Fr. v. Zeiller*, Graz, 1931; E. WOLF, *Quellenbuch z. Gesch. d. dt. Rwiss.*, 1949, pp. 273 ss.

<sup>(55)</sup> L'interpretazione dello SWOBODA (*Das ABGB im Lichte d. Lehren Kants*, 1926; ID., *Franz. v. Zeiller*, 1931; ID., *RabelZ.*, II, 1928, pp. 337 ss.) non è più condivisa dalla più recente storiografia austriaca: basti per questo rinviare ai lavori or ora citati (nt. 52) del BRUCKSCHWAIGER e del CONRAD.

<sup>(56)</sup> *Commentar über d. allgem. bürgerliche Gesetzbuch f. d. gesammten Erbländer*, I-IV, Wien e Trieste, 1811-13; I contributi del von Zeiller per la Com-

Respinto per tre volte e per altrettante sottoposto a riesame, fatto oggetto prima della pubblicazione di opposizioni simili a quelle che a suo tempo avevano aduggiato l'ALR prussiano, questo codice venne alla fine promulgato il 1° giugno 1811 col nome di « Codice civile generale per i territori ereditari di lingua tedesca » (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblande* = ABGB).

Questo codice fu più tardi esteso, anche al di là dell'ambito dei domini ereditari della Monarchia asburgica, nella Transleitania (il c.d. *Burgenland*), nel Liechtenstein, in Croazia, in Slovenia, in Dalmazia, in Transilvania, e provvisoriamente (dal 1852) anche nel Regno di Ungheria. In questi territori, ad eccezione di quelli che ora appartengono alla Polonia, e negli Stati che sono succeduti alla Monarchia asburgica (ad eccezione dell'Ungheria e della Jugoslavia dove, dopo il 1945, ha cessato di aver vigore) questo codice in parte vige ancora. C'è però da tener presente che la Cecoslovacchia la Jugoslavia e la Romania (per la Transilvania) stanno da decenni preparando delle nuove codificazioni di diritto privato o le hanno già realizzate <sup>(57)</sup>.

3. Anche l'ABGB si adeguò alla struttura sistematica giusnaturalistica, senza però le ridondanze architettoniche dell'ALR prussiano. Intanto esso rinunciò fin da principio ad includere norme di diritto pubblico, stanti le grandi differenze che da questo punto di vista intercorrevano tra i singoli territori ai quali era destinato: esso volle essere, insomma, un semplice codice civile (*Bürgerliches Gesetzbuch*). Nei suoi 1502 paragrafi divisi in tre parti questo codice tratta le seguenti materie: I. Diritto delle persone. II. 1) Diritti reali: possesso, proprietà, privilegi, servitù, successioni; 2) contratti, regime patrimoniale tra coniugi, risarcimento del danno. III. Disposizioni comuni: 1) costituzione; 2) modificazione; 3) estinzione di diritti ed obblighi; 4) prescrizione ed usucapione. È facile scorgere in questa partizione la struttura di quella « parte generale » che era stata introdotta nella sistematica giuridica dagli scolari del Wolff (cfr. *supra*,

---

missione legislativa son reperibili in PFAFF-HOFMANN, *Komm. z. ABGB*, I, 1, 1877, *Exkurs*, pp. 1-68.

<sup>(57)</sup> Sono ancora da vedere ARMINJON-NOLDE, *Traité de droit comparé*, II, Paris, 1950, pp. 213 ss.; EHRENZWEIG, *Syst. d. öst. allg. PrR*, II ed., Wien, 1951, pp. 37 ss.; BAADE, *Jb. f. Intern. R.*, VII (1957), pp. 315 ss.

pp. 490 s.) e che (come è ancor oggi riscontrabile nel BGB) si rifaceva alla tripartizione — *personae res actiones* — propria delle *Institutiones* di Giustiniano ed era stata accolta fin dal progetto del von Martini.

Già dalla limitazione della materia questo codice dà l'impressione d'essere più snello più conciso più « moderno », e cioè assai più simile ai codici civili moderni, che non l'ALR prussiano; impressione, questa, che è confermata dalla formulazione chiara ed armoniosa che già poteva giovare del modello offerto dal Codice napoleonico senza tuttavia raggiungerne l'altezza di timbro stilistico. In questo codice si è rinunciato, sì, alla casistica minuta e di tono paternalistico, alle disquisizioni puramente istruttive, ma anche al calore espressivo dell'ALR. Alcune di queste norme eran chiaramente manchevoli, e furono portate a compimento solamente ad opera della scienza giuridica austriaca dell'Ottocento.

La matrice giusnaturalistica di questo complesso normativo si palesa in particolare nel sistema delle fonti di diritto, vale a dire nell'esclusione rigorosa da questo sistema delle norme consuetudinarie che si fossero venute formando in avvenire (§ 10), e nella esplicita disposizione secondo cui le lacune legislative avrebbero dovuto esser colmate anzitutto mediante l'interpretazione analogica e, in caso di persistenza della lacuna, col ricorso ai « principî naturali ». Giusnaturalistiche come il sistema sono anche talune scelte normative direttamente dipendenti dal sistema stesso: tale, per esempio, l'estensione della proprietà ai beni immateriali e la inserzione (resa così possibile) del diritto delle successioni nel sistema dei diritti reali (dei diritti, cioè, riguardanti il patrimonio). Per taluni aspetti particolari, poi, l'ABGB si rifà del resto al diritto comune più strettamente dello stesso ALR.

Per quanto riguarda il più generale quadro di riferimento ideologico questo Codice porta ancora i segni dell'Illuminismo giuseppinista. Nè vi si avverte l'influsso di quella restaurazione che la caduta di Napoleone portò con sè e che avrebbe ricondotto la normativa sul matrimonio e tutto il diritto di famiglia su posizioni nettamente autoritarie; ma non vi si sente neppur l'eco dell'idea di sovranità popolare e di liberalismo politico che pervadevano già largamente il *Code civil*.

4. L'ABGB è un codice eccellente <sup>(58)</sup>. Per il suo maggior rigore concettuale e sistematico è certamente superiore all'ALR; e non gli è da meno per forza espressiva. La concisione formale fu ottenuta a costo dell'incompletezza, la semplicità del sistema con l'esclusione di tutta quella materia pubblicistica che aveva fatto dell'ALR un rappresentante tipico della dottrina dello Stato del tempo. L'estrapolazione delle disposizioni comuni (parte terza) non ha forse rappresentato un progresso da un punto di vista puramente concettuale: ma proprio a questa sua astrattezza e alla maggior limitatezza della materia disciplinata, oltre che ai suoi pregi intrinseci, l'ABGB deve quella sua gran vitalità che l'ha conservato in vigore per un secolo e mezzo di grandi rivolgimenti politici.

a) In quel coacervo di popoli che fu la Monarchia danubiana questo codice s'è mantenuto stabile, ma ha avuto anche abbastanza vigore per perfezionarsi e trasformarsi, anzitutto attraverso l'opera della scienza privatistica austriaca dell'Ottocento, attraverso le infinite « Novelle » (la più organica delle quali fu quella del 1916 ispirata per più d'un verso al BGB) <sup>(59)</sup> ed ancora attraverso nuove leggi promulgate dagli Stati succeduti al crollo della Corona absburgica soprattutto in materia matrimoniale (Cecoslovacchia, 1920; Austria, 1938 quando entrò in vigore la normativa matrimoniale della « Grande Germania »).

b) Purtroppo anche a questo codice giusnaturalistico fu negato di raggiungere la totale completezza anche da un punto di vista

---

<sup>(58)</sup> Una valutazione può esser tratta soprattutto dal KLEIN, *Die Lebenskraft d. ABGB*, Festschr. Jahrhundertsfeier, I, Wien, 1911, pp. 1-32; ad un articolo del MITTEIS (*Die Zentenarfeier d. ABGB*) comparso sulla viennese *Neue Presse* del 28 maggio 1911 fa riferimento A. B. SCHWARZ, *Das Schweiz. ZBG in ausländ. Rechtswiss.*, Zürich, 1950, p. 7, nt. 13; tra le voci più recenti cfr. EHRENZWEIG, *System*, cit., pp. 29 ss.; STEINWENTER, *Recht u. Kultur*, 1958; tra gli scritti celebrativi del giubileo del 1961 si possono citare quelli del GSCHNITZER, *Jur. Blätter*, 1962, pp. 405 ss. e del BRUCKSCHWAIGER, *JZ*, LXIII, pp. 739 ss.

<sup>(59)</sup> Sulla revisione dell'ABGB attraverso le tre « Novelle » parziali degli anni 1907-1916 e sulle ulteriori e più importanti riforme cfr. le pagine dello SCHEY, in: KLANG-GSCHNITZER, *Kommentar z. ABGB*, I, 1, II ed., Wien, 1964, pp. 14 ss.

scientifico. Nei primi decenni la scienza giuridica austriaca partecipò scarsamente ai progressi della Scuola Storica, mentre anche in Austria lo spirito illuministico si veniva estinguendo. Quando poi, intorno alla metà del secolo, la riforma degli studi giuridici attuata dal Thun-Hohenstein <sup>(60)</sup>, per merito di civilisti quali il Randa l'Unger l'Exner e il Hasenöhrle fu operato l'innesto con la Pandettistica <sup>(61)</sup>, le conquiste di Franz von Zeiller non furono più, per qualche tempo, apprezzate al pieno del loro valore. Tuttavia l'Austria, assai più della Prussia, ha riservato al suo codice — sia sul piano teorico che su quello pratico — un trattamento che è stato pari al suo valore e da cui è nata l'odierna scienza civilistica austriaca.

c) Quella che avrebbe potuto essere l'influenza sul piano internazionale dell'ABGB come degli altri codici germanici di quest'epoca è stata sopravanzata dal successo avuto in tutto il mondo dal *Code civil* sia in grazia delle conquiste militari napoleoniche che in virtù della missione di civiltà ch'esso ha compiuto. Quando, alla fine dell'Ottocento, le codificazioni appartenenti alla « famiglia tedesca » cominciarono a registrare maggiori successi in terra straniera, questi arrisero piuttosto dal 1896 al BGB tedesco e dal 1907 al ZGB svizzero — che erano più moderni — che non all'ormai vecchio codice austriaco. Nella sua terra d'origine, invece, esso ha dato prova della sua grande forza vitale, sia al tempo dell'annessione dell'Austria alla Germania nel 1938, sia — e fino ad oggi — negli Stati nazionali sorti nell'ambito del vecchio Impero asburgico.

IV. Tutti questi codici furono superati, quanto a fecondità di efficacia estrinseca e a consistenza di contenuto culturale, dal

---

(secondo cui il codice si sarebbe ridotto ad avere il vigore d'una fonte sussidiaria); da vedere anche GALLAIX, *La réforme du Code civil Autrichien*, 1925.

<sup>(60)</sup> H. LENTZE, *Die Universitätsreform des Ministers Grafen Leo Thun-Hohenstein*, *ÖstAkWiss*, 239/12, Graz-Wien-Köln, 1965.

<sup>(61)</sup> Per queste personalità cfr. LANDSBERG, III, 2, p. 377 (per il Hasenöhrle), pp. 917 ss. (per l'Unger); per quest'ultimo (1828-1913) è particolarmente da ricordare il lavoro dello STROHAL, *J. Unger*, Jena, 1914; S. FRANKFURTER, *J. Unger*, Wien, 1917; SINZHEIMER, *Jüd. Klassiker d. dt. Rechtswiss.*, Amsterdam, 1938, pp. 105 ss.

*Code civil* del 1804. Certo, anche il codice civile francese nacque da quella fede nella legge che fu tipica del Giusnaturalismo: ma la sua forma intrinseca ed il suo stesso impianto normativo ricevette un impulso irripetibile dalla Rivoluzione e dallo splendore della grandezza personale di Napoleone. Il Codice civile francese fu, non più un prodotto dell'Assolutismo illuminato; ma, agl'inizî, l'opera d'una Nazione rivoluzionaria, e, in sèguito, il capolavoro del suo tribuno, il Primo Console Bonaparte. Il *pathos* nascente dalla sovranità popolare (allora appena conquistata) e dalla partecipazione del Cittadino al processo formativo delle leggi determinò anche le espressioni in cui questo codice prese forma.

I. La storia della formazione di questo Codice <sup>(62)</sup> — senza tener conto degli esitanti progetti abbozzati ancora dall'*Ancien Régime* — risale agl'inizi della Rivoluzione. All'idea dalla Nazione una ed indivisibile che trovò i suoi primi sostenitori fin dagli Stati Generali del 1789, si congiunse l'esigenza (già lungamente maturata nella pubblicistica degli ultimi decenni della Monarchia) di sostituire l'antico particolarismo giuridico di matrice feudale con un diritto generale di tutti i Francesi fondato sulla ragione. La battaglia ingaggiata dalla Rivoluzione contro il vecchio regionalismo fece di quest'esigenza un punto programmatico nel quale si riconobbe già la Costituzione del 1792 (tit. 9).

a) Le condizioni preliminari erano qui più favorevoli che in Germania. La Francia prerivoluzionaria, la storia del cui diritto privato ha potuto esser qui studiata solo incidentalmente, quando abbiamo discorso della sua grande scienza giuridica <sup>(63)</sup>, era divisa — come abbiamo già notato (cfr. *supra*, pp. 81 s.) — in due zone tra loro distinte:

---

<sup>(62)</sup> SEIGNAC, *La législation civile dans la révolution française: 1789-1804*, Paris, 1895; DECLAREUIL, *Hist. gén. di Droit franç.*, Paris, 1925; ESMAN, SALEILLES, SOREL ed AA., *Livre du Centenaire du Code Civil*, Paris, 1911; VAN KAN, *Tijdschr.*, I (1920), pp. 191 ss., 359 ss., II (1921), pp. 149 ss., 359, III (1922), pp. 215, 423, V (1924), p. 76; e ID., *Les efforts de la codification en France*, Paris, 1929; della letteratura tedesca cfr. STOBBE, II, pp. 481 ss.; SCHÄFFER, *Gesch. d. Rechtsverf. in Frankr.*, IV, pp. 304 ss.; ZELT, *Einf. in d. französische Zivilrecht u. d. bad. Landrecht*, 1889, pp. 1 ss.; HEINSHEIMER, *Zivilges. d. Gegenwart*, I, 1932, pp. 1 ss. Sulla « preistoria » cfr. WILHELM, *Gesetzgebung u. Kodif. in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert*, *Jus commune*, I (1967), pp. 241-270.

<sup>(63)</sup> Cfr. *supra*, pp. 243 s.



quella nord-occidentale del *Droit coutumier* e quella centro-meridionale del *Droit écrit*; una divisione, questa, che affondava le proprie radici storiche nel diverso rapporto delle due formazioni statuali — quella franca e quella visigotica — con la struttura imperiale romana <sup>(64)</sup>. Le *Coutumes*, che in coerenza alla loro origine erano in sostanza diritto franco-burgundo-volgare, anche dopo la « scientificizzazione » del diritto operata dalla Giurisprudenza ultramontana attraverso l'intervento sistematizzante dei Parlamenti (cfr. *supra*, p. 156) e la rielaborazione normativa delle *Ordonnances* reali, si conservarono assai meglio che non gli analoghi e più antichi complessi normativi vigenti in terra di Germania. Nel 1580 venne condotta a termine una compilazione di tutte le *Coutumes* — disposta già da Carlo VII nel 1454 — sotto l'influsso potente esercitato dalla prassi giudiziaria del Parlamento di Parigi: si trattò d'una legislazione largamente unificata, romanizzata fortemente nella forma ma assai debolmente nel contenuto. La zona del *Droit écrit*, costituita originariamente da un territorio di diritto volgare gallo-romano, s'era già per tempo aperta all'influsso della tradizione scientifica romanistica; ed in sèguito fu ancor di più compaginata in conformità di queste sue proprie caratteristiche storiche ad opera d'una sezione del Parlamento di Parigi che aveva competenza sulle terre — appunto — dove vigeva il *Droit écrit*.

La Giurisprudenza « culta » aveva messo piede nella Francia centro-meridionale prima ancora che in altre parti d'Europa. In sèguito, poi, seguendo l'itinerario storico del diritto comune, l'abbiam vista contrassegnata, dal suo metodo logico-sistematico (*mos gallicus*) e dallo splendore delle opere degli Umanisti che tornarono a vantaggio anche del diritto patrio. Questa Scuola dei Culti, oltre che eccellenti filologi ed « antiquari », generò anche i grandi Sistemati del diritto comune, ai quali si debbono i fondamenti più propriamente scientifici del *Code civil*. Al grande Donello tenne dietro nel Seicento un Jean Domat (1625-1696), il cui « Sistema naturale delle leggi » (del 1694) ebbe per scopo di disporre in un ordine sistematico chiaro e trasparente quelle leggi che i Romani non avevano bastevolmente ordinato; e, nel Settecento, un P o t h i e r (1669-1772) i cui lavori civilistici (soprattutto le *Pandectae justinianae in novum ordinem digestae*) nell'ultima fase della codificazione avrebbero dominato il sistema e la dogmatica delle obbligazioni che si ritrovano poi nel *Code civil* <sup>(65)</sup>.

<sup>(64)</sup> Cfr. *supra*, pp. 40 ss.

<sup>(65)</sup> Su tutti e due cfr. *supra*, p. 316, nt. 18 e 19; eppoi VIOLLET, *Hist. du droit civil franç.*, III ed., Paris, 1905, pp. 216, 242 s.; A. B. SCHWARZ, ZSS, RA, XLII (1922), pp. 583 s.; con riferimento al sistema del BOURJON, *Droit commun de la France et la coutume de Paris réduite en principes*, Paris, 1747 (1. Des personnes; 2. Des bien; 3. Comme les biens s'acquièrent); MOLITOR, *Grundz. d. neuen Privatrechtsgesch.*, 1949; WESENBERG, pp. 61-68; una valutazione bella

b) La drammatica vicenda della Rivoluzione non fu certo, almeno in un primo tempo, favorevole all'impresa della codificazione. Eppure il prevalere dell'idea di legge propugnata dal Montesquieu e dal Voltaire scatenò in un primo tempo un'attività legislativa entusiastica e febbrile <sup>(66)</sup>, da cui uscirono frettolose riforme legislative in materia immobiliare ed ipotecaria in cui trovava la prima occasione d'esprimersi l'interesse della nuova società borghese alla mobilitazione della proprietà immobiliare e del credito fondiario resa possibile dall'emarginazione della struttura feudale <sup>(67)</sup>. E nel 1793 fu portato a termine, da un Comitato della Convenzione presieduto dal Combacérès, il progetto d'un *Code de la Convention*, che però sarebbe stato poi sopravanzato dagli eventi politici. Solo l'iniziativa di Napoleone Bonaparte — divenuto nel 1800 Primo Console — portò a rapido compimento il progetto della codificazione: accanto alla riforma amministrativa quello della codificazione, fu forse, il retaggio più benefico e più costruttivo di quest'uomo di Stato dedito per allora al servizio della sua Nazione e non ancora conquistato da un disegno d'egemonia universale <sup>(68)</sup>. In molti particolari normativi del Codice è facile scoprire la sua mano; ed anche nell'insieme dell'opera non è difficile cogliere, accanto all'eredità del Pothier e della Rivoluzione, il vigore del suo disegno normativo e della robusta coscienza ch'egli ebbe della sua vocazione di governo. Nei successivi codici del suo Impero si sarebbe poi palesato il disegno già lucido d'un ordinamento unitario destinato a dare assetto alla futura Monarchia universale d'Europa.

Nel 1800 i Consoli incaricarono una Commissione composta di quattro membri, che già dopo pochi mesi aveva predisposto un pro-

---

e sobria la si può leggere in BOEHMER, *Grdl. d. bürg. Rechts*, II, 1, 1951, pp. 41 s.

<sup>(66)</sup> Sugl'inizi cfr. SEIGNAC, *La législation*, cit., pp. 1 ss. e WILHELM, *Gesetzgebung*, cit.

<sup>(67)</sup> GARAUD, *Hist. gén. du Droit pr. Franç. (de 1789 à 1864). La Révolution et la propriété foncière*, Paris, 1958; HEDEMANN, *op. cit. supra*, alla nt. 27, pp. 79 ss.; E. BLANKE, *Die Reform d. französ. Liegenschaftsrechts im Jahre 1955 u. d. dtsch. Liegenschaftsrechts*, München, 1963, partic. pp. 45 ss.

<sup>(68)</sup> Delle centodie sedute Napoleone ne presiedette personalmente cinquantasette: cfr. SOREL, *Livre du centenaire*, cit., p. xxiv.

getto, il quale (com'era già accaduto in Prussia ed in Austria) venne sottoposto al giudizio del pubblico e poi rielaborato dal Consiglio di Stato con l'intervento consueto e talvolta decisivo dello stesso Napoleone <sup>(69)</sup>. La figura di giurista di maggior spicco che mise mano a quest'opera fu certo il Portalis (1746-1804). Il risultato di questa rielaborazione fu in parte respinto dal Corpo Legislativo, sicchè si dovette procedere ad un riesame da parte sia del Consiglio che del Primo Console. A partire dal 1803 le singole parti vennero via via approvate, finchè il 20 marzo 1804 venne promulgato nella sua interezza il *Code civil des Français* (ripubblicato poi nel 1807 come *Code Napoléon*, nel 1814 ancora come *Code civil* e da ultimo negli anni 1852-1870 ancora una volta come *Code Napoléon*).

c) Il nuovo *Code* fu il primo anello d'una catena d'altri codici parimente importanti. Nel 1806 seguì il *Code de commerce*, formatosi attraverso una lunga tradizione legislativa risalente fino all'*Ordonnance des marchands et negocians* del Savary del 1673 <sup>(70)</sup>, ma nel contempo creazione tipica di quel nascente liberismo economico del Primo Impero, che era destinato ad estendersi in tutto il mondo. Nel 1807 fu promulgato il *Code de procédure civile* fondato su quei principî di libertà che, elaborati dalla letteratura giuridica dell'età delle riforme, s'erano poi affermati con la Rivoluzione ed avrebbero in sèguito caratterizzato dappertutto le riforme processuali dell'Europa ottocentesca <sup>(71)</sup>; ed infine, nel 1810, fu la volta del *Code pénal* che, col suo precedente del 1791, rappresenta il primo codice penale nato dal travaglio d'idee dell'Illuminismo. Nel complesso, si tratta d'un'opera legislativa sulla quale si fonda — accanto al *Corpus* giustiniano e dell'eredità del Giusnaturalismo — una gran parte del nostro odierno patrimonio giuridico <sup>(72)</sup>.

---

<sup>(69)</sup> Della testimonianza che lo stesso Napoleone si dava ancora nell'esilio di Sant'Elena parla il KOSCHAKER, p. 236, nt. 46 (« ma gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles ... ce que rien n'effacera, ce que vivra éternellement, c'est mon Code civil! »). Cfr. DURAND, *Etudes sur le Conseil d'Etat Napoléonique*, Paris, 1940, I, pp. 21, 93.

<sup>(70)</sup> Per questo cfr. A. TROUILLIER, *Savary*, 1930; penetranti le pagine del MARIAGE, *Evolution historique*, cit.

<sup>(71)</sup> Cfr. *infra*, II, p. 172.

<sup>(72)</sup> KOSCHAKER, pp. 235 ss.; 466.

d) L'ambito territoriale in cui il *Code* ha avuto vigore, anche all'interno di regioni linguisticamente ed etnicamente tedesche, ha subito variazioni notevoli che ovviamente hanno contato per la storia del diritto privato tedesco. Sùbito, fin dal 1804, fu in vigore sulla riva sinistra del Reno annessa alla Francia dal 1801, e si estese poi fino al 1810, con l'ulteriore espandersi dell'Impero, a territori della Germania nord-occidentale (incluse Amburgo e Lubeca). Abrogato nel 1814 sulla riva destra del Reno (fino al territorio dell'ex-Ducato di Berg), rimase in vigore su quella sinistra (Renania e Palatinato) senza però continuare ad adeguarsi allo sviluppo legislativo di Francia. Anche in Alsazia-Lorena rimase in vigore fino al 1900 e vi fu introdotto di nuovo dopo la riannessione del 1919. Delle legislazioni tedesche storicamente dipendenti dal *Code civil* parleremo tra poco, *sub 4 b*.

2. Il sistema ed il tessuto concettuale dei 2281 articoli del *Code civil* superano in precisione chiarezza e rigore anche quelli dell'ABGB austriaco. Il sistema giusnaturalistico vi è sostanzialmente presente attraverso la mediazione del Pothier <sup>(78)</sup>: I. Diritto delle persone, con inclusione del diritto matrimoniale e della materia tutelare; II. Diritti reali: 1) Proprietà; 2) Diritti reali frazionari; III. Acquisto della proprietà: 1) Successioni e testamenti; 2) Obbligazioni.

Si tratta, dunque, d'una struttura analoga all'ALR e all'ABGB per quanto riguarda l'inclusione di tutta la normativa in materia di patrimonio nella disciplina del diritto di proprietà, o — meglio — nel sistema dei « diritti sulle cose »; così come v'è analogia con l'ALR per quel che attiene all'unificazione della materia delle successioni e delle obbligazioni sotto il titolo unitario dell'« acquisto della proprietà », che però — in conseguenza della notevole perdita di rilevanza dell'autonomo negozio di trasferimento — ha portato ad una sorta di identificazione tra obbligazione e trasferimento di bene mobile che è caratteristica del diritto francese. D'altronde il *Code* ha in comune con l'ABGB la limitazione alla materia privatistica, mentre ne differisce per la mancanza di quella Parte « generale » che era invece una caratteristica peculiare dell'ABGB.

Per quanto riguarda il contenuto è scoperto il riferimento alla Ragione pratica, vale a dire a quell'ultimo stadio della riflessione giusnaturalistica che si era fatto più attento alla contingenza

---

(78) Sul sistema elaborato dal Pothier cfr. DUNOYER, *Blackstone et Pothier*, Paris, 1927; PIRET, *Le rencontre chez Pothier de la conception romaine et féodal de la propriété foncière*; CHARMATZ, *Zur Gesch. u. Konstr. d. Vertragstypen im*

delle situazioni storiche, soprattutto nella vigorosa infiltrazione del *Droit coutumier* ed in particolare della *Coutume* di Parigi a cui i redattori del *Code* hanno fatto per ogni materia riferimento in modo assolutamente spregiudicato. Così l'incidenza « romana » sul Codice francese fu straordinariamente più limitata rispetto a quella che si sarebbe avuta sul Codice tedesco del 1900. Questo apparente paradosso serve a mostrare la superficialità di quel certo modo di vedere (assai diffuso in Germania) che vorrebbe tacciare di « straniero » tutto ciò che sa di diritto « romano » e di autoctono ciò che sembra derivare dall'antico ceppo del diritto franco. Ai postulati normativi della dottrina giusnaturalistica sembra adeguarsi il *Code* per quanto concerne il trasferimento della proprietà sui beni mobili mediante il solo consenso contrattuale o la libertà di divorzio (nella sua forma originaria).

Non è tanto lo spirito nazionale, quanto piuttosto una diversità di accenti sul piano della politica del diritto, a differenziare il Codice francese rispetto ai suoi contemporanei di lingua tedesca. Dall'ALR — così legato alla struttura sociale dell'*Ancien Régime* — e, ma in modo meno visibile dall'ABGB (coerente anch'esso nella sostanza allo Stato assoluto), il *Code* napoleonico si distingue per più d'un verso sul terreno ideologico: per aver sostituito al vincolo wolffiano che teneva legati sovrano e sudditi ai loro reciproci doveri la confluenza (già intuita per primo dal Rousseau) del volere della minoranza nella sintesi unitaria della volontà generale; e per aver superato l'antica pluralità di regioni di classi e di corporazioni nella scoperta unità d'una Nazione fondata sul principio d'uguaglianza. Solo nel *Code civil* l'uguaglianza del cittadino rispetto all'ordinamento (anche e soprattutto per quanto riguarda i diritti reali immobiliari ed il sistema delle successioni) e la libertà della sfera individuale d'ogni soggetto (intesa in particolare come libertà di contrarre e di esercitare un'attività economica) si pongono come assiomi vitali d'un rinnovato modo d'intendere la convivenza sociale. Con tutto ciò, se lo si paragona al radicalismo individualistico ch'era sembrato trionfare nel bollore rivoluzionario, il *Code* mostra d'aver fatto più d'un passo

---

*Schuldrecht*, 1937, pp. 11, 138, 165 s.; THIEME, *Naturrecht u. europ. PrRG*, cit., pp. 26 s.; cfr. anche la bibliografia cit. *supra*, p. 316, nt. 19.

indietro, per esempio nella materia delle garanzie reali immobiliari, dove, disponendo tra l'altro — per l'intervento personale di Napoleone — l'ipoteca generale a favore del minore soggetto a tutela, esso mostra caratteristiche tipiche della « polizia di benessere » dello Stato assoluto ed un indirizzo certamente contrario all'interesse dei traffici; al segno che taluni critici francesi hanno parlato addirittura (ma con un'evidente esagerazione) di indirizzi « aristocratici » o « reazionari », mentre in realtà quella che prevalse fu una tendenza « antifeudistica » ugualitaria e centralistica. E proprio questa tendenza ha dato al *Code* quello spirito e quella forza d'esemplarità anche fuori dei confini nazionali su cui s'è fondata — per tutto l'Ottocento — la sua diffusione nel mondo.

3. Il *Code civil* è un'opera legislativa di altissimo livello.

Per il rigore e la lucidità della struttura, per la sua lingua limpida e quasi epigrammatica (alla quale perfino uno Stendhal riconobbe d'essersi ispirato) esso è certamente superiore a tutt'e due i suoi contemporanei di lingua tedesca, con i quali ha invece a comune la razionalità delle norme. Il suo alto *pathos* politico gli conferisce un equilibrio ed un nitore stilistico tali da avvicinarlo più all'ALR (che pure era nato sul terreno d'un più vecchio concetto di Stato) che non all'ABGB.

Il *Code* ha in comune coi suoi omologhi tedeschi quello che potremmo definire il « rovescio della medaglia » della fede nella ragione, e cioè il dottrinarismo ottimistico; anzi, in questo addirittura li supera. Perché la tendenza ad uniformare e a generalizzare nasce qui, non già da un intento sistematico mirante ad un effetto di conservazione, ma da una volontà rivoluzionaria: questo si può constatare nelle norme in materia di successioni, di diritti reali su beni immobili (ed anche in quella rinuncia alla pubblicità immobiliare che rappresenta il tallone d'Achille del *Code* nella sua originaria stesura). Si può, insomma, dire che la *ratio* che ha guidato il legislatore francese — malgrado la conservazione d'un legame di continuità con una così illustre tradizione di scienza giuridica <sup>(74)</sup> — ha seguito una tendenza più

---

(74) Cfr. KOSCHAKER, pp. 295 s., nt. 22.

acutamente antitradizionalista rispetto a quella che ha presieduto alle codificazioni dell'Europa Centrale. Proprio questa caratteristica assicurò al *Code* una possibilità d'influenza in tutte quelle Nazioni nelle quali cominciò ad avviarsi — proprio sul modello francese — un processo di autoformazione; e specialmente in quelle che videro in quest'influenza lo strumento per liberarsi dall'oppressione (interna od esterna). Ma, nel contempo, essa costituì il letto di Procuste su cui furon costretti ad adagiarsi gl'imitatori stranieri (un po' come accadrà più tardi col BGB tedesco).

4. Con queste caratteristiche così robustamente delineate, il *Code* è diventato il monumento legislativo di maggior successo di tutto il suo secolo.

a) Nella stessa Francia — pur senza pregiudicare i tentativi di riforma degli ultimi decenni, le evoluzioni interpretative o le revisioni suggerite dalla prassi — esso è rimasto intatto nel suo aspetto esterno, malgrado taluni attacchi, ed ha seguitato a rappresentare un fattore d'integrazione ed un patrimonio invidiabile di tutta la Nazione. Di fronte a tanta autorità molte e pur necessarie riforme — a parte quelle in materia matrimoniale, dietro le quali premevano potenti istanze politiche — son rimaste lungamente bloccate, anche se si trattava di riforme parziali, come l'introduzione del registro per le trascrizioni dei trasferimenti immobiliari (attuata nel 1855) <sup>(75)</sup>. Solo la riannessione dell'Alsazia-Lorena nel 1918 determinò l'istituzione dei libri fondiari. Ad una riforma più generale s'è pensato solamente in occasione delle trattative per l'unificazione dei diritti delle obbligazioni francese ed italiano (il relativo progetto è del 1927) e soprattutto con le riforme dello Stato e del suo ordinamento messe in atto dalla Quarta Repubblica e cominciare dal 1945 <sup>(76)</sup>. Nel

<sup>(75)</sup> HEDEMANN, *op. ult. cit.*, pp. 96 ss. (legge sulle trascrizioni del 1853); pp. 110 ss. (movimento per la riforma degli anni dal 1890 in poi); BLANKE, *Die Reform*, cit., pp. 49 ss.

<sup>(76)</sup> *Travaux de la commission de réform du Code civil*, 1946 ss.; per questo si può vedere, per es., OFTINGER, *SchweizJZ*, XLIV (1948), pp. 307 ss.; FISCHER, *AcP*, 1950, pp. 375 ss.; DÖLLE, *Das BGB in d. Gegenwart*, Tübingen, 1950, p. 27; a proposito del sistema dei diritti reali sui beni immobili BLANKE, *Die Reform*,

contempo, però, una magistratura estremamente intelligente e capace di seguire autonomamente una strategia sua propria ed una scienza giuridica raffinata ed attenta alle esigenze della pratica son riuscite a mantenere al passo coi tempi una struttura normativa spesso superata dal punto di vista economico e sociale.

b) Anche nella storia del diritto privato tedesco il *Code civil* ha fatto epoca. Non solamente i sostenitori del dominio napoleonico, che non esitarono a giudicarlo addirittura come la Ragione stessa codificata <sup>(77)</sup>, ma anche patrioti come il Thibaut non mancarono di tesserne elogi spregiudicati e del tutto legittimi. Ed anche dopo il 1814 c'erano giuristi tedeschi che pensavano ad una recezione in blocco del *Code* in tutta la Germania. In ogni caso si può dire che la codificazione napoleonica ha rappresentato l'occasione per riflettere sull'opportunità d'un'unificazione legislativa anche per la Germania: la proposta che il Thibaut fece nel 1814 (e di cui riparleremo: cfr. *infra*, II, p. 66) maturò dopo un viaggio di studio a Parigi <sup>(78)</sup>. Nel 1814 il *Code* fu abrogato solo in quei territorî tedeschi dov'esso era stato introdotto (e non sempre con la forza, come nel Land dello Anhalt e di Köthen nel 1810) soltanto in un momento successivo rispetto

---

cit.; RIPERT-BOULANGER, *Traité de droit civil*, I, Paris, 1956, p. 65; MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, I, III ed., Paris, 1963, pp. 80 ss.; in generale, sull'itinerario evolutivo seguito dal *Code*, cfr. E. GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Basel, 1935.

<sup>(77)</sup> In altri termini, il *Code* andrebbe bene per ogni Stato fondato sulla Ragione, dal momento che contiene solamente i dettami della Ragione in materia di rapporti civili; e ciò che in uno Stato determinato non fosse stato congruente al *Code Napoléon*, non avrebbe perciò neppure potuto esser portato al giudizio del tribunale della Ragione (cfr. STOBBE, II, p. 487, nt. 7). Tutto ciò corrispondeva certamente agl'intendimenti dei redattori del *Code*, i quali — a stare ad un riferimento del THIEME, ZSS, GA, LVII (1937), p. 372, nt. 2 — si sarebbero coscientemente limitati ai fondamenti generali, agl'immutabili principi del diritto e della giustizia, proprio per aprire la strada al *Code* verso la estensibilità a tutti gli altri popoli. Che, poi, queste tendenze del *Code* ad estendere i confini del proprio vigore non trovassero accoglienza presso i patrioti tedeschi non prevenuti dell'età napoleonica, è cosa pur sempre comprensibile: cfr. REHBERG, *Über den Code Napoléon und dessen Einführung in Deutschland*, 1814; sui fondamenti dell'avversione dimostrata dal Savigny nei confronti del *Code* nei suoi scritti programmatici, cfr. *infra*, II, p. 68.

<sup>(78)</sup> WOLF, GRD, p. 471.



alla sua promulgazione (Danzica e Regno di Westfalia, 1807; Ducato di Aremberg, 1808; Francoforte, 1809; Città anseatiche e Lippe, 1812). Del resto, mentre la Restaurazione ne fece cessare il vigore sulla riva destra del Reno, si mantenne invece in vita fino al 1900 il *Landrecht* del Baden del 1809 che era una rielaborazione tedesca del *Code civil* fatta dal Bräuer con lo sguardo costantemente attento alle reali esigenze dei rapporti sociali. Raccomandata dal Sovrano al governo all'epoca della Confederazione Renana, ha goduto per quasi un secolo d'una grande popolarità come nelle regioni renane <sup>(79)</sup>.

L'egemonia del *Code civil* ha avuto un'influsso decisivo sulla formazione del senso del diritto e dello Stato nella Germania sud-occidentale, dove ha cooperato all'irrobustirsi del sentimento di libertà civile e di indipendenza. L'emersione, ormai imminente, della grande scienza privatistica tedesca avrebbe giovato al prestigio del diritto civile francese, non solo in terra di Germania, ma addirittura nella sua patria d'origine, per esempio con la classica opera dello Zachariä <sup>(80)</sup>; ed i legami così instaurati non s'erano ancora allentati nel 1900. Questa osmosi così profonda e così duratura costituisce un capitolo felice della storia della comune cultura europea ed il più positivo retaggio lasciato in Germania dalla dominazione napoleonica <sup>(81)</sup>.

c) Poste queste premesse, non ci si può più meravigliare dell'influsso esercitato dal *Code* su scala mondiale soprattutto

<sup>(79)</sup> Per questo cfr. CARLEBACH, *Badische Rechtsgesch.*, II, 1909, pp. 19 ss.; ANDREAS, ZSS, GA, XXXI (1910), pp. 182 ss.; F. BEYERLE, *Receptionsvorgänge in Südwestdeutschland*, Veröffentl. des Konstnz. Juristentages, 1947; FEDERER, *Beitr. z. Gesch. d. Badischen Landrechts in Baden im 19. u. 20. Jh.*, I, 1948, pp. 81 ss.; LEISER, *Bad. Landrecht*, in: *Handwörterbuch z. deutschen Rechtsgesch.*, 1964, pp. 282 s.

<sup>(80)</sup> Sul manuale di diritto civile francese dello ZACHARIÄ (cominciato nel 1808), che nelle sue successive rielaborazioni fino al CROME rappresentò l'opera più significativa del diritto privato renano fino al 1900, sulle sue traduzioni francesi e sugli «effetti di ritorno» da esso esercitati per questo tramite in patria cfr. A. B. SCHWARZ, *Einfl. dtsch. Zivilistik im Ausland*, Symb. Frib. Otto Lenel (s.d., ma 1935), pp. 442 ss.; cfr. anche ID., *Rechtsgesch. u. Gegenwart*, 1960, pp. 40 s.

<sup>(81)</sup> BOEHMER, AcP, CLI (1951), pp. 289 ss.

tutto nei Paesi di civiltà latina. Portatori dapprima dalle conquiste napoleoniche e dagli effimeri Stati creati da quelle conquiste (Paesi Bassi, Italia, Spagna), vi si affermò ed esercitò il proprio influsso come modello per le successive codificazioni sia civili che commerciali soprattutto in Italia (dal 1865 al 1940) in Spagna in Portogallo negli Stati latinoamericani <sup>(82)</sup> e perfino nella Louisiana come testimonianza notevole del tipo di codice europeo negli Stati Uniti d'America <sup>(83)</sup>; più tardi in Belgio Lussemburgo ed Olanda (nel 1883); e poi — nella seconda metà dell'Ottocento, con la caduta dell'Impero Ottomano — anche nei Balcani (Romania, 1865) e nel vicino Oriente (Egitto tra il 1875 e il '76) <sup>(84)</sup>. Insieme al *Code civil* anche gli altri codici napoleonici furono per lo più recepiti, integralmente o con opportuni aggiustamenti. Solo l'influsso della Pandettistica e dei due codici appartenenti alla « famiglia giuridica tedesca » e frutto di quella corrente di pensiero (il BGB tedesco del 1900 e il ZGB svizzero degli anni 1907-11) ha in parte ostacolato e in qualche caso ricacciato indietro l'ulteriore espandersi dell'influenza del *Code* specialmente nell'Europa sud-orientale (Ungheria, Grecia, Turchia), nell'Estremo Oriente (Cina, Giappone, Siam) ed in alcuni Stati sud-americani <sup>(85)</sup>.

d) Questo discorso vale in modo particolare per l'Italia, per la terra d'origine — cioè — della scienza giuridica europea. Il codice civile italiano del 1865 — frutto tipico del moto di unificazione nazionale — fu in sostanza esemplato sul *Code* napoleonico, nel cui ideale di Stato e di diritto l'Italia appena unificata esplicitamente si riconosceva. Questo accadeva mentre la civilistica italiana — come tale allora appena agli inizi — si vol-

---

<sup>(82)</sup> Cfr. *infra*, II, p. 223.

<sup>(83)</sup> Sulla codificazione promulgata nella Louisiana nel 1825 sotto l'influsso del *Code civil*, e sulla storia della sua formazione condizionata dal dominio coloniale francese e spagnolo cfr. SHERMAN, *Roman Law in the Modern World*, I, II ed., pp. 250 s.; IRELAND, *La Louisiane nouvelle vue de son système de droit*, Rec. Lambert, II, pp. 94 ss.

<sup>(84)</sup> Sulla diffusione del *Code civil* cfr. *Rechtswgl. Handwörterbuch*, IV; HEINSEHEIMER, *Zivilges.*, cit., p. XVII; KOSCHAKER, pp. 233 ss.; e soprattutto ARMINJON-NOLDE-WOLFF, *Traité de droit comparé*, cit., vol. I.

<sup>(85)</sup> Cfr. *infra*, II, pp. 199 ss., 215.

geva decisamente, in sintonia con la Pandettistica tedesca, verso moduli interpretativi e ricostruttivi di tipo storico-romanistico, i quali l'avrebbero allontanata sempre più dall'archetipo francese accostandola in pari tempo al modello pandettistico <sup>(86)</sup>. Nel Codice civile del 1942 questo sviluppo poteva dirsi in certo modo concluso <sup>(87)</sup>, anche se è innegabile e profondo il legame di questa nuova codificazione con la tradizione legislativa del Risorgimento e col processo storico che aveva portato all'Unità. Con il ceppo giuridico francese il diritto civile italiano resta legato dalla comune appartenenza alla cultura latina e dal senso dello Stato nato dalla grande Rivoluzione, che per più d'un verso può esser considerata anche la prima rivoluzione italiana; mentre col ceppo germanico quel diritto resta legato per via dell'influsso costantemente esercitato dalla Pandettistica ottocentesca.

---

<sup>(86)</sup> Per questo cfr. *infra*, II, p. 225.

<sup>(87)</sup> PUGLIATTI, *Saggi di diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, pp. 133-165; SCHNITZER, *Vgl. Rechtslehre*, I, Basel, 1961, pp. 200 ss.

## ABBREVIAZIONI

Si dà conto qui soltanto delle abbreviazioni più frequentemente adoperate. Laddove le esigenze di una corrente lettura lo hanno consigliato, si è preferito far uso di abbreviazioni più ampie oppure si è fatto riferimento ad altre note con più dettagliata citazione.

### *Trattati e monografie:*

- |                                |  |
|--------------------------------|--|
| BELOW, <i>Ursachen</i>         | G. v. BELOW, <i>Die Ursachen der Reception des römischen Rechts in Deutschland</i> , München-Berlin 1905                                 |
| COING, <i>IRMAE</i>            | H. COING, <i>Römisches Recht in Deutschland</i> , in: <i>IRMAE</i> , Pars V, 6, Milano 1964  |
| CONRAD, <i>DRG</i>             | H. CONRAD, <i>Deutsche Rechtsgeschichte</i> , I <sup>2</sup> , Karlsruhe 1962  |
| DAHM, <i>DR</i>                | G. DAHM, <i>Deutsches Recht. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts</i> <sup>2</sup> , Stuttgart 1963      |
| DENIFLE, <i>Universitäten</i>  | H. DENIFLE, <i>Die Entstehung der Universitäten des Mittelalters bis 1400</i> , Berlin 1885, rist. Graz 1956                             |
| DÖHRING                        | E. DÖHRING, <i>Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500</i> , Berlin 1953   |
| EBEL                           | W. EBEL, <i>Geschichte der Gesetzgebung</i> <sup>2</sup> , Göttingen 1958  |
| ENGELMANN, <i>Wiedergeburt</i> | W. ENGELMANN, <i>Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre</i> , Leipzig 1938                       |
| FEINE                          | H. E. FEINE, <i>Kirchliche Rechtsgeschichte</i> , I <sup>4</sup> , Köln 1964   |
| GAGNÉR                         | Sten GAGNÉR, <i>Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung</i> , Stockholm 1960, Acta Universitatis Upsalensis, Studia iuridica Ups. 1 |

- GENZMER, *Kod.* E. GENZMER, *Die justinianische Kodifikation und die Glossatoren*, in: *Atti del congresso internazionale di diritto romano*, Bologna I, Pavia 1934, pp. 345 ss.
- IRMAE *Ius Romanum Medii Aevi*, Milano: I, 1 a-d 1961; specie FEENSTRA-ROSSI, *Index abbreviationum*, e E. GENZMER, *Einleitung*; I, 2a 1963; I, 2b aa β 1965; V, 5b 1966; V, 6 1964
- KANTOROWICZ, *Epochen* H. U. KANTOROWICZ, *Die Epochen der Rechtswissenschaft*, in: *Die Tat* (1914), pp. 345 ss., e G. RADBRUCH, *Die Vorschule der Rechtsphilosophie*, Heidelberg 1947, pp. 61 ss., e H. U. KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, Karlsruhe 1962
- KANTOROWICZ, *Studies* H. U. KANTOROWICZ, *Studies in the glossators of the Roman law*, Cambridge 1938
- KOSCHAKER P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, tr. it. A. Biscardi, Firenze 1962
- KRAUSE, *Kaiserrecht* H. KRAUSE, *Kaiserrecht und Rezeption*, Heidelberg 1952, Abhandlungen d. Heidelberger Akad. d. Wiss., Phil.-hist. Kl. I
- LANDSBERG STINTZING - LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, voll. I.II.III,1 di R. Stintzing, Leipzig 1880-98, vol. III,2 di E. Landsberg, München-Leipzig 1910; rist. anagrafica completa Aalen 1957
- LANDSBERG, *Glosse* E. LANDSBERG, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum*, Leipzig 1883
- LARENZ, *Metodo* K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, tr. it. S. Ventura, Milano 1966 (parte storico-critica dell'ed. tedesca); altrimenti
- LARENZ, *Meth.* K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
- LEFEVBRE LEFEVBRE, *Juges et savants en Europe du 13e au 16e siècle*, in: *Ephemerides Iuris Canonici*, XXI (1965), pp. 1 ss.
- MOLITOR E. MOLITOR, *Grundzüge der Privatrechtsgeschichte*, Karlsruhe 1949
- SAVIGNY, *Storia* F. C. v. SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel Medioevo*, tr. it. E. Bollati, Torino 1854-57<sup>2</sup> (rist. Roma 1972).
- Eb. SCHMIDT, *Einf.* Eberhard SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*<sup>3</sup>, Göttingen 1965

- SCHÖNFELD W. SCHÖNFELD, *Grundlegung der Rechtswissenschaft*, Stuttgart 1951 = 2ª ed. completamente rielaborata di ID., *Die Geschichte der Rechtswissenschaft im Spiegel der Metaphysik*, Stuttgart-Berlin 1943
- SCHWERIN-THIEME SCHWERIN-THIEME, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin-München 1950
- STINTZING STINTZING-LANDSBERG v. Landsberg
- STOBBE O. STOBBE, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, I, Leipzig 1860, II, Braunschweig 1864; rist. anastatica completa, Aalen 1965
- TRUSEN W. TRUSEN, *Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland. Ein Beitr. z. Geschichte d. Frührezeption*, Wiesbaden 1962
- VINOGRADOFF P. VINOGRADOFF, *Diritto romano nell'Europa medioevale* 2, tr. it. De Zulueta/Riccobono, Milano 1950
- WELZEL H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, tr. it. G. de Stefano, Milano 1965
- WESENBERG G. WESENBERG, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, Lehr 1954
- WIEACKER, *Eranion* F. WIEACKER, *Der gegenwärtige Stand der Disziplin der neueren Privatrechtsgeschichte*, in: *Eranion Mariadakis*, I, Athen 1963, pp. 339 ss.
- WIEACKER, *GuB* F. WIEACKER, *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Göttingen 1959
- WILHELM, *Metodologia* W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, tr. it. P. L. Lucchini, Milano 1974
- Erik WOLF, *GRD* *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* 4, Tübingen 1963
- ZYCHA, *Deutsche Rechtsgeschichte* A. ZYCHA, *Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit* 2, Marburg 1949

### *Atti e Scritti:*

- Atti Congresso Roma Atti del congresso internazionale di diritto romano. Roma I, II, Pavia 1934-35
- Atti Congresso Bologna Atti del congresso internazionale di diritto romano. Bologna, I, II, Pavia 1934-35

- Convegno Accursio      Atti del convegno internazionale di studi accursiani (...) a cura di Guido Rossi, 3 voll., Milano 1968
- Mem. Koschaker      Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker, I, II, Milano 1954
- Scr. Ferrini      1. Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini, Milano 1946  
2. Scritti in onore di Contardo Ferrini, I-IV, Milano 1947-49
- St. Grat.      Studia Gratiana. Post octava decreti saecula auctore consilio commemorationi Gratianae instruendas curantibus Jos. Forchielli et A. M. Stickler, I-IV, Bologna 1953-57
- St. Bartolo      Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario, I, II, Milano 1962
- Symb. Frib.      Symbolae Friburgenses in honorem O. Lenel, Leipzig senza data (ma 1935)

*Riviste:*

- AcP      Archiv für civilistische Praxis
- Annali      Annali di storia del diritto
- Arch. giurid.      Archivio giuridico « Filippo Serafini »
- ARSP      Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
- DJZ      Deutsche Juristenzeitung
- DtRwiss      Deutsche Rechtswissenschaft
- DtschRiZ      Deutsche Richterzeitung
- FamRZ      Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
- GöttGelAnz      Göttingische Gelehrte Anzeigen
- HeidJb      Heidelberger Jahrbücher
- HZ      Historische Zeitschrift
- JherJb      Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
- JURA      Rivista internazionale di diritto romano e antico
- JurRd      Juristische Rundschau
- JuS      Juristische Schulung
- JZ      Juristenzeitung

JW	Juristische Wochenschrift
KritVjSchrNF	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung. Neue Folge
Labeo	Labeo. Rassegna di diritto romano
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NachrGöttAkWiss	Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen. Phil.-hist. Kl.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRHist	Nouvelle revue historique de droit francais et étranger
ÖstRd	Österreichische Rundschau
ÖstZöfFR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
PrJb	Preußische Jahrbücher
Pubbl. Ist. dir. Rom.	Università di Roma. Pubblicazioni dell'Istituto di diritto romano dei diritti dell'oriente mediterraneo e di storia del diritto
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht
RIDA	Revue internationale des droits de l'antiquité (Sér. 1, 1948-51; Sér. 2, 1952-53; Sér. 3, 1954 ff.)
SchwJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SchwZStrafR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
StDoc	Studia et documenta historiae et iuris (Ed.: Pontificium Institutum Utriusque Iuris)
SüddJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
ZSS, GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZSS, KA	Zeitschrift der Sav.-Stift. für Rechtsgeschichte Kanonistische Abteilung
ZSS, RA	Zeitschrift der Sav.-Stift. für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung
Tijdschr	Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis ? Revue d'histoire du droit
VersR	Versicherungsrecht
ZfbayerLandG	Zeitschrift für bayerische Landesgeschichte
ZfCivPr	Zeitschrift für deutschen Civilprozeß



ZföffRuVR	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZfphilosF	Zeitschrift für philosophische Forschung
ZGeschOberrh	Zeitschrift für die Geschichte des Oberrheins
ZgeschRw	Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft
ZgStw	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht
ZPrivöfR	Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, hrsg. von Grünhut
ZRG	Zeitschrift für Rechtsgeschichte
ZRVgl	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZvglRwiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZPr	Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß

## INDICI

Il numero in tondo si riferisce alle pagine del primo volume; quello in *corsivo* alle pagine del secondo volume; il numero tra parentesi dopo quello della pagina indica il numero della nota; i numeri in **grassetto** indicano la trattazione per disteso.



## INDICE DELLE PERSONE

### A

- Abelardo 79, 82 (91), 97  
 Abbt 7 (7)  
 Accursio 67 (37), 80, 237 (47), 327, 166  
 Agostino 229, 395  
 s. Agostino di Ippona 29, 388 (23), **395 ss.**, 13 (24), 358  
 Agricola 237 (49), 239 (54), 240  
 Ahrens 98, 364 (54)  
 Alberico Gentili (v. Gentili, Alberico)  
 Alberti 415 (90), 468  
 Alberto I (re di Germania) 169, 267  
 Alberto (duca di Wettin) 262  
 Alciato 122, 212, 229 (27), 236  
 Alessandro III (Rolando Bandinelli) 98 s.  
 Alger di Liegi 98  
 Aloandro 229, 241  
 Althoff 185 (18)  
 Altusio 320, 388 (23), 390 s., 399 (59), 405, 410, 429, 431 (7), **434 ss.**, 158  
 Ambrogio (monaco camaldolese) 121 (39)  
 Amerbach 211 s., 226, 229 (27), **229 s.**, 235 (41)  
 v. Amira 113  
 Anassimandro 394  
 Anselmo di Canterbury (d'Aosta) 82 (91)  
 Apel **228**, 230, 237, 238 s.  
 Archenholz 7  
 Aristotele 37, 61, 64 (28), 240, 386 (19), 388 (23), 394, 404, 407, 450, 125 (6), 215 (18), 373 (84), 385  
 Arndt 22  
 Arndts 144  
 Arnim, Achim von 509 (45), 511 (48), 21, 23  
 Arnim, Bettina von 509 (45), 55  
 Arnold 479 (6)  
 'il mugnaio Arnold' 503  
 Arumäus 329  
 Atatürk (v. Mustafà Kemal)  
 Ataulfo 41 (22)  
 Augusto I (principe elettore di Sassonia) 266, 295  
 Austin 142  
 Ayala 433, 434, 440  
 Azzone 74 (63), 78, 80  
 Azzoni 513

### B

- Babeuf 159 (78)  
 Bach 389 (27)  
 Bachofen 24 (50), 141  
 Bacone 389  
 Bakunin 160 (78)  
 Balbo 225  
 Baldo **117**, 119 (35), 124, 192, 242  
 Bal(l)horn 285  
 Bandinelli, Rolando (v. Alessandro III)  
 Bang 36 (80), 63

Barbarossa (v. Federico I Barba-  
 rossa)  
 Barbeyrac 424, 429  
 Barth, Karl 367  
 Bartolomeo da Brescia 99 s.  
 Bartolomeo da Saliceto 117 (31)  
 Bartolo 86 (93), 112 (13), 113 (16),  
 114 (18), **116**, 119 (35), 124,  
 192, 242  
 Beaumanoir, Filippo di 134, 156  
 Beccaria 479  
 Beckmann 48  
 Bekker 37 (83), 144  
 Bentham 423, 149, 153, 316, 321  
 (27)  
 Bergbohm 38 (84), 131 (20), 132  
 (21), 364 s.  
 Bergson 319  
 Berlich 325  
 Bernardo di Botone 100  
 Bernardo da Pavia 447 (45)  
 Bertoldo di Costanza 79, 98  
 Beseler, Georg 18, 22, 67 (49), 82 ss.,  
 89 (99), **90 s.**, 92, 156, 173, 185  
 Besold 319  
 Bevilacqua 202 (50)  
 Beyme 4 (2), 31 (68), 68  
 Biel 400 (61), 441 (34)  
 Biener 29  
 Bierling 120 (39)  
 Binder 356  
 Bischof 169  
 Bismarck 310  
 Blackstone 423 (109)  
 Bloch 369  
 Blu(h)me 104  
 Blumenau 168 (68), 174 (85)  
 Bluntschi 141, 208, 213  
 Boccaccio 121 (39)  
 Bodin 319, 416, 429  
 Boeckh 28, 104  
 Böhmer, Justus Henningius **331 s.**  
 Boezio 37  
 Boisserée 22 (46), 66 (49)  
 Bolognini 229

Bonaventura 447 (43)  
 Bonifacio VIII 99 s.  
 Borst 66 (49)  
 Bourjon 520 (65)  
 Boyneburg 494  
 Bracton 134, 156, 219, 347 (16)  
 Brahe, Tycho 389  
 Bräuer 528  
 Brant, Sebastian 211, 233, 249 (4),  
 251, **253**, 346 (15)  
 Brenkmann 333  
 Brentano, Clemens 21, 27 (54), 55  
 Brentano, Gunda 19 (41), 55  
 Brinz 144  
 Brimquell (Brunquell) 334  
 Brissonius 244  
 Brunnemann **327**, 331, 512  
 Brunner 185 (17)  
 Bruno, Giordano 389  
 Budaeus (Budé) 120 (37), 122, 212  
 Büchner 316  
 Büsch 505  
 Bulgaro 78 s., 86 (v. anche 'Quattro  
 dottori')  
 Burckhardt, Jakob 120 (37)  
 Buridano 384  
 Burke 51  
 Burlamaqui 425 (112), 430 (3)  
 Burleigh 72 (53)  
 Bynkershoeck 333

## C

Calcidio 64 (28), 125 (6)  
 Calixt 308  
 Callicle 394  
 Calvino **401 s.**, 460  
 Cambacérés 521  
*Cantiuncula* (v. Chansonnette)  
 Carion 209 (75)  
 Carlo Magno 43  
 Carlo IV (imperatore) 194  
 Carlo V (imperatore) 200  
 Carlo I (d'Inghilterra) 461  
 Carlo II (d'Inghilterra) 462

Carlo VII (di Francia) 520  
 Carlo VIII (di Francia) 244  
 Carmer 496, 503  
 Carpzov, Benedetto 312 (12), **325 ss.**,  
 328 (15), 337  
 Carstens 25  
 Cartesio (v. Descartes)  
 Caterina di Russia 421 (104)  
 Chabot 225  
 Chansonnette 236, 288  
 Chemnitz, Bogislav von 319  
 Cristoforo, conte del Württemberg  
 293  
 Crisippo 394  
 Cicerone 122, 125, 237 (47), 239 s.,  
 395, 407, 440, 448, 450  
 Cino da Pistoia 65 (31), 74 (63), 78,  
 110 (7), 111 (11), **116**, 122  
 Cittadino 225, 519  
 Clemente V 86, 100  
 Coccej 501  
 Cohen 348  
 Coing 354, 369  
 Cola di Rienzo 194 (36)  
 Comte 125, 149, 153, 316  
 Connano 448  
 Conradi 336  
 Conring **308 ss.**, 317, 382 (7), 150  
 Copernico 70 (45), 389  
 Costantino 28, 44  
 Covarruvias 402, 433, 440, 444  
 Coyet 467  
 Cracan 295  
 Creuzer 23 (47), 26 (53)  
 Crome 528 (80)  
 Cromwell 430  
 Cugia 336 (40)  
 Cujas (Cuiacius) 243  
 Cumberland 425 (112)

## D

Dabelow 490  
 Dahlmann **90**  
 Damaschke **299**

Danckelmann 505  
 Dante 59 (13)  
 Darjes **490 s.**, 39  
 Darwin 149, 153, 318  
 Deiters 512 (49)  
 Dernburg 512, **144**, 163 (1), 185  
 (17-18)  
 Derrer 239  
 Descartes 71 (45), 386, 402, 411, 427,  
 436, 459, 461, 468 s., 477, 50,  
 358  
 Diderot 477  
 Dietrich von Bocksdorf 172 (77),  
 173, 222 (3)  
 Dilthey 156 (73)  
 Diocleziano 27  
 Dionigi l'Aeropagita 37  
 Dirksen 103 s.  
 Domat 316, 520, 44  
 Doneau (Donellus) 225, 244, 316,  
 520  
 Drosäus 239  
 Droysen 73, 90  
 Duarenus 244  
 Dürer 211  
 Düvel 167 (67), 168 (68)  
 Duguit 316 (21), 334  
 Dulckeit 356  
 Dumoulin 203 (59), 245 (75)  
 Duns Scoto 29 (6), 386 (19), 397,  
 13 (24), 359 (45)  
 Durante, Guglielmo 99, 196

## E

Eccius 512  
 van Eck 333  
 Eckhardt 303 (34)  
 Edzard 188 (20)  
 Ehrlich 144 (47), 326, 336  
 Eichhorn 13, 20, 48, 64, **84 ss.**  
 Eike von Repkov 134, **149**, 169, 309  
 Einstein 389 (25)  
 Ekelöf 327 (37)  
 Engels 340 (60)

Engisch 354 (28), 357 (36)  
 Enrico V (imperatore) 79  
 Enrico VIII (d'Inghilterra) 230  
 Enrico IV (di Francia) 243, 428, 436  
 Epicuro 462 (4)  
 Eraclito 394  
 Erasmo 226, 229, 233, 236 (43),  
 238 (50)  
 Ermanno di Schildesche 173  
 Ernesto (duca di Wettin) 262  
 Ernesto Augusto (re dell'Hannover)  
**87**  
 Esser 361  
 Exner 518, 141

## F

Faber (v. Faure)  
 Fabrot 244  
 Fachs 249  
 Falck 22, 33, 90  
 Faure 243  
 Fechner 355 (28), 357 (36)  
 Federico I Barbarossa 66, 80, 90  
 Federico II (imperatore) 387 (23)  
 Federico II (re di Prussia) 421, 479,  
 485, 501 ss., 6, 134  
 Federico di Landshut 174 (85)  
 Federico Guglielmo (grande elettore)  
 467  
 Federico Guglielmo I (re di Prussia)  
 485, 501, 134  
 Federico Guglielmo II (re di Prussia)  
 505  
 Federico Guglielmo IV (re di Prussia)  
 55  
 Feuerbach, Anselm 392 (33), 496,  
**500**, 513, 9 s., 23, 30 (64), 32 s.,  
 42, 66 s. (49), 123, 130 (20), 185  
 Fichard **228**, 232, 242, 286, 289, 294  
 Fichte 4 (2), 21 s., 31, 34 (76)  
 Ficino, Marsilio 121 (38), 125 (49)  
 Ficker 113  
 Flaubert 149  
 Förster 512, 163 (1)

France, Anatole 161  
 Francke 481  
 Franklin 424  
 Freher 317, 319  
 Frey (Freigius) 87 (112)  
 Fries 98, 364 (54)  
 Froben 226  
 Frosch 239  
 Fuchs 336, 339 (58)  
 Fuchsberger 252 (13), 89 (99)  
 Fürst 503  
 Fulgosius 117 (31), 192 (25)

## G

Gärtner 25  
 Gail 254  
 Galilei 71 (45), 386, 411, 427, 436,  
 459, 462, 470, 477  
 Gandino, Alberto da 118 (33)  
 Gans 98  
 Gebauer 336, 29 (62)  
 Gebhardt 179  
 Geibel 145  
 Gentili, Alberico 113 (15), 126 (51),  
 242  
 Gentz 22  
 Genzmer 76 (68)  
 Gény 334  
 Gerber 18 (40), 32 (68), 51, 86, 89  
 (99), 97 (116), 101, 104 (2), 123,  
 130 (20), 150  
 Gerlach 22, 56 (22), 67 (49), 83  
 Gerson, Giovanni 400 (61)  
 Gesenius 471  
 Giason del Maino 117 s., 192  
 Gierke, Otto von 354 (33), 399 (59),  
 18, 74, 82 s., **155-159**, 160, 180,  
 185, 196 (35), 213, 290  
 Gifanio 246  
 Gilly 25  
 Giordano di Boitzenburg 174 (65)  
 Giotto 110  
 Giovanni di Buch 172 (77), 173,  
 222 (3)

Giovanni Guglielmo 329  
 Giovanni XXII 100  
 Giovanni d'Andrea 100  
 Giovanni di Erfurt 167 (67), 172,  
 249 (4)  
 Giovanni da Imola 117 (31)  
 Giovanni di Saaz (Johannes von Saaz)  
 252 (12)  
 Giovanni Teutonico 99, 104  
 Giuseppe II 512 s.  
 Giustiniano 37, 58, 194, 105  
 Glanville, Ranolfo di 134, 156 (42)  
 von Glauburg 233  
 Gluck, Chr. W. 25  
 Glück 336  
 «*Gneus Flavius*» (pseudonimo di H.  
 Kantorowicz) 336  
 Gneist 423  
 Gobler 252 (13)  
 Godefroy, Denis (Gotofredo il vec-  
 chio) 226, 229, **243 s.**, 312  
 Godefroy, Jacques (Gotofredo il gio-  
 vane) 243  
 Göden 254  
 Gönner 505, 510, 56 (22), 64 (44)  
 Görres 21, 66 (49)  
 Goethe, Joh. Caspar 313 (12)  
 Goethe, Joh. Wolfgang 123 (47), 179,  
 214 (88), 260, 5 (4), 6, 17 (37),  
 21 ss., 66 (e n. 49), 70, 73 s., 343  
 Götz von Berlichingen 203 (60)  
 Goldast 317  
 Goldstein 125 (50), 238  
 Gorgia 394  
 Gossler 505  
 Gradenwitz 109  
 Graziano 64 (28), **96 s.**, 100, 398 (54),  
 125 (6)  
 Gregorio VII 96  
 Gregorio IX 100, 169 (72)  
 Gregorio X 100  
 Gregorio XIII 101  
 Gregorio di Heimburg 125 (50), 238  
 Gregorio da Rimini 441 (34)

Grimm, fratelli 21 (e n. 46), 23 (48),  
 87, 91  
 Grimm, Jakob 145, 509 (45), 19 (41),  
 21 ss., 47, 56 (22), 58 (28), 60,  
 83, **87 s.**, 97, 155  
 Grimm, Wilhelm 23 (48), 87  
 Grozio 77, 246, 319, 328, 388 (23),  
 390 s., 399 s. (59), 403 s., 410,  
 415 (92), 416, 424, 429, 431 (7),  
 432 (13), 433 (14), **437-458**, 459,  
 464, 468, 470, 472, 486 s., 5, 41  
 Guido da Baiso 99  
 Guglielmo di Conches 64 (28), 125 (6)  
 Gustavo III (di Svezia) 421

## H

Habernikkel 489 (37)  
 Haeckel 316  
 Hägerström 327 (37)  
 Haenel 104, 111  
 v. d. Hagen 21 (46)  
 Hainberg 334  
 Haller 22  
 Hamilton 424  
 Hardenberg 511  
 Harpprecht 319  
 Hartmann **354 s.**, 382 (114)  
 Hasenöhrle, 518, 141  
 Haubold 489 (37), 29, 48  
 Hauriou 335 (52)  
 Heck 131, 189, **329 ss.**  
 Hegel 7 (7), 9, 10 (14), 14 (28), 17  
 (38), 30 (64), 35 (76), 40, 43 (100),  
 57 (22), 78, 82, **98 s.**, 136, 153,  
 156 (73), 215 (18), 319, 352, 356,  
 357 (39)  
 Hegendorf 236 (45)  
 Heidegger 362 (51)  
 Heimbach 105  
 Heine 56 (22)  
 Heineccius 334 s., 337, 491  
 Heise 36 (80), 39  
 Henkel 355 (28)



Herder 52, 386 (19), 484, 497 (9),  
 14 ss., 20, 25, 30 (64), 53, 58, 69  
 Heusler 113, 213  
 v. der Heyden 26 (53)  
 Heyne 28, 48  
 Heyse 145  
 Hobbes 71 (45), 319, 386 (19), 387 s.  
 (22, 23), 390 s., 403 ss., 408 ss.,  
 416, 429, 435, 459, **461-465**, 466,  
 468 s., 471 s., 474 s., 482, 484 (20),  
 487, 50  
 Höpfner 336, 29, 54  
 Hofacker 489 (37)  
 Hoff 334  
 Holbach 477  
 Holbein 211  
 Holdsworth 142  
 Holstein 356  
 Homberck 334  
 Homeyer 111, 155  
 Hooker 484 (19)  
 Horbord 174 (85)  
 Horten 513  
 Hotman 203 (59), 226, 243 ss.  
 Huber, Ulrik (giurista olandese) 246  
 Huber, Eugen 141, 186, **209-214**  
 Huch 260 (10)  
 Hugo, Gustav 307 (5), 335, 9, 12 (18),  
 13, 19 (41), 20, 29, 33, 36 (78),  
 39, 42, **48-53**, 76 (69), 85, 114  
 Humboldt, Wilhelm von 4 (2), 19  
 (41), 24 (50), 25, 26 (53), 28, 31  
 (68), 34 (76), 53, 68, 73  
 Husanus 212 (83), 286  
 Huschke 104  
 Husserl, Edmund 356  
 Husserl, Gerhart 357 (e n. 36)  
 Hutten 124, 202  
 Huygens 465

## I

Innocenzo III 99 s.  
 Innocenzo IV 100  
 Ipparco 389 (27)

Irnerio 56, 63, 71, 78 s., 82 (95), 86,  
 90, 98, 109 (4)  
 Isay 131, 339 (59)  
 Isidoro di Siviglia 37  
 Ivo di Chartres 79, 97 s.

## J

Jacopo (glossatore) 79 (v. anche  
 'Quattro dottori')  
 Jacopo Silvio 225  
 Jacques de Revigny 83, 111 (11)  
 Jaspers 52, 362 (51)  
 Jefferson 416, 424  
 Jhering 18, 41, 52, 80 (78), 81 s., 86,  
 101, 124, 126 (8), 129, 135 (25),  
 137 (26), 144 s., 149 s., **150-155**,  
 156, 185, 231 (52), 314 (16), 316 ss.,  
 331, 334 (50), 342, 379 (101)  
 Jodocus 167 (67), 173, 221 (3), 249 (4)  
 Johow 179  
 Juana (Ines) de la Cruz 436 (23)

## K

Kant 19, 392 (33), 406 (76), 413, 452,  
 483 (18), 496 s., **8-10**, 21, 32 s.,  
 41, 42 s., 49, 59, 73, 76 (70), 101,  
 124 s., 140, 215 (18), 349, 356,  
 358, 364, 381 (110), 384, 394.  
 Kantorowicz 57 (22), 64 (46), **336**  
 Kaufmann, Eric 353  
 Kaunitz 513  
 Keess 513  
 Keller 104, 141  
 Kelsen **350 ss.**  
 Keplero 71 (45), 388 (23), 389  
 Kierkegaard 362 (51)  
 Kierulff 71 (58), **99**  
 v. Kirchmann 82, **101 s.**  
 Klein 496, 502 s.  
 Kleist, Ewald von 7 (7)  
 Kleist, Heinrich von 22

Klenze 25  
 Kling 249  
 Koch 512, 163 (1)  
 Kohler 185 (18)  
 Kortte 334  
 Koschaker 110 (26)  
 Krause 98, 364 (54)  
 Kreittmayr 496, 498, 502  
 Kroner 356  
 Krüger, Paul 107 (14, 15)

## L

Laband 52, 97 (116), 104 (2), 124,  
 137 (26), 144 (47), 157 (74)  
 Lachmann 28  
 Lagrange 389  
 Lagus 239, 242  
 Langenbeck 172 (77), 174 (85), 212  
 (83), 221 (3)  
 Langhans 25  
 Laplace 388 (23), 319  
 Larenz 262, 356  
 Lask 348  
 Lasker 177 s.  
 Lassalle 99, 160 (78)  
 Lattanzio 396  
 Lavater 27 (55)  
 Leclerc 484 (20)  
 Lahmann, Orla 142 (37)  
 Leibniz 387, 404 s., 427, 461, 484,  
 494, 40 (89), 358  
 Lenel 108  
 Leone XIII 365  
 Leone il sapiente 105 (7)  
 Leonhardt 174, 185 (17)  
 Leopoldo II 513  
 Lessing 119 (35), 7 (7), 16 (34), 25,  
 28  
 Lessius 446 (41)  
 Levy 113 (31)  
 Leyser, Augustinus 325, 332 s., 491  
 Leyser, Polycarp 334  
 Licofrone 394  
 Liebermann 113

Limnäus 319  
 Lindenbrog 317  
 Lipsius 456 (65)  
 List, Friedrich 79  
 Liszt, Franz von 77, 82, 328, 333  
 (48), 342  
 Litt 356  
 Locher 329  
 Locke 406 (76), 424, 430, 464, 484  
 (20) 295  
 Loisel 244  
 Loriot 242  
 Lornsen 90  
 Lotario I 43  
 Lotario di Supplimburgo 209  
 Luden 66 (49)  
 Ludovico (imperatore) 292  
 Ludovico il Bavaro 149 (31)  
 Luigi XIV 428  
 Lundstedt 327 (37)  
 Lutero 167 (66), 204, 232, 400, 430,  
 468, 483 (17), 484 (19), 325 (33),  
 366

## M

Mably 424, 477  
 Machiavelli 319, 416  
 Mai, Angelo 104  
 Maihofer 362 (51), 363  
 Maitland 142  
 v. Mandry 179, 181, 184 (15)  
 Marciano 395  
 Marcolfo 38 (20), 45  
 Marenchus 225  
 Maria Teresa 512 s.  
 Marsilio di Inghen 73 (58)  
 Marsilio da Padova 62 (24), 400 (60),  
 407, 435  
 v. Martini 513 s., 516  
 Martino (glossatore) 79 (v. anche  
 'Quattro dottori')  
 Marx 413, 56 (22), 64 (46), 74, 82,  
 99 s., 139, 154 (68), 159, 161,  
 315, 340 s. (60)  
 Mascov 336

Matthäus von Krakau 246  
 Maurenbrecher 77 (73)  
 Maurer 113  
 Massimiliano Giuseppe III (di Baviera) 498  
 Mayer, Max Ernst 342 (62), 348  
 Melantone 209, 228, 240, 401, 427, 431, 478, 366  
 Menger 160 ss., 180  
 Mengs 25  
 Mevius 285 (14), **327 s.**, 337, 346 (15), 347 (16)  
 Milton 406 (76), 430  
 Miquel 177  
 Mirabeau 497, 498 (11), 505  
 Mitteis 53, 109, 141  
 Mofa 87  
 Möser 386 (19), 491, 7, 12, 85  
 Moleschott 316  
 Mommsen, Friedrich 250  
 Mommsen, Theodor 229, 301 (65), 90, 104, **105-107**, 108 s., 137 (26)  
 Montaigne 389, 457, 504 (29)  
 Montesquieu 386 (19), 423, 491, 496, 502, 504 (29), 509, 521, 12, 16, 17 (38)  
 Mozart 25  
 Müller, Adam 22  
 Müller-Erbach 248, 329  
 Munzinger 209  
 Murner 253  
 Mustafa Kemal Atatürk 216, 239  
 Mylius 334  
 Mynsinger von Frundeck 254

## N

Napoleone Bonaparte 496, 519, **521 s.**, 525  
 Natorp 348  
 Naumann 299  
 Nebrija (Nebrissensis) 117 (32), 122  
 Nehr Korn 472 (30)  
 Nelson, Leonard 352 (13), 364 (54)  
 Nettelbladt 418 (100), 490, 39

Neuner 304  
 Newton 75, 388 ss., 470 (21), 471  
 Nicola di Autrecourt 384  
 Nicola da Cusa 384 (15), 385 (17)  
 Nicola di Oresme 384  
 Niebuhr 13 (23), 28, 104  
 Nietzsche 88, 149, 153, 159 (76), 314 (16), 315 (18), 316, 318, 341, 344 (68), 345 (69), 362 (51), 379 (101)  
 Niccolò III 100  
 Niccolò IV 83  
 Noodt 246, 333  
 Novalis 16 (34), 21  
 Nussbaum 327

## O

Occam 29 (6), 71 (45), 72 (53), 384, 387 (21), 397, 434 (18), 484 (20), 487, 13 (24), 359 (45)  
 Odofredo 71 (49), 80  
 Oertmann 251, 262, 329  
 Oeser 25  
 Oldenbarnevelt 437  
 Oldendorp 403 (70), **430 ss.**, 483 (17)  
 Olivecrona 327 (37)  
 Onorio III 80, 82  
 Orosio, Paolo 41 (22)  
 Osse, Melchior von 242, 314  
 Otto, Eberhard 334  
 Overbeck 318 (23)

## P

Panezio 394  
 Paolo apostolo 396  
 Paolo, giurista romano 450, 454  
 Paolo di Castro 117, 192  
 Pape 179  
 Paucapalea 98  
 Payne 424  
 Perneder 252  
 Petrarca 110, 123 (47), 385 (17)  
 Pietro il grande 485, 231  
 Pietro d'Ailly 400 (61)

Pfeiffer 66 (47)  
 Pflanzmann 253  
 Pico della Mirandola 121 (38)  
 Pierre di Belleperche 83, 111 (11)  
 Pietro da Ravenna 225  
 Pirkheimer 288  
 Pithou 244  
 Piacentino 63 (26), 74, 78, 80, 82  
 Pio IX 365  
 Planck, Gottlieb 179, 184 (15)  
 Planck, Max 389 (25)  
 Platone 29, 37, 61, 386 (19), 394 (40),  
 404, 443, 363, 378 (98)  
 Plinio 61  
 Plotino 73  
 Poliziano 122, 229  
 Pollock 142  
 Portalis 522  
 Posidonio 394  
 Pothier 316, 520 s., 523, 44  
 Pound, Roscoe 327 (38)  
 Prenninger 254 (15)  
 Proclo 389  
 Protagora 394  
 Proudhon 160 (78)  
 Puchta 488, 10, 17 (38), 18, 32, 37  
 (83), 40 s., 52, 67 (49), 68 (50),  
 76 (68), 77, 78-82, 86, 89 (99),  
 92, 96, 99 s., 123 s., 125 (8), 128  
 (13), 137 (26), 143, 151, 153 (66),  
 399  
 Pütter 505, 13 (21, 22), 50, 86 (92)  
 Pufendorf, Friedrich Esaias 498 (12)  
 Pufendorf, Samuel 319 s., 332, 388  
 (23), 390 s., 401, 403 ss., 410 s.,  
 415 (89), 418, 424, 431 (7), 441,  
 450 (52), 455, 459 ss., 464, 466-  
 476, 480 ss., 508, 5, 39, 41  
 Pungoldt 249

## Q

Quattro dottori (*Quattuor doctores*) 79,  
 90

## R

Rabel 250  
 Radbruch 57 (22), 83, 342 (62),  
 348 s., 350 (9), 353 s., 369, 383  
 (117)  
 Raimondo di Peñafort 100, 104, 169  
 (72)  
 Ramé (Ramaeus) 410, 429, 436  
 Randa 518  
 Rebuffus 73 (56)  
 Regelsberger 144  
 Reichel 338, 339 (59)  
 Reinach 357  
 Rainhard 249  
 Reitemeier 13 (22)  
 Renan 409, 69, 309  
 Reusner, Jeremias 314  
 Reusner, Nikolaus 236 (45), 238 (50)  
 Rayscher 22, 33, 67 (49), 82, 89 (99),  
 91 s.  
 Richelieu 130  
 Richonnet 209  
 v. Richthofen 111  
 Rickert 348  
 Riehl 79  
 Roberto (elettore del Palatinato e poi  
 re) 167 (67)  
 Roberto di Frisinga 149 (31)  
 Rogerio 85 (105)  
 Rocher 97  
 v. Roth 179, 184 (15)  
 Rottenhann 514  
 Rousseau 406 (76), 409, 416 (96), 430,  
 435, 496, 497 (9), 524, 5 (4), 73  
 Rubino 104  
 Rudorff 105  
 Rüdell 285  
 Rümelin 329  
 Rufo (*magister Rufinus*) 98  
 Runde 13 (22), 50, 86 (92)  
 Ruysbroek 384

## S

Saleilles 199 (40), 334

- Sallustio 443  
 Savary 522  
 Savigny 69 (44), 76 (68), 77, 90, 115  
   (22), 116 (24), 307 (5), 335, 360,  
   509 (45), 511 s., 527 (77), 9 ss.,  
   32 s., 37 s., 42 s., 51 (8, 10), **53-**  
   **78**, 80 s., 83 ss., 90, 95 ss., 104 s.,  
   114, 123 s., 130 (20), 134, 142 (*e*  
   *n.* 36), 145, 151 (61), 156, 163 (1),  
   231 (52), 399  
 Scheler 52, **354**, 381 (108), 382 (114)  
 Schelling 4 (2), 7 (7), 14 ss., 20 s.,  
   28 (57), 31 (68), 34 (76), 68, 79  
   (75), 156  
 Schildener 89 (99)  
 Schiller 407, 25, 34 (76), 66, 73, 343  
   (67)  
 Schilter 311  
 Schlegel 16 (34), 21.  
 Schleiermacher 4 (2), 31 (68), 32, 34  
   (76)  
 Schlözer 50  
 Schlosser 505  
 Schlossmann 304  
 Schmidt-Rimpler 329, 331 (45)  
 Schmitt, Carl 362 (51)  
 v. Schmitt 179  
 Schönfeld 356  
 Schopenhauer 497 (9), 319, 362 (51)  
 Schulting 246, 333  
 Schwarzenberg 77, **230 s.**  
 Seidentikker 32 (69)  
 Selden 439  
 Senckenberg 203 (60)  
 Seneca 443, 450  
 'Severino da Monzambano' (pseudonimo di S. Pufendorf) 467  
 Shaftesbury 484, 14  
 Shakespeare 214 (88)  
 Sichard **227**, 230, 235 (41), 290, 293,  
   317  
 Sinnama 249 (4)  
 Smith, Adam 356  
 Sohm 483 (17), 181, 184 (15)  
 Socrate 394  
 Sorel 160 (78)  
 Soto, Domenico de 406 (76), 434  
 Spangerberg 336  
 v. Spee 482  
 Speransky 231 (52)  
 Spinoza 319, 390 s., 405 s., 411, 427,  
   459 s., 465 s., 471, 487, 73  
 Stahl 57 (22), 71 (58), 98  
 Stammler 83, **350 s.**, 381 (109)  
 Stampe 336  
 Staub 250  
 Steffens 4 (2), 7 (7)  
 Stein, Lorenz von 82  
 Stein, Karl Frhr. von 423, 511, 22  
 Stendhal 525, 192  
 Stefano Tornacense (di Tournai) 98  
 Stoll, Heinrich 250, 329  
 Storm 17 (39)  
 Strauss, Leo 352, 369  
 Struensee, conte di 421  
 Struve 325, **329**  
 Stryck 307 (4), 325, **330**, 491  
 Stuart Mill 125 (8), 149, 315  
 Stublinger 293  
 Suarez, Francisco 402, 404 (73), 406  
   (76), 434, 381 (111)  
 Svarez, Carl Gottlieb 77, 489 (37),  
   490 (42), 496 s., 502 ss., 509, 514,  
   186
- T
- Tacito 452  
 Tancredi 100  
 Tengler 211, **251**  
 Terhell 294  
 Tertulliano 396  
 Thibaut 489 (37), 510, 527, 36, 57  
   (22), 63 (42), 64 (45, 46), **66 ss.**,  
   71 (58), 73 s., 89 s., 94 s., 140  
 Thoma, Ludwig 198 (39)  
 Thomasius 242 (65), 331, 334 s.,  
   404 s., 410 s., 441, 455, 460 s.,  
   479 s., **480-485**, 489, 502, 509,  
   9, 12, 15, 49, 377 (98)  
 Thorvaldsen 25

Tieck 16 (34), 21 (e n. 46)  
 Tomaso d'Aquino 37, 386 (19), 397,  
 404, 444, 448, 365  
 Torelli 229  
 Trasimaco 394  
 Trendelemburg 106  
 Tucidide 414 (88), 462 (4)  
 v. Tuhr 489, 399

## U

Ugo (glossatore) 79, 86 (v. anche  
 'Quattro dottori')  
 Ugo di San Vittore 60 (15)  
 Ugo di Trimberg 166  
 Uguccone (canonista) 98  
 Uhland 180 (7)  
 Ulpiano 327, 395, 146  
 Unger 518, 141, 144 (47), 163 (1)  
 Urbach 268 (34)

## V

Vacario 83  
 Valla, Lorenzo 122  
 Vangerow 143  
 Vazquez, Fernando 402 (67), 433 (15),  
 434, 440  
 Vazquez, Gabriel 402, 433 (15), 434  
 Vattel 424, 429, 430 (3), 482 (16)  
 Vener 167 (67)  
 Verlaine 161  
 Vico 52, 386 (19), 484, 14, 16 (34, 35)  
 Viehweg 359 ss.  
 Viglius von Aytta 246 (78)  
 Villon 233  
 Vinnius 246  
 Virchow 106  
 Vitoria 402, 406 (76), 433 (15), 434,  
 440, 441 (34)  
 Voet 246, 333  
 Vogt 316  
 Voltaire 477 s. 496, 501, 521, 12  
 (20), 16 (34)

## W

Wackenroder 17 (37), 21  
 Wächter 334, 163 (1)  
 Wagner, Richard 159 (76)  
 Wagner, A.H.G. (riformista tedesco)  
 299  
 Walther von der Vogelweide 399  
 Warnkönig 33 (71), 142  
 Washington 424  
 Weber, Max 482 (16), 326  
 Weigel 467, 469, 471 (26)  
 Weinkauff 370  
 Weiss 29, 54  
 Weitling 160 (78)  
 Welzel 355, 358 s., 362 (51), 379  
 (104)  
 Wenger 110 (26)  
 Wesenbeck 246, 312, 327  
 Westenberg 246  
 Wilda 89 (99), 92  
 Wimpeling 238 (50)  
 Winckelmann 28  
 Windelband 348  
 Windscheid 327, 488, 124, 125 (8),  
 144 ss., 151, 175, 179, 184 s., 251,  
 262, 399  
 Wise, John 424 (112)  
 Wissembach 246  
 Wöllner 505  
 Wolf, Erik 471, 362 (51)  
 Wolf, Aug. Fried. 28  
 Wolff, Christian 404 s., 410 s., 419,  
 425 (112), 441, 454 (61), 460, 476,  
 478, 480, 485-489, 490 s., 496,  
 508, 40, 81, 249 (18)  
 Wullenweber 431  
 Wurm 172 (77), 173, 222 (3)

## Z

Zachariä 528  
 Zachariae von Lingenthal 105

Zasius 123, 124 (48), 211, **226**, 230,  
232, 236 s., 241, 253 s., 289 ss.,  
186  
Zedlitz 496  
v. Zeiller 496, 512 ss., 518, 10, 186

Zencker 513  
Zenone 394  
Zeumer *III*  
Zimmer 36 (80), 63  
Zwingli 402 (66)

## INDICE DELLE FONTI

(comprensivo dei progetti di legge e delle più antiche raccolte private dotate di generale autorità. Nomi di luoghi e regioni non ulteriormente specificati si riferiscono al diritto positivo dei rispettivi Paesi)

### A

- Africa (Stati africani) 224 (e n. 35),  
239 ss. (e *passim*)  
Africa sudoccidentale 229  
Albania 216  
Algeria 239  
Alsazia-Lorena 523, 526  
« Alter Culm » 295  
Amburgo 174 (85), **284**, 523  
America Latina : 23  
Anhalt-Köthen 527  
Ansa (città anseatiche) 141, 217, 284,  
342, 371, 528  
Aremberg 528  
Argentina 500 (16)  
Ashburnham, Libro di 82  
Assia-Darmstadt 293  
Assia, Elettorado d' 294 s., 170  
Austria  
— ABGB 509, **512 ss.**, 523, 66, 186,  
200  
— *Codex Theresianus juris civilis* 513  
— « Codice Giuseppino » 513  
— *Constitutio criminalis Theresiana*  
513  
— Legge sulla cambiale (1938) 169  
— « Novella » del 1916 517, 199 (42),  
216  
— Progetto del von Martini 513 s.  
v. anche: Germania (*sub* A, B; e  
inoltre *sub* HGB)

- Autentica *Habita* 66  
Azzone, *Summa Codicis* 73 (55)

### B

- Baden (Granducato) 528, **173**  
Baden (Margraviato) 291 s.  
Baden-Baden 291  
Baltico, Stati del 227  
Bamberg  
— Glossa alle Istituzioni 48 (e n. 38)  
— Ordini del Tribunale penale 231,  
251  
Baviera 205, 263, 292, **498 s.**  
— *Codex Maximilianus Iuris Bava-*  
*rici* 498 ss.  
  . *civilis* 499  
  . *criminalis* 499  
  . *iudicialis* 499  
— Codice penale del 1813 500, 186  
— Codice processuale civile del 1869  
173  
— « Landrecht » del 1346 e del 1518  
188 (20), 288, **292**  
— Progetto di codificazione privati-  
stica (1860/64) 173  
Belgio 529, 142, 224  
Berg. 523, 528  
  v. anche: Jülich-Berg  
Berlino, « Stadtbuch » di 149 (31)  
Berna 152, 209 (4)  
Boemia 178 (1), 212, 223, 266, 512



Boeri 229  
*Brachylogus* 50 (49)  
 Brandenburgo **293**  
 Brasile 202  
 Brema 298  
 Breslavia, Leggi territoriali di 149  
 (31)  
*Breviarium Alaricianum* 317  
 v. anche: *Lex Romana Wisigothorum*  
 Bulgaria 216  
 Bulgaro, commento a D. 50. 17, *de*  
*diversis regulis iuris antiqui* 86  
 Burgenland (Transleitania) 515

## C

Cambiale, comune legislazione europea sulla 169  
 Canada 224  
 Carolina  
 v.: Germania  
 Cecoslovacchia 515, 517, 216, 237  
 Ceylon 333 (29), 229  
 Cile 202 (51)  
 Cina 529, 170, 203, 216, 237 s. (65),  
 239 s.  
*Codex Euricianus* 44  
*Codex Theodosianus* 243  
 Colombia 202 (51)  
 Colonia **283 s.**  
 Compravendita, lavori preliminari per  
 una legislazione europea sulla 169  
 Consolato del mare 365  
*Constitutiones Sirmondianae* 227  
 Croazia 515

## D

Dalmazia 515  
 Danimarca 201 (47), 229  
 Danzica 528  
*Decima collatio novellarum* 191  
 «*Deutschenspiegel*» 149 (31)

Dietrich von Bocksdorf, formule giudiziarie 172 (77), 173, 222 (3)  
*Differentiae iuris civilis et Saxonici*  
 249

## Digesto

I. 3. 31: 194  
 I. 3. 40: 79 (77)  
 I. 4. 1 pr.: 56 (4)  
 I. 5. 17: 67 (37)  
 9. 2. 33 pr.: 450  
 10. 1. 13: 7 (8)  
 19. 5. 2-4: 276 (50)  
 35. 2. 63 pr.: 450  
 50. 17: 86  
 50. 17. 1 pr.: 132 s. (22)  
 v. anche: Glossa ordinaria

## Diritto canonico e simili

— *Canones* 96 s.  
 — *Clementinae* 100  
 — *Compilationes antiquae* 100  
 — *Concordantia discordantium canonum* 97  
 — *Corpus decretorum* 97  
 — *Corpus Iuris Canonici* 96, 331  
 — Decretali 100, 169 (72)  
 — *Decretum Gratiani* **97**, 101, 169  
 (72), 125 (6)  
 — *Extravagantes (decretales)* 101  
 — *Glossa ordinaria*  
 . di Tancredi (alle prime tre *compilationes antiquae*) 100  
 . di Giovanni Teutonico (al *Decretum* di Graziano) 99  
 — *Glossa Patavina* 99  
 — *Liber extra* 100  
 — *Liber sextus* 100  
 — *Rosarium super decreto* 99  
 — *Speculum iudiciale* di Durante 100,  
 196  
 — *Stroma* di Rufus 98  
 — *Summa confessorum* di Raimondo  
 di Peñafort 104, 169 (72)  
 — *Summa* di Stefano da Tournay 98  
 — *Summa in Decretum* di Ugucione  
 98

## E

- Ecuador 202 (51)  
 Egitto 529, 224, 239  
 Eisenach, libro delle distinzioni giuridiche di 173  
*Epitome Aegidii* (al *Breviarium Alaricianum*) 169  
*Epitome Codicis* 48  
*Epitome Iuliani* 48  
 Estremo Oriente  
   v.: Cina, Giappone, Siam  
*Excerpta Bobbiensia* 48 (38)  
*Expositio ad librum Papiensem* 50  
*Expositiones sive declarationes* 249 (4)

## F

- Finlandia 229  
*formulae tabellionum* 86  
 Francia 223 ss.  
   — Code civil 127, 509, 511, **518 ss.**, 66, 68, 201, 231  
     . de commerce 522  
     . de la convention 521  
     . pénal 522  
     . de procédure civile 522, 171  
   — Costituzione del 1792 519  
   — Coutume de Paris 520 (65)  
   — Leggi ipotecarie della Rivoluzione 521  
   — Novella sull'adozione (1927) 216  
   — Ordonnances 520 e *passim*  
     . des marchands et negocians 522  
   — Riforme al diritto civile della Quarta e Quinta Repubblica 526 s.  
 Francoforte s.M. 228, 289, 294, 528  
 Friburgo i.B. 152, 227, **289 s.**, 293  
 Friburgo i.Ü. 152  
 Friedrichstadt 290 (28)  
 Frisinga, libro delle leggi territoriali (*Landrechtsbuch*) di Roberto di 149 (31)

## G

## Germania

## A. Impero medioevale:

- Bolla d'oro (*Goldene Bulle*) 137  
 — Carolina 200 (52), 231, 251, 267 s., 287  
 — *Confoederatio cum principibus ecclesiasticis* 138  
 — *Constitutiones Friderici* 191  
 — Deliberazione della deputazione imperiale del 1600 270  
 — Ordinamenti di polizia dell'Impero 297  
 — Ordini del Tribunale della camera imperiale 199 s., **258 ss.**, 292  
 — *privilegium maius* 138  
 — *statutum in favorem principum* 137 s.  
 — Ultima deliberazione della Dieta imperiale (1654) 259, 275, 297

## B. Lega tedesca:

- Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (ADHGB) **169**, 174, 183  
 — Bozza di Dresda **168**, 170, 203, 290; cfr. 97, 239  
 — Codice di procedura civile (progetto del 1864) 173 s.  
 — Costituzione del Reich del 1848 167  
 — Legge sulla cambiale 168 s.

## C. Dalla fondazione del Reich (1871) al 1945:

- BGB 97, 175, **177 ss.**, 226 ss., 243, 301 ss.  
 — Codice di procedura civile del 1879/98 174  
 — Costituzione (del Reich) di Bismark 167, 177  
 — Costituzione (del Reich) di Weimar 278  
 — Handelsgesetzbuch (codice di commercio: HGB) del 1896 168 s., 183, 288

- Progetto «tedesco-settentrionale» di codice processuale 173
- D. Repubblica federale:  
— Costituzione di Bonn **372 ss.**
- Germania orientale (DDR) 235 ss.
- Giappone 529, 202 s., 226, 239 s.
- Glarus 209 (4)
- Glossa ordinaria 80 s., 192; cfr. 219 e *passim*
- Gl. ad:  
Inst. 1. 25. 15: 71 (46, 48)  
D. 1. 1. 6: 71 (49)  
D. 1. 3. 40: 79 (77)  
D. 1. 5. 17: 67 (37)  
D. 2. 1. 3: 71 (49)  
D. 7. 1. 3. 2: 73 (55)  
D. 7. 1. 4: 73 (55)  
D. 30. 1: 79 (77)  
D. 41. 2. 3. 4: 73 (56)
- Glosse al «Sachsenspiegel» 173, 222 (3)
- Glosse di Irnerio 71, 79
- Görlitz, libro di (Raccolta di diritto di) 149 (31)
- Grecia 500 (16), 529, 200, 216, 227
- Grigioni 209 (4)
- Guayana britannica 333 (29)

## H

- Hannover  
— «Progetto di H.» 173

## I

- India 237, **238 (66)**, 239 s.
- Indonesia 239
- Introductorium* di Hermann von Schil-  
desche 173
- Irak 239
- Islam 237, **238 (67)**
- Islanda 229
- Isles d'Oléron 365

- Israele 218, 221 s.
- Istituzioni di Gaio 473 (32), 104
- Istituzioni di Giustiniano  
1. 2. 6: 56 (4), 252 (e n. 13)  
3. 21: 252 (e n. 13)
- Italia 529, 166, 201, 204, **225 s.**
- Iugoslavia 515, 200, 216, 227, 237

## J

- «Judicature Act» del 1873 276 (50)
- Jülich-Berg **293**

## K

- Katzenelnbogen 293
- «Klagsspiegel» 251 s., 277 (52)

## L

- «Landesordnungen» **297 ss.**
- Land Registration Act 201 (47)
- Land Transfer Act 201 (47)
- «Landrecht» della Frisia orientale (1516) **150**
- «Layenspiegel» 211, **251 s.**
- Leges Angliae* (Bracton) 156
- leges barbarorum* 147; cfr. 317
- «Lehnrechtsglosse» 173
- lex de imperio* (d'epoca romana) 137 (36)
- Lex Romana canonice compta* 48 (38)
- Lex Romana Wisigothorum* 44, 81
- Libano 224, 227
- Liber Papiensis* 49
- Libri feudorum* 191, 253
- Liechtenstein 515
- Lippe(-Detmold) 528
- Lis Christi cum Belial* 252
- Livonia, «Spiegel» di 149 (31)
- Lo Codi 50 (49)
- Lombarda* 49
- Louisiana 529, 224

Lubecca 151, 169 (71), **285**, 298, 265,  
523  
Lublino 151  
Lüneburg **285 ss.**  
Lussemburgo 224

## M

Magdeburgo 151, 295  
— ' Fiore ' del M. 173  
Magonza 294  
Messico 202 (51)

## N

Nassau 294  
Norimberga 287 ss., 294  
Norvegia 229  
Nowgorod (Alt-) 231

## O

Odofredo, *Summa Codicis* 80  
Olanda  
v.: Paesi Bassi  
Oldenburg 500 (16), 173  
Ordinamenti cittadini di polizia 298

## P

Paesi Bassi, 529, 204, 224  
Palatinato, Elettorado del 294  
Perù 202, 216  
*Petri exceptiones* 50, 82  
Piacentino, *Summa Codicis* 73 (55)  
Pillio, *Summa trium librorum* 79 (79)  
Pistoia, Glossa al Codice 48 (38)  
Polonia 515, 200, 216, 227  
Portogallo 529, 202 (50)  
Progetto italo-francese di un codice  
delle obbligazioni 168 s., 216  
Prussia  
— ALR 487, **500 ss.**, 515 s., 523 s.,  
55 s., 65 s., 68, 185 s., 226 s.

— Codice penale del 1851 500  
— Conferenze per il successore al  
trono 505 s.  
— Disciplina delle ipoteche (1783)  
503  
— Editto del 1713 501  
— « Illustrazione delle leggi ad uso  
del popolo » 506  
— Legge di polizia del 1930 506  
— Legge mineraria del 1865 287  
— Legge sulla proprietà (1872) 183  
— Ordinamento giudiziario 503  
— ordinanza di gabinetto:  
. del 1714: 501  
. del 1746: 498 ss.  
. del 1780: 503  
. del 1798: 508  
— Progetti di codificazione privati-  
stica (1842) 170  
— Progetto di codice di procedura  
civile (1868) 172  
— Progetto di un *Corpus iuris Fri-  
dericiani* 501  
— Progetto legislativo per l'ALR 505  
— Relazioni dello Svarez 505  
— Revisione dello Svarez 505  
Prussia, Granducato di 295

## R

Libro delle leggi bavaresi del re Lu-  
dovico 149 (31).  
Raccolta di diritto di Johannes Pur-  
goldt 249  
*Repertorium aureum* 249 (4)  
Renania 523, 528, 173  
« Richtsteig » del diritto feudale 173  
« Richtsteig » del « Landrecht » 173  
Rogerio, *Summa Codicis* 85 (105)  
Romania 515, 529, 224, 237  
Russia  
— Codice del 1832 231 (52)  
— Codici civili delle repubbliche del-  
l'Unione **232 ss.**, (e n. 53), 249  
(18)

- Leggi sulla famiglia, il matrimonio e la tutela (1927) 232 (53)

## S

- « *Sachsenspiegel* » (Specchio sassone) 148 ss., 188 (20), 294 e *passim*  
 « *Sachsenspiegel* » olandese 149 (31)  
 Sassonia  
 — BGB sassone 170, 226  
 — *Constitutiones ineditae* 295  
 — Costituzione dell'Elettorato di Sassonia 291, 294 s.  
 — *Decisiones Electorales* 295  
 — « *Newe Fundation* » (della Corte scabinale di Lipsia) 266  
 — Ordinamenti processuali per i tribunali di Corte 270  
 — Ordinamento della giurisdizione inferiore (1622) 270  
 — Ordinamento giudiziario dell'Elettorato di Sassonia (1622) 270  
 « *Schwabenspiegel* » (Specchio svevo) 149 (31)  
 Siam 529, 202, 216, 239  
 Siria 224, 239  
 Slovenia 515  
 Solms 288, 290 s., 294  
 Spagna 529, 224 (38)  
 Stati del blocco orientale 230 ss.  
 Stati scandinavi 229 s.  
*Stemma cognitionum* 48  
 Stendal, Glossa di 173  
 Strasburgo, Statuti universitari di 312  
 Sudafrica 184 (13), 218, 229  
*Summa de actionibus* 86 (108)  
*Summa de libellis formandis* 250 (7)  
*Summula de pugna* 86  
*Summa de successioneibus* 86 (108)  
*Summa Perusina* 48, 86 (108)  
*summae* del Codice 73 (55), 80, 85 (105)  
 Svezia 216, 229

## Svizzera

- Codice di diritto privato di Zurigo 141, 208, 214  
 — Costituzione del 1874 209  
 — Costituzione elvetica del 1798 208  
 — Diritto delle obbligazioni (1884) 141, 166, 209 s., 213 s.  
 — Legge sullo stato civile e sul matrimonio 209  
 — Legge sul recupero dei debiti 209  
 — ZGB 529, 141, 207 ss., 226 s., 278

## T

- Tabula juris utriusque* 167 (67), 173, 249 (4)  
 Terra del Capo 184 (13), 229  
 Test Act del 1651 415  
 Testamento di Melchior von Osse 242, 314  
 Tirolo 292 s.  
 Torino, Glossa alle Istituzioni 48  
*Tractatus notariatus* 250 (7)  
 Tubinga, libro di 50 (47), 82  
 Turchia 183 (13), 529, 203, 216, 226, 239 s.

## V

- Vacario, *Liber pauperum* 83 (97)  
 Venezuela 202 (51)  
 Vestfalia, Regno di 528  
 Villingen 152  
*Vocabularius juris utriusque* di Jodocus 167 (67), 173, 221 (3), 249 (4)

## W

- Walcausina* 49  
 Worms 277 (52), 288, 293  
 Württemberg 227, 288, 290 s., 293, 173

## Z

- Zwickau 290 (28)

## INDICE SOMMARIO

### DEL VOLUME PRIMO

	<i>pag.</i>
<i>Pagina introduttiva</i> . . . . .	V
<i>Presentazione</i> . . . . .	VII
<i>Prefazione alla seconda edizione tedesca</i> . . . . .	XIX

### INTRODUZIONE

I. SCOPO ED OGGETTO DELLA TRATTAZIONE . . . . .	3
I. Còmpito della storia del diritto privato moderno . . . . .	3
II. Limiti oggettivi del campo d'indagine . . . . .	10
III. Periodizzazione della storia del diritto privato moderno . . . . .	13

### PARTE PRIMA

#### LE PREMESSE MEDIEVALI DELLA STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO

2. L'ORIGINE DELLA CULTURA GIURIDICA EUROPEA . . . . .	25
I. L'eredità della Tarda Antichità: l'Impero, la Chiesa e la Scuola . . . . .	25
II. Le nuove istituzioni giuridiche dei popoli europei . . . . .	31
III. La sopravvivenza delle tradizioni romane nell'Alto Medioevo . . . . .	35
IV. Gl'inizi d'una dottrina giuridica teorica . . . . .	43
3. LA FORMAZIONE DELLA SCIENZA GIURIDICA EUROPEA . . . . .	55
I. Le condizioni iniziali . . . . .	55
II. I fondamenti metodici . . . . .	64
III. I Glossatori . . . . .	76
IV. I giuristi francesi . . . . .	81
V. Caratteristiche generali . . . . .	84
4. LA CANONISTICA E IL SUO INFLUSSO SULLA SCIENZA GIURIDICA PROFANA . . . . .	93
I. Notazioni preliminari e limiti dell'indagine . . . . .	93
II. L'ordinamento giuridico della Chiesa e la scienza canonistica . . . . .	95
III. Influssi del diritto della Chiesa sul diritto « profano » . . . . .	101
IV. Il rapporto tra diritto canonico e diritto romano . . . . .	104

	<i>pag.</i>
5. IL PUNTO D'ARRIVO DELLA SCIENZA GIURIDICA MEDIEVALE: I 'CONSILIATORES' . . . . .	107
I. I caratteri distintivi dell'epoca in generale . . . . .	107
II. I <i>Consiliatores</i> e gli effetti della loro opera in Europa . . . . .	115
III. Correnti « protoumanistiche » nell'ambito della scienza giuridica . . . . .	120
IV. La funzione politica dei giuristi europei nel Basso Medioevo . . . . .	127

## PARTE SECONDA

## LA RECEZIONE DEL DIRITTO ROMANO IN GERMANIA

6. LO STADIO DI SVILUPPO DEL DIRITTO IN GERMANIA ALLA VIGILIA DELLA RECEZIONE . . . . .	133
I. La situazione generale . . . . .	133
II. Il venir meno del potere statale . . . . .	136
III. Il mutamento dell'ordinamento giudiziario . . . . .	142
IV. La frammentazione degli àmbiti di esperienza giuridica nel Basso Medioevo . . . . .	147
V. La prima fase della recezione nell'ordinamento canonico e in quello 'civile': gl'inizi del diritto romano in Germania . . . . .	161
7. CAUSE E CONDIZIONI DELLA RECEZIONE « PROFANA » IN GERMANIA . . . . .	177
I. Il concetto di recezione . . . . .	177
II. Oggetto della Recezione . . . . .	191
III. Promotori e avversari della Recezione . . . . .	202
IV. Sulle cause della Recezione . . . . .	206
8. IL CETO DEI GIURISTI LAICI IN GERMANIA . . . . .	221
I. Inizi e diffusione dello studio del diritto da parte dei laici . . . . .	221
II. Pionieri e fondatori della scienza civilistica in Germania . . . . .	226
III. Caratteristica generale dei giuristi dell'età della Recezione in Germania . . . . .	231
IV. Umanesimo e giurisprudenza in Germania . . . . .	234
9. LA LETTERATURA GIURIDICA NELL'ETÀ DELLA RECEZIONE PRATICA . . . . .	247
I. L'invenzione della stampa e la Recezione pratica . . . . .	247
II. Scritti elementari e divulgativi . . . . .	249
III. La letteratura scientifica . . . . .	253
10. L'AFFERMAZIONE D'UNA GIURISDIZIONE « DOTTA » . . . . .	257
I. Il <i>Reichskammergericht</i> . . . . .	257

	<i>pag.</i>
II. I Tribunali di Corte nei Principati . . . . .	260
III. Sedi scabinali « dotte » e Facoltà giudicenti ( <i>Spruchfa-</i> <i>kultäten</i> ) . . . . .	264
IV. Il processo del diritto comune e il suo influsso sul concetto generale di diritto . . . . .	268
II. LA LEGISLAZIONE NELL'ETÀ DELLA RECEZIONE . . . . .	281
I. Legislazioni delle città (« <i>Reformationen</i> ») . . . . .	281
II. Legislazioni territoriali (« <i>Landrechte</i> ») . . . . .	290
III. Ordinamenti territoriali e di polizia . . . . .	296

PARTE TERZA

L'USUS MODERNUS PANDECTARUM  
E LA FINE DELLA RECEZIONE PRATICA

12. L' 'USUS MODERNUS PANDECTARUM' . . . . .	305
I. Nozioni introduttive . . . . .	305
II. Il superamento della Recezione « teorica » . . . . .	307
III. Emancipazione dell'insegnamento dal <i>mos italicus</i> . . . . .	311
IV. Estensione degli àmbiti di materia e delle forme letterarie . .	314
V. Valutazione globale dell'epoca . . . . .	320
13. ALCUNI GIURISTI DELL' 'USUS MODERNUS' . . . . .	323
I. Notazioni introduttive . . . . .	323
II. I Pratici del Seicento e del Settecento . . . . .	325
III. L'indirizzo « antiquario » in Germania . . . . .	333
14. BILANCIO DELLA RECEZIONE E DELL' 'USUS MODERNUS' . . . . .	339
I. Il rapporto tra materia e metodo . . . . .	339
II. La diffusione del Diritto comune in Germania . . . . .	341
III. Materie oggetto di recezione . . . . .	343
IV. Rifondazioni dogmatiche della scienza giuridica moderna . . .	364
V. Tentativo d'una valutazione complessiva . . . . .	368

PARTE QUARTA

L'ETÀ DEL GIUSNATURALISMO

15. I FONDAMENTI . . . . .	379
I. Premesse spirituali . . . . .	379
II. Forme storiche di diritto naturale . . . . .	391



	<i>pag.</i>
III. Questioni fondamentali d'una teoria del diritto naturale . . .	406
IV. I periodi del diritto naturale moderno . . . . .	409
V. Il contributo dato dal diritto naturale alla cultura giuridica moderna . . . . .	412
16. PIONIERI E FONDATORI DEL GIUSNATURALISMO . . . . .	427
I. Orientamenti generali . . . . .	427
II. Oldendorp, la Seconda Scolastica spagnola e l'Althusio . . . .	430
III. Ugo Grozio . . . . .	437
17. I SISTEMATICI DEL GIUSNATURALISMO . . . . .	459
I. Notazioni preliminari . . . . .	459
II. Hobbes e Spinoza . . . . .	461
III. Samuele Pufendorf . . . . .	466
18. L'ALLEANZA TRA GIUSNATURALISMO ED ILLUMINISMO . . . . .	477
I. Giusnaturalismo ed Illuminismo . . . . .	477
II. Christian Thomasius . . . . .	480
III. Christian Wolff . . . . .	485
IV. I loro allievi giuristi . . . . .	489
19. I CODICI GIUSNATURALISTICI . . . . .	493
I. I presupposti culturali e quelli politici. I precursori . . . . .	493
II. L'ordinamento territoriale prussiano . . . . .	500
III. Il Codice civile generale austriaco . . . . .	512
IV. I codici napoleonici . . . . .	518
ABBREVIAZIONI . . . . .	531

## INDICI

INDICE DELLE PERSONE . . . . .	539
INDICE DELLE FONTI . . . . .	551









**€ 37,00**

024192957

ISBN 978-88-14-20627-6



9 788814 206276