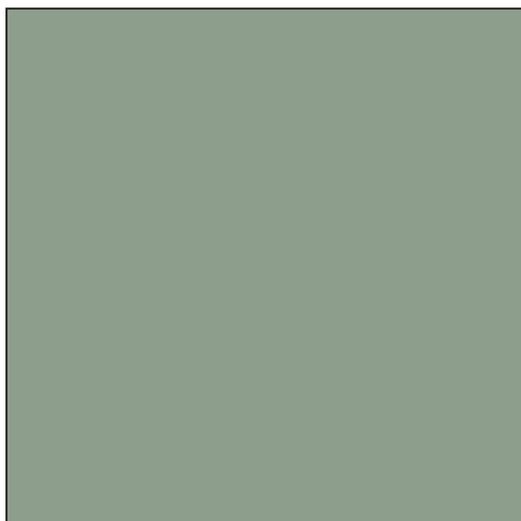


**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

7



FRANZ WIEACKER

**STORIA DEL
DIRITTO PRIVATO
MODERNO**

VOLUME SECONDO

giuffrè editore milano

Titolo originale dell'opera:

Franz Wieacker, «*Privatrechtsgeschichte*»

© Copyright by Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1967

Questo volume — settimo 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

7

FRANZ WIEACKER

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

Presentazione di

UMBERTO SANTARELLI

VOLUME SECONDO



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 distorta: 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 invalidabili) delle loro vicende. In fondo, più che di ricostruir la storia dell'esperienza giuridica del Medioevo dell'Italia o dell'Europa — nella sua reale 'composità' 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 (1). 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 — Giur naturalismo, 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) ⁽²⁾, ma che consueta non era

⁽²⁾ Di quest'aspetto del *Handbuch* abbiám 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 ogni 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 ogni esperienza comune alla sua esperienza giuridica) ⁽³⁾. 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 'pregiudizi 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 'esegetico' di cui poc'anzi dicevamo — lasciava intravedere un di-

(³) 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'avere 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 ⁽⁴⁾ —, mettendo correttamente in secondo piano le 'tecniche' di cui essi si giovarono nella lettura del *Corpus* giustiniano e che determinarono i 'generi' della loro produzione letteraria ⁽⁵⁾. 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 BERTI, 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 principi 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 (*): 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.

(*) 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 forma' 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 ⁽⁸⁾, dai 'pregiudizi romani-stici' — 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 ⁽⁹⁾.

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

⁽⁸⁾ 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.

⁽⁹⁾ 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 lettrici 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 ⁽¹⁰⁾ —, 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 còmputo, 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 ⁽¹¹⁾, o l'integrazione a comodo (almeno) del Lettore italiano appariva quasi d'obbligo ⁽¹²⁾. 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 ⁽¹³⁾.

* * *

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

⁽¹¹⁾ 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.

⁽¹²⁾ Sempre per restare agli esempli 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).

⁽¹³⁾ Rientra tra questi aggiornamenti puramente estrinseci la citazione (manicante, 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 cortesî 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 assolta) 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 conchiuso, 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 pregiudizi 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.

PARTE QUINTA

**SCUOLA STORICA DEL DIRITTO, PANDETTISTICA
E POSITIVISMO D'IMPRONTA NAZIONALE**

LE ORIGINI DELLA SCUOLA STORICA DEL DIRITTO

I. La fine del Giusnaturalismo di matrice illuminista. — II. La scoperta della storicità. — III. La Scuola storica del diritto tra Romanticismo e Classicismo. — IV. La concezione di una scienza filosofica del diritto positivo, il Formalismo e l'eredità giusrazionalista della Scuola storica.

I. 1. Le codificazioni giusnaturaliste avevano rappresentato il trionfo di una cultura giuridica improntata alla morale pratica. E tuttavia esse non erano riuscite a dare i frutti sperati: sia perché la piccola *élite* che le aveva espresse non era stata in grado di rendere partecipe senza riserve del suo slancio riformatore scienza giuridica e giurisprudenza, sia perché come onerosa contropartita se ne era andata sempre più chiaramente delineando la inclinazione del legislatore assolutista, da un lato a limitare le possibilità di una elaborazione scientifica evolutiva e dall'altro ad imbrigliare la libertà interpretativa del giudice a mezzo di commissioni ministeriali (Prussia) o del legislativo (Francia). Per la scienza del Diritto comune la breve stagione dell'influsso giusrazionalista sulla produzione normativa aveva coinciso pertanto dappertutto con una profonda crisi non solo di vita interiore ma anche di validità esterna ⁽¹⁾. Sarà proprio la coscienza di questa generale situazione di oppressione ed interdizione, nel momento

(1) Appartengono a questo periodo le tendenze del tardo Illuminismo assolutista — approfonditamente esposte da SCHELSKY, *Einsamkeit und Freiheit. Idee und Gestalt der deutschen Universität und ihrer Reform*, Reinbeck 1963, (Rohwolts deutsche Enzyklopädie 171/172), pp. 31 ss. — verso una politica dell'istruzione orientata in senso pragmatico e diretta alla trasmissione di conoscenze ritenute utili per lo Stato. Tali tendenze culmineranno nella richiesta di abolizione delle Università (p. 37); cfr. anche SCHAFFSTEIN, *Wilhelm von Humboldt*, Frankfurt a. M. 1952, pp. 216 ss.

in cui crescita del senso civico e rinnovamento culturale umanistico tendono a condurre ad una generale avversione contro i meccanismi legislativi dello Stato autoritario, a determinare in Germania la fine del Giusnaturalismo illuminista (*).

Al tempo stesso ombre profonde avevano cominciato a profilarsi ad opera del nuovo movimento critico nel quadro splendente di una produzione normativa che era apparsa guidata unicamente

(*) Per gli effetti immediati della filosofia idealista sulle concezioni di Schelling, Beyme e Humboldt a proposito dell'Università di Berlino, vedi SCHAFFSTEIN, *op. cit.*, pp. 223 ss. e da ultimo SCHELSKY, *op. cit.*, pp. 66 ss. Essi emergono con chiarezza dai cinque « manifesti della riforma » editi da ANRICH, *Die Idee der deutschen Universität. Die fünf Grundschriften aus der Zeit ihrer Neubegründung durch klassischen Idealismus und romantischen Realismus*, Darmstadt 1956. In particolare si veda: SCHELLING, [Quattordici] lezioni sul metodo dello studio accademico, 1802, pp. 3 ss., strettamente basato sulla sua filosofia dell'Identità; p. es. « l'aspettativa di una visione organicamente globale della scienza da parte della Scienza delle Scienze, la Filosofia » intesa come quella che « già nei suoi intenti ... deve essere necessariamente diretta alla totalità della conoscenza »: pp. 6 s.; su cui HOLLERBACH, *Der Rechtsgedanke bei Schelling*, Frankfurt a. M. 1957, pp. 152 ss.); J. G. FOCHE, *Deducirter Plan einer in Berlin zu errichtenden höheren Lehranstalt etc.*, 1807 (edito nel 1817), pp. 127 ss. (al posto dello « apprendimento meccanico » si deve « elevare al livello di chiara consapevolezza l'attività dell'intelletto »; in questo senso la futura Università dovrà essere « una scuola dell'arte di applicare scientificamente la ragione »: pp. 130 s.); SCHLEIERMACHER, *Gelegentliche Gedanken über Universitäten im deutschen Sinn etc.*, 1808, pp. 221 ss. (costituzione di una repubblica dei dotti [di una « associazione scientifica »], che è compito dello Stato « ammettere e proteggere »: pp. 222-225; « essa realizza la consapevolezza della necessaria unità del sapere »: p. 231); inoltre STEFFENS, [Sette] lezioni sull'idea di Università, 1808/1809, pp. 312 ss. (con particolare rigore nei confronti degli antecedenti razionalistici e delle concezioni utilitaristiche dell'Assolutismo illuminista, pp. 325 ss., pp. 320 ss.; affiorare quasi infatuato dell'idea dell'identità del cittadino con lo Stato; la « autentica, non effimera vita interiore dello Stato »; « la verità e moralità » che « deve essere considerata sacra da ciascuno nella totalità dello Stato, e dallo Stato intero in ciascuno »: pp. 333 ss.); e infine Wilhelm von HUMBOLDT nella sua incompiuta memoria sulla organizzazione interna ed esterna dell'Istituto scientifico superiore di Berlino (1809 o 1810, pp. 377 ss.: « Einsamkeit und Freiheit »; prospettiva centrale quella di una idea pura della scienza « che le Università hanno da considerare continuamente come un problema non ancora non del tutto risolto, rimanendo quindi in una condizione di costante ricerca, mentre è la scuola secondaria che ha da manipolare ed insegnare nozioni fatte e finite »). Su ciò da ultimo WIEACKER, *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule*, Karlsruhe 1967, pp. 8 ss.

dalla Ragione. Certamente nell'età d'oro del Giusnaturalismo laico, da Grozio a Pufendorf, il pensiero giuridico aveva avuto il merito di formulare postulati evidenti e rigorosi della idea di diritto che, intesi in costante rapporto di reciproco scambio con una scienza giuridica orientata alla prassi, si erano andati sempre più arricchendo e precisando. Irrigiditi però più tardi a dogmi di una attività legislativa che pretendeva di essere chiamata a produrre per ciascun concreto modello di Stato il diritto valido una volta per sempre, tali postulati avevano finito col tramutarsi in ostacolo a quella giustizia viva che, proprio perché immutabile filo conduttore attraverso le più disparate situazioni storiche, può attuarsi soltanto tramite ordinamenti positivi che siano diversi per ognuna di esse (*). Eppure l'ingenuità del Giusrazionalismo teoretico era apparsa in origine del tutto innocua proprio perché sembrava non escludere la possibilità di un adeguamento costante del diritto alle novità o al migliore stato delle conoscenze. Ma ogni illusione era destinata ben presto a cadere allorché l'autorità costituita, fatte proprie quelle teorie, pretese di imporle ai sudditi come contenuto di un precetto normativo, cancellando in tal guisa per il futuro ogni possibilità di autoemendamento. Fu così che la Ragione si tramutò in puro nonsenso, il beneficio in calamità (4).

Ridotto ad una tale situazione di sclerosi, il Razionalismo illuministico sembrò tradire in ultima analisi il proprio nucleo ideale. Al suo apogeo esso era riuscito con ammirevole spregiudicatezza a rompere con ogni peggiore tradizione: aveva smascherato il carattere di superstizione della caccia alle streghe, aveva abolito la tortura, aveva eliminato le forme qualificate di esecuzione capitale, le pene corporali e quelle infamanti (ormai anacronistiche), con la riforma del diritto e della esecuzione penale aveva posto pietre miliari sulla via del trionfo del senso d'uma-

(*) *Infra*, pp. 82 s.

(4) Questa nota espressione di Goethe (*Faust I*, 1776; già nell'*Urfaust* del 1775) possiede naturalmente, considerata nell'intero contesto, un senso quasi contrario, essendone lo scopo quello di porre (certo sotto l'influsso di Rousseau) il « bagaglio ereditario » (e dunque storico) « di leggi e diritti » a fronte del « diritto naturale, che è nato insieme a noi ».

nità. Gli influssi benefici sul diritto privato erano stati invece meno evidenti ed univoci. Qui un razionalismo sfrontato e superficiale si era spesso non soltanto sovrapposto alla coscienza giuridica sviluppata dalla tradizione o alla razionalità insita nella realtà stessa delle cose, ma, con la pretesa assurda di costituire una sorta di monopolio di Stato su ogni futura manifestazione di diritto naturale, aveva finito col bloccarne altresì lo sviluppo ulteriore. La generale avversione per la storia, caratteristica di questo atteggiamento della Ragione illuminista colpiva così anche la storia futura, cioè in sostanza l'avvenire dei popoli di cui essa voleva essere espressione.

2. Un simile stato di cose non poteva essere a lungo tollerato, quanto meno dai migliori ingegni di quel mondo della cultura che stava allora nascendo in Germania. Da parte loro i ceti borghesi in ascesa avevano cominciato a sviluppare un proprio autonomo senso dello Stato che si poneva chiaramente in opposizione con il paternalismo autocratico dell'Assolutismo illuminista. Anzi fu proprio la spinta proveniente dall'Assolutismo centralistico a determinare in Germania (così come in Francia, dove aveva preparato e al tempo stesso provocato il fenomeno rivoluzionario di integrazione nazionale) la nascita di una coscienza civica borghese unitaria, di un « rapporto immediato » del cittadino con il suo Stato ⁽⁵⁾, quale ebbe occasione di esprimersi ad es. nel sentimento di partecipazione con cui l'intera Nazione tedesca seguì le guerre di Federico II, alle quali è dovuto del resto, secondo la testimonianza dello stesso Goethe, anche il risveglio della coscienza culturale nazionale ⁽⁶⁾. Il senso dello Stato cessò così di essere patrimonio esclusivo dei governanti per entrare lentamente a far parte anche della coscienza dei governati: conseguenze im-

⁽⁵⁾ Sulla immediatezza di questo rapporto, sempre fondamentale MEINECKE, *Weltbürgertum und Nationalstaat*?, München 1928; cfr. anche O. VOSSLER, *Der Nationalgedanke von Rousseau bis Ranke*, München 1937; E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, I, 1957, pp. 3-18; per altre informazioni vedi *infra* sub 3. Sugli effetti in campo culturale, VON SRBIK, *Geist und Geschichte vom deutschen Humanismus etc.*, I, München 1950, pp. 164 ss., pp. 170 s. Indicativo STEFFENS, *op. cit.* (*supra*, nt. 2).

⁽⁶⁾ *Poesia e verità*, parte 1^a, libro 2^o.

mediate sul piano pratico ne furono da un lato l'accendersi di quel sentimento di dedizione alla Patria come organismo a tutti sovraordinato, in cui si scaricavano le forze spirituali represses del Pietismo (?), e dall'altro la presa di consistenza delle aspirazioni dei nuovi ceti borghesi ad una propria partecipazione diretta sia agli organi di governo che alla produzione giuridica. Quell'opera d'arte che era lo Stato del tardo Assolutismo appariva adesso come un meccanismo inerte, le sue leggi come pure costruzioni senza radici nella coscienza giuridica, i suoi sforzi per il raggiungimento della « felicità » dei sudditi come atteggiamenti paternalistici nei confronti di cittadini ormai emancipati. Questi sono i sentimenti che già precocemente traspasiano nelle critiche di Archenholz allo Stato prussiano concepito come una sorta di macchina, o nell'atteggiamento di Justus Möser verso le antiche libertà comunitarie ancor vive nelle tradizioni istituzionali della sua terra di Osnabrück, o infine nello stesso titolo dell'opera di Möser: *Fantasie patriottiche*.

Queste nuove aspirazioni del cittadino avrebbero potuto essere realizzate soltanto attraverso una rivoluzione politica che, facendosi per così dire interprete del pathos dello Stato, fosse riuscita a porre la Nazione stessa come sovrana al posto del monarca assoluto e avesse saputo condurne a termine l'opera di centralizzazione e razionalizzazione. È la via battuta ad es. dalla Francia,

(?) Le scaturigini religiose si intravedono, già verso la metà del XVIII secolo, in *Cissides und Paches* di Ewalt von KLEIST, nel *Phiothas* di LESSING e in *Tod für Vaterland* di Thomas ABBT. Su Pietismo e Storicismo tedesco vedi ANTONI, *La lotta contro la ragione*, Firenze 1942, pp. 209 ss. con ulteriori indicazioni bibliografiche alla p. 210, ntt. 1-3. Sugli spunti escatologici della rivoluzione spirituale idealista intorno al 1800 cfr. KRONER, *Von Kant bis Hegel*, I^a, Tübingen 1961, p. 1 ss. (con riferimento alla lettera di Hegel a Schelling del 1799: « Venga il regno del Signore e le nostre braccia non rimangano inerti »; cfr. ora anche TESSITORE, *I fondamenti della filosofia politica di Humboldt*, Napoli 1966, pp. 14 s.). Espressioni tratte dalla sfera sacrale compaiono anche in STEFFEN, *Vorlesungen*, cit. (nt. 2): « che non si maledica l'epoca, il cui nascosto splendore ci apprestiamo noi stessi a mettere in luce e godere » (*op. cit.*, p. 319; 1808/1809); « così anche gli Stati ... esistono soltanto per testimoniare lo splendore dell'Eterno. E la nazione che non se ne rende conto è da ritenersi barbara »; « la serena e divina essenza del tutto » (p. 329); il « sacro legame, attraverso il quale lo Stato nella sua totalità entra a far parte ... di ogni cittadino » (p. 332); ecc.

dove il vecchio Regime troppo a lungo si era lasciata sfuggire l'occasione di una riforma dello Stato magari in senso illuministico. In Germania invece si riuscì a frenare ed interrompere il decorso di una analoga evoluzione. La situazione generale era del resto diversa. Mancava innanzi tutto una monarchia centralizzata; inoltre strutture sociali più antiche ed una fioritura culturale sviluppatasi lontano dalle grandi capitali politiche avevano distratto dall'azione sociale spingendo piuttosto verso movimenti di « poesia e pensiero » nel senso più proprio del termine ⁽⁸⁾. Certo anche in Germania, colpiti dal fascino della legislazione napoleonica, alcuni degli spiriti migliori guardarono alla Francia e — specie dopo le guerre di liberazione, allorché per un attimo i tempi sembrarono maturi per una democrazia nazionale — credettero aperta la via ad una costituzione e ad un Codice tedesco unitari, che non fossero frutto di imposizione dall'alto bensì espressione della nazione stessa. Ma in realtà con la Restaurazione queste forze furono ben presto emarginate e costrette sul « cammino interno » di un tentativo di rinnovamento del diritto che, svanita con il ritorno dei sovrani legittimi dopo la caduta di Napoleone l'occasione della integrazione democratica di uno Stato unitario tedesco, muoveva da una presa di coscienza della storicità e scientificità del suo oggetto.

3. A tutto ciò va aggiunto soprattutto che nuovi movimenti di pensiero avevano finito nel frattempo con lo scuotere anche l'autorità filosofica del Giusnaturalismo laico. L'apporto decisivo di Immanuel Kant alla demolizione del Giusnaturalismo più antico e acritico è stato da tempo riconosciuto ⁽⁹⁾, anche se lo si è

⁽⁸⁾ Su questi collegamenti di carattere generale vedi MEINECKE, *Weltbürgertum*, cit.; ID., *Das Zeitalter der deutschen Erhebung (1795-1814)*, I^a ed., Bielefeld 1906, 7^a ed., Göttingen 1963, pp. 57 ss. e *passim*; DILTHEY, *Die Reorganisatoren des preussischen Staates*, in: *Gesammelten Schriften*, XII^a, Stuttgart 1960, pp. 37-130; BRUNSWIG, *La crise de l'Etat prussien à la fin du XVIII^e siècle et la genèse de la mentalité romantique*, Paris 1947.

⁽⁹⁾ LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., III.2, München/Berlin 1910 (rist. Aalen 1957), pp. 185 ss.; ID., *Kant und Hugo*, in: *ZPrivöfR*, XXVIII (1901), pp. 670 ss.; DULCKEIT, *Naturrecht und positives Recht bei Kant*, 1932, specie pp. 62 ss.; SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., pp. 379 ss.; WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano 1965, pp. 250 s., pp. 253-260.

variamente e spesso non correttamente valutato ⁽¹⁰⁾. In questa sede ci dobbiamo accontentare di riferire i risultati. Diversamente che al Thomasius, il cui primo attacco all'idealismo giusnaturalista era restato senza successo per la sua inadeguatezza metodologica, con la *Critica della ragion pratica* e con i *Principi metafisici della dottrina del diritto* riuscì a Kant di confutare la metafisica giuridica sia del primo Giusnaturalismo che del successivo Giusnaturalismo laico e di dimostrare la inammissibilità dei loro postulati contenutistici assoluti mettendo in luce, già prima di Hegel, il condizionamento reale (non la impossibilità!) ⁽¹¹⁾ di ogni decisione etica materiale. In tal modo però venivano spiritualmente discreditate — spesso anche a scapito dei loro meriti pratici, che la lamentata sprovvedutezza metodologica non avrebbe necessariamente dovuto inficiare — le vecchie formulazioni giusnaturaliste, acriticamente riprese dai grandi fondatori del Giusnaturalismo laico, come pure gli inquietanti attacchi del legislatore illuminista al diritto storico delle nazioni. Così il problema della giustizia del diritto positivo, dopo l'accettazione in diversa guisa già intorno al 1800 della filosofia di Kant da parte degli esponenti più ricchi d'avvenire del pensiero giuridico con in testa Hugo, Feuerbach e Savigny, finì col fondarsi d'ora in avanti sui principii kantiani dell'autonomia morale della persona e della sua volontà etica ⁽¹²⁾ e sulla concezione, pure kantiana, dell'ordina-

⁽¹⁰⁾ A chiarimento dei malintesi nella interpretazione neokantiana, vedi WELZEL, *Diritto naturale*, cit., pp. 250 ss.: intendendo con dovere giuridico — in contrasto con gli « obblighi » del Thomasius (*supra*, I, p. 482) — « il dovere morale, di cui è lecita l'attuazione in via coattiva » (WELZEL, *Diritto naturale*, cit., p. 251 nt. 18), Kant ha conservato la possibilità di individuare concretamente il contenuto del dovere e di conseguenza un'etica materiale della giustizia.

⁽¹¹⁾ WELZEL, *Diritto naturale*, cit., p. 254.

⁽¹²⁾ COING, *Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorie der Menschenrechte*, in: *Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongress für Rechtsvergleich*, London 1950, specie pp. 199 ss. (ora anche in *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Frankfurt a. M. 1962): a proposito dell'influenza su Savigny, Puchta e Stahl del concetto di persona in senso morale; ID., *Kant und die Rechtswissenschaft*, Frankfurter Universitätsreden, XII (1955); TEGETHOFF, *Kant und Savigny. Der Einfluß des deutschen Idealismus besonders Kants auf F. C. v. Savigny*, Diss. Frankfurt 1952; da ultimo KIEFNER, *Der Einfluß Kants auf die Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert* (non ancora pubblicato).

mento giuridico come quello che consente a ciascuno la massima libertà compatibile con la corrispettiva libertà degli altri membri. A seguito della spinta critica presente nel pensiero di Kant, specie nella *Critica della ragion pura*, la questione delle condizioni *a priori* di una etica sociale finì con l'identificarsi con il problema delle condizioni formali per una legittimazione filosofica della scienza giuridica. Dall'etica kantiana (in sé assolutamente non formale) si originò così quel filone del Formalismo scientifico, cioè del Positivismo giuridico, che avrebbe poi dovuto convertire il tardo *Usus modernus* in una scienza autonoma del diritto positivo (13).

Non sarebbe esatto invece ritenere che la critica di Kant alla metafisica giuridica giusnaturalista abbia reso impossibile ogni ulteriore contributo metodologico alla scienza giuridica positiva da parte del Giusnaturalismo laico (14). La concezione che vedeva il Giusnaturalismo come piano di un ordine scientifico del diritto positivo non ne fu in alcun modo toccata; non per niente infatti fu possibile a kantiani come Anselm Feuerbach (e in certo senso Franz von Zeiller) di essere, ciononostante, legislatori giusnaturalisti (15). Del pari fu proprio sul piano della autonomia morale kantiana che poté svilupparsi quella indipendente etica giuridica sovrastorica che, attraverso Savigny e Puchta e il loro modo di concepire la persona giuridica, il diritto soggettivo, l'autonomia della volontà negoziale, la « esistenza autonoma » del diritto come mezzo per la realizzazione della moralità, domina interamente la Pandettistica più antica (16). Così per Savigny il diritto

(13) Vedi più avanti, pp. 30 ss. Ottimo GONZALEZ VICEN, *Sobre los orìgenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporaneo*, in: *Annuario di filosofia del derecho*, VIII (1961), pp. 9 ss.; e ancora A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Padova 1962; MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano 1965, specie pp. 122 ss.; pp. 138 ss.

(14) WELZEL, *Diritto naturale*, cit., pp. 263 s., con l'avvertimento che la critica di Hegel al Giusnaturalismo si limita a riprovare la astoricità (con le parole di Hegel, la « vuota generalità ») del Giusnaturalismo laico, di cui egli cerca di superare il formalismo aprendo le porte a quella dimensione storica che esso aveva trascurato (p. 265). Il Welzel interpreta pertanto la filosofia del diritto di Hegel come « la forma più perfetta di dottrina giusnaturalista materiale ». Diversamente però Leo STRAUSS, *Naturrecht und Geschichte*, Stuttgart 1956, pp. 98 s., pp. 332 s.; cfr. comunque p. 31 e p. 37.

(15) Vedi *supra*, I, pp. 500 e 514.

(16) Cfr. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, I, tr. it.; su cui COING, *Kant und die Rechtswissenschaft* cit., p. 38; WILHELM, *Metodologia*, cit., p. 65.

è « il limite, entro il quale l'esistenza e l'attività di ogni singolo acquista un sicuro, libero ambito d'esplicazione » e al tempo stesso la « regola, per mezzo della quale viene determinato quel limite e dunque quell'ambito ». Per questa via Savigny arriva a configurare una relazione tra diritto e morale tale da offrire un fondamento etico alla autonomia del diritto: il diritto è cioè al servizio della morale, ma non « nel senso di renderne operative le norme, bensì nel senso di assicurare lo sviluppo della forza insita in ognuna di quelle ». Conseguentemente il diritto « domina incontrastato nella sua sfera » e non può avere altro compito che quello di servire da strumento « all'etica destinazione della natura umana » (17).

II. Con l'aggettivo « storica » con cui la Scuola storica del diritto volle definirsi, essa rivendicò praticamente per sé il compito di schiudere alla conoscenza la dimensione storica del diritto. Se si desidera però davvero comprendere l'autentica portata di questa nuova impostazione scientifica, è necessario innanzi tutto chiarire il significato del modo d'intendere sé stessa tipico della Scuola storica. Essa sembra concepire non soltanto il diritto come storia, bensì — come traspare già dal titolo della rivista con cui la Scuola si fonda — la stessa scienza del diritto come « storicamente orientata ». Visto tuttavia nel quadro di un generale programma di rinnovamento della scienza del diritto positivo, un tale assunto non può avere altro senso che quello di una identificazione dell'oggetto della scienza giuridica col diritto attuale come frutto evidente di evoluzione storica (e quindi come autodeterminantesi, indipendentemente dalle astrazioni del Giustnaturalismo laico o dalle imposizioni del legislatore illuminista). Certamente non può esserle ascritto il senso più ampio che la conoscenza storica debba sostituirsi alla elaborazione dogmatica della giurisprudenza. Il riferimento al carattere di dato storico preconstituito proprio dell'oggetto su cui la scienza giuridica è chiamata ad operare, rappresenta pertanto solo un aspetto nel programma generale di rinnovamento di questa scienza, appunto quello della individuazione del *substrato materiale* che essa avrà il compito di organizzare spiritualmente ad unità. È chiaro tuttavia che già questo aspetto si rivela sufficientemente

(17) SAVIGNY, *Sistema*, cit., p. 75.

importante, per spingere innanzi tutto ad analizzare le premesse generali di una tale scoperta della storicità del diritto: e cioè il progressivo svilupparsi del senso storico del XVIII secolo (18).

1. Il movimento critico, che nei confronti del diritto e della attività legislativa aveva avuto inizio agli albori del secolo, aveva, già a partire dal Thomasius, relativizzato, « storicizzato » il Giusnaturalismo laico più antico (19). D'altro canto pure il Montesquieu, ne *Lo spirito delle leggi* (1748), aveva inteso diritto e costituzione come prodotto da una parte dei concreti rapporti naturali e sociali e dall'altra dello spirito dei tempi (20). Sotto il suo influsso fu dunque possibile a Justus Möser porre anche in Germania la questione delle condizioni storico-empiriche della cultura, dell'assetto costituzionale e dell'organizzazione giuridica di un certo territorio. Sempre nel segno di questo empirismo fiorì nella seconda metà del secolo, principalmente in Göttingen, una scienza della storia e del diritto pubblico pragmaticamente orientate (21)

(18) Su ciò che segue (per la letteratura su Hugo e Savigny vedi però più avanti p. 48 nt. 2 e p. 53 nt. 18) cfr. in generale: ROTHACKER, *Einleitung in die Geisteswissenschaft*², Tübingen 1930; TROELTSCH, *Savigny, Grimm, Ranke*, in *Historische Zeitschrift*, CXVIII (1923), pp. 415 ss.; MEINECKE, *Le origini dello storicismo*, trad. it. Firenze 1954, pp. 231 ss.; C. ANTONI, *La lotta contro la ragione*, cit., pp. 103 ss. e *passim*; ed ora ID., *Storicismo e antistoricismo*, Napoli 1965. Sui presupposti della Scuola storica del diritto vedi particolarmente: E. J. BEKKER, *Über den Streit der historischen und philosophischen Rechtsschule*, Heidelberg 1886; E. v. HIPPEL, *Gustav Hugos juristischer Arbeitsplan*, 1931, pp. 15 ss.; THIEME, *DtJZ*, XLI (1936), pp. 153 ss.; ID., *ZSS, GA*, LVI (1936), pp. 202 ss.; Erik WOLF, *Große Rechtsdenker* cit., pp. 467 s., 484, 486 s.; KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., pp. 254 ss. e *passim*; HOETINCK, *Historische Rechtsbeschouwing*, Prolusione retorale 1950; Carl SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, 1950, pp. 21 ss.; SCHAFFSTEIN, *Wilhelm von Humboldt und Savigny*, *ZSS, GA*, LXXII (1955), pp. 154 ss.; GAGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte*, Stockholm 1960, pp. 15-46; schematicamente anche WIEACKER, *Vom römischen Recht*¹, Stuttgart 1945, pp. 153 ss.

(19) Vedi *supra*, I, p. 485.

(20) Da ciò è influenzata anche la critica di Voltaires al Diritto naturale assoluto: THIEME, *ZSS, GA*, LVI (1936), p. 349.

(21) DILTHEY, *Il secolo XVIII e il mondo storico*, trad. it. Verona 1967, pp. 99 ss.; MEINECKE, *Storicismo*, cit., pp. 210 s.; VON SRBIK, *op. cit.* (*supra*, nt. 5), pp. 121 ss.; WOLF, *Rechtsdenken*, cit., p. 484; THIEME, *ZSS, GA*, LVI (1936), pp. 57, 641, 700 nt. 1 (dove però non si capisce il secco rifiuto di ogni relazione

e perfino una scienza del diritto privato tedesco, a cui ebbero ancora modo di formarsi pionieri della Scuola storica del diritto quali Hugo ed Heichhorn ⁽²³⁾. Caratteristica comune di questa fase della scienza giuridica tedesca era già comunque il crescente contrasto con le principali correnti razionalistiche del Giusnaturalismo laico ⁽²³⁾.

2. Nel frattempo un più maturo sviluppo della consapevolezza storica aveva reso possibile per la prima volta un'esperienza spirituale particolarmente fruttuosa: cioè la scoperta (di matrice neoplatonica e nominalistica) ⁽²⁴⁾ della immanenza nei fenomeni storici del senso della Creazione e al tempo stesso la presa di coscienza della inesauribilità ed irripetibilità di queste individuazioni storiche. I presupposti ideali di tali scoperte si trovavano

tra la Scuola di Pütter ed il « Positivismo » di Hugo); G. VON SELLE, *Die Georg-August-Universität zu Göttingen*, Göttingen 1937, specie pp. 131 ss. Approfondisce il discorso anche ANTONI, *op. cit.*, (*supra*, nt. 18), pp. 159 ss. La scuola di Göttingen ci viene così caratterizzata da un contemporaneo, il DROYSEN, *Istorica*, tr. it. Milano-Napoli 1966, pp. 427 s.: « La scuola storica di Gottinga elaborò una specie di sistematica delle nuove scienze e scienze ausiliarie e prese ad infondere anche nelle discipline più lontane lo spirito di tale sistema. E mentre più d'uno fra i grandi poeti e pensatori della nostra nazione si immergeva nel problema teoretico della conoscenza storica, si sviluppò nel lavoro stesso della ricerca storica un acume, una sicurezza della critica, che, a qualunque campo della storia si applicasse, recava risultati nuovi affatto e sorprendenti ». Sul rapporto metodologico di Savigny con Pütter, vedi WOLF, *Rechtsdenker*, cit., p. 486 e nt. 36 (a proposito del « Possesso » di Savigny).

⁽²³⁾ THIEME, *ZSS cit.*, pp. 215 ss.; WOLF, *Rechtsdenker*, cit., pp. 484 (Pütter e Reitemeier). Su Justus Friedrich Runde (dal 1785 al 1807 in Göttingen) vedi LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III.1, pp. 452 s. (ntt. 288 s.); da ultimo H. MARX, *Die juristische Methode der Rechtsfindung aus der Natur der Sache bei J. St. Pütter u. J. F. Runde*, Diss. Göttingen 1967.

⁽²³⁾ Cfr. *supra*, I, p. 481; WOLF, *Rechtsdenker*, cit., pp. 467, 484. Il secolare contrasto tra la corrente empiristico-individuale e quella razionalistico-astratta è uno dei temi fondamentali del libro del WELZEL più volte citato. Caratteristica per l'accettazione di un orientamento individuale è anche l'esigenza, espressamente avanzata dal NIEBUHR, di un metodo filosofico anziché « geometrico »: *Römische Geschichte*, I^o, 1828, p. IX.

⁽²⁴⁾ WELZEL, *Diritto naturale*, cit., pp. 76 ss. (Agostino); pp. 99 ss. (Duns Scoto); e pp. 171 ss. (Occam), cfr. *supra*, I, pp. 396 s. Essa si basa sulla esperienza di una volontà metarazionale del Creatore, insondabile per l'intelletto umano alla quale fa riscontro la spontaneità delle decisioni etiche della persona.

nella dottrina leibniziana delle monadi, nella entusiastica filosofia della cultura di Shaftesbury con il suo filone estetico e nella teoria dei ricorsi storici della cultura umana di Giambattista Vico ⁽²⁵⁾. Dietro questi influssi infatti il pragmatismo moraleggiante dello Storicismo più antico era riuscito anche in Germania ad elevarsi ad entusiastico idealismo filosofico-culturale ⁽²⁶⁾. Così ad es. nelle *Idee per una filosofia della storia dell'umanità* Herder concepirà la storia universale nell'ambito di un unico programma educativo del Creatore evolventesi all'infinito, e quindi come un contingente processo di sviluppo ⁽²⁷⁾. Analogamente nella filosofia immanentista del giovane Schelling la storia apparirà nel suo complesso come « rivelazione dell'Assoluto » nel tempo, e le epoche terrene delle civiltà e degli imperi come gradi successivi del processo di sviluppo organico, con cui lo Spirito assoluto realizza sé stesso ⁽²⁸⁾. Ovviamente da questo momento in poi il

⁽²⁵⁾ *Principi di una scienza nuova intorno alla comune natura delle nazioni ecc.*, Napoli 1725; su cui in generale B. CROCE, *La filosofia di G. B. Vico*, Bari 1965; MEINECKE, *Storicismo*, cit., pp. 37 ss. e *passim*. In particolare vedi SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., p. 364 (« gradualità » del diritto naturale; tutti i popoli hanno un linguaggio spirituale comune, anche se ciascuno di essi se ne serve in guisa diversa).

⁽²⁶⁾ Cfr. la nt. 7 (KRONER, TESSITORE).

⁽²⁷⁾ Cfr. Benno VON WIESE, *Das Deutsche in der Philosophie*, 1941, p. 279; MEINECKE, *Storicismo*, cit., pp. 344-363; SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., pp. 358 ss.; l'ultima indagine approfondita è di HOLLERBACH, *Der Rechtsgedanke bei Schelling*, Frankfurt a. M. 1957, specie pp. 143 ss. Anche Savigny si volge in modo coerente contro la concezione pragmatica della storia come collezione di esempi politico-morali [ZGR, I (1815), p. 4] e propugna (*eod.*, III (1817), p. 12) una trattazione genetica: « Sarà la storia stessa ad offrire la verità » (WILHELM, *Metodologia*, cit., p. 18).

⁽²⁸⁾ « La storia nel suo complesso è una costante, graduale rivelazione dell'Assoluto »; essa è « il creatore dell'organismo, l'autore materiale dell'opera d'arte, in cui si manifesta l'idea divina del diritto ». A questa frase di Schelling, riferentesi anche allo Stato e al diritto, rinvia già il LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III.2, pp. 214 e 216; cfr. ora anche SRBIK, *Geist*, cit., p. 140 e soprattutto HOLLERBACH, *Rechtsgedanke*, cit., pp. 275 ss.; cfr. anche pp. 50 ss.; lo sviluppo di questo punto si avrà soltanto a partire da Hegel: vedi WELZEL, *Diritto naturale*, cit., p. 175. Si ammettano o meno influssi diretti (più avanti, nt. 33), si devono però tener ferme le conclusioni cui Savigny giungeva: concezione genetica del processo storico-giuridico, configurazione del rapporto giuridico e dell'intero contesto degli istituti come organismo (*Sistema*, cit., I, p. 335; su cui WILHELM,

diritto non poteva più essere inteso come sistema, fuori della storia, di leggi naturali generali della società umana o addirittura come semplice costruzione di un legislatore su presupposti razionali ⁽²⁹⁾. La nuova concezione della storia come programma educativo di Dio teso a consentire lo sviluppo più completo dell'umanità, oppure come autorealizzazione dello Spirito conservava tuttavia in sé la tendenza ad una attuazione finita dell'idea di diritto, cosicché il ritorno alla storia cui ora si assisteva non significò più, come invece aveva minacciato di essere nel Giusnaturalismo del Thomasius e del tardo Illuminismo ⁽³⁰⁾, una relativizzazione o addirittura una «naturalizzazione» dell'idea di diritto. Nella parte più vitale del pensiero della Scuola storica, la storia giuridica non si limitò a riguardare un passato ormai morto, fatto oggetto di conoscenza indifferente, bensì andò a costituire l'elemento vivo della stessa elaborazione giuridico-scientifica ⁽³¹⁾. Per quanto riguarda in particolare la posizione del Savigny, la dottrina più moderna ha creduto giustamente di poter dimostrare che su di lui l'influsso di tali concezioni si sia esercitato prevalentemente attraverso la mediazione di Herder ⁽³²⁾ mentre l'apporto di Schelling tende ora ad essere valutato più cautamente ⁽³³⁾.

Metodologia, cit., pp. 53 e 59 s.), e infine la singolare dottrina della «spinta interna» degli istituti alla feconda produzione di nuovo diritto (*Sistema*, I, p. 370; cfr. WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 57 e 66).

⁽²⁹⁾ «Lo Stato è un organismo che non può essere manovrato o costruito, ma che si sviluppa e si articola» afferma Schelling, portando alle estreme conseguenze la sua filosofia immanentistica. Stimolante Gisela v. BUSSE, *Die Lehre vom Staat als Organismus*, 1928; cfr. HOLLERBACH, *Rechtsgedanke*, cit., pp. 140 ss., 152; GAGNÉ, *Ideengeschichte*, cit. (*supra*, nt. 18), pp. 24 ss.; in particolare pp. 31 s.

⁽³⁰⁾ Vedi MEINECKE, *Storicismo*, cit., *passim*; A. VOIGT, *Umriss einer Staatslehre bei J. G. Herder*, 1939, specie pp. 49 ss. (dottrina dello Stato e umanità); ANTONI, *La lotta*, cit. (nt. 18), pp. 240 ss.; BÖCKENFÖRDE, *Die Historische Rechtsschule und die Geschichtlichkeit des Rechts*, in: *Stud. zum 60. Geburtstag von J. Ritter*, Basel-Stuttgart 1965, pp. 15 s.

⁽³¹⁾ G. VICEN, *Sobre los origines*, cit. (nt. 13), pp. 4 s.; BÖCKENFÖRDE, *Die Historische Rechtsschule*, cit., pp. 14 ss.

⁽³²⁾ LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III.2, pp. 214-216; EHRENBERG, *Herders Bedeutung für die Rechtswissenschaft*, 1903; ROTHACKER, *Einleitung*, cit. (nt. 18); Erik WOLF, *Rechtstendenz*, cit., pp. 476, 484, 432 s.

⁽³³⁾ Vedi da ultimo l'accurata ricerca di HOLLERBACH, *Rechtsgedanke*, cit.,

3. Nella storicità del diritto la Scuola storica scoprì la storicità del popolo tedesco; il che la portò a vedere nel diritto, dapprima implicitamente poi esplicitamente, un prodotto del *Volksgeist*, dello spirito popolare. Anche di ciò essa era debitrice nei confronti dello Storicismo. In effetti alle origini di questo movimento si trovavano concezioni della storia quale manifestazione di una forza provvidenziale superiore alla volontà degli individui; il suo contenuto ideale consisteva dunque in una filosofia della storia fondata sulla constatazione basilare di un disegno divino universale, quindi sovranazionale, abbracciante tutte le civiltà e le epoche storiche ⁽³⁴⁾. Ma è tuttavia innegabile che per lo Storicismo fossero sempre stati i popoli — ed anche questo trovava la propria giustificazione nelle sue origini come teologia della storia — ad essere i veri protagonisti delle varie epoche e delle diverse civiltà ⁽³⁵⁾. Sono essi nelle « Idee » di Herder a susseguirsi nella pianificazione divina del mondo quali artefici della determinazione storica; e sono le « voci dei popoli » che Herder riconosce nella Poesia, intesa come espressione preminente della lingua e dunque del popolo. Già da quando Montesquieu aveva instaurato il noto parallelo tra diritto e lingua, si era automaticamente imposto l'agganciamento dei gruppi linguistici ad un loro proprio diritto storico. La nascita di una coscienza nazionale borghese nell'Europa centrale ⁽³⁶⁾ offriva adesso più che

p. III.2, 214 (al seguito di Brie, V. Möeller und Loening); inoltre KANTOROWICZ, *HZ*, CVIII (1912), p. 302 s., con presa di posizione critica, e infine, semplificando grossolanamente, A. ROSS, *Theorie der Rechtsqualität*, Leipzig-Wien 1929, p. 128: « mal digerite reminiscenze di Schelling »; nella stessa direzione anche GAGNÉ, *Ideengeschichte*, cit., pp. 32-40. Tutt'altro problema è il vedere in che misura Savigny, che aveva conosciuto ed udito Schelling in Jena, abbia poi di lì a poco a Marburg posto a base della sua metodologia il concetto schellinghiano di scienza (cfr. più avanti nt. 76).

⁽³⁴⁾ Su ciò concordano in atteggiamento di volta in volta entusiastico, empiristico, razionalistico, da Vico a Montesquieu a Voltaire, da Lessing a Herder. Il primo Romanticismo tedesco (NOVALIS, *Europa oder die Christenheit*, Berlin 1837; TIECK, *Schwäbisches Zeitalter* [del *Minnesang*]) terrà ancora fermo a questa prospettiva di storia universale (cfr. BENZ, *Die deutsche Romantik*, Leipzig 1937, pp. 138 ss., 227 (Schlegel in Francia): pp. 256 s. [Tieck]).

⁽³⁵⁾ Così già in Vico (cfr. nt. 25).

⁽³⁶⁾ *Supra*, p. 6 e nt. 5.

mai l'occasione di guardare appunto ai popoli e alle loro culture nazionali come agli attori della storia universale ⁽⁸⁷⁾. I ceti colti ora emergenti avevano scoperto infatti in sé stessi l'espressione del popolo come nazione in senso culturale e presero quindi a sentire le creazioni della cultura come frutti del *Volksgeist* ⁽⁸⁸⁾. Non era pertanto più possibile continuare a considerare il diritto come un puro prodotto della attività razionale del Legislatore, specie dopo che Herder nel criticare questa concezione ne aveva parlato « con disprezzo schernitore ». E allora, come parte dell'intera cultura, sembrò anch'esso fiorire « silenziosamente » dall'inconscio collettivo dei popoli — allo stesso modo che per il Romanticismo « canto popolare » ed « epos popolare » erano manifestazioni inconsapevoli di « poesia spontanea » ⁽⁸⁹⁾. Anche questa concezione contribuirà, sempre attraverso Herder, ad influenzare

⁽⁸⁷⁾ Il primo notevole documento di ciò è l'entusiastica esperienza di « architettura tedesca » che Goethe fa di fronte al Duomo di Strasburgo; determinante all'inizio dell'età romantica l'opera di Wackenroder in Norinberga (BENZ, *Romantik*, cit., pp. 20 s.).

⁽⁸⁸⁾ Il termine è stato espressamente adottato dal Savigny, non nel suo scritto programmatico (con cui invece viene oggi spesso inconsapevolmente messo in relazione), bensì soltanto piuttosto tardi nel « Sistema del diritto romano attuale » e chiaramente sotto l'influsso del Puchta — il che è indicativo del suo rapporto abbastanza freddo nei confronti dell'esperienza popolare romantica. Per i precedenti di questo concetto vedi soprattutto S. BRIE, *Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule*, 1909; altre indicazioni fornisce, J. STERN, nella sua presentazione del volume per il giubileo del *Beruf* di Savigny e degli scritti connessi (THIBAUT e SAVIGNY, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland; Vom Beruf unserer Zeit etc. Mit den Nachträgen der 17. Auflage und der Urteile der Zeitgenossen*, herausgegeben und eingeleitet von Jaques Stern, 1914 [rist. Darmstadt 1959]); cfr. anche SCHRÖNFELD, *Grundlegung*, cit., pp. 441 ss.; v. SRBIK, *Geist und Geschichte*, cit., pp. 174, 205. Il punto di riferimento più antico è HEGEL, *Religione popolare e Cristianesimo*, in: *Scritti teologici giovanili*, trad. it. Napoli 1972, p. 51 [e p. 404 dell'originale tedesco (*Volksreligion und Christentum*, 1873 edito da NOHL nelle *Hegels theologischen Jugendschriften*, Tübingen 1907), che non ha corrispondente nella trad. it. non essendo stata tradotta l'Appendice della cronologia dei manoscritti] indicativo della carica religiosa del termine che MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, intende invece empiricamente.

⁽⁸⁹⁾ Chiara a questo proposito, nella sua delicata sensibilità epigonale, la novella giovanile di STORM, *Immensee*, 1849: i canti popolari « non vengono affatto composti; essi si sviluppano, cadono dal cielo, sfiorano la terra come il polline estivo, un pò qua e un pò là, e si cantano in mille posti al tempo stesso.

Savigny e, in maniera ancora più accentuata, il ramo germanistico della Scuola storica. Uniti così dalle affini esperienze spirituali, spronati dall'esempio fecondo di Maestri e compagni di fede, i fondatori della Scuola storica affonderanno, tutti allo stesso modo, le loro radici nell'*humus* di questo generale mutamento della coscienza culturale del Paese.

4. Con il risveglio della riflessione sulla storicità della propria esistenza, ebbe l'avvio nella scienza giuridica un processo che ancora oggi non può dirsi esaurito. Esso ha significato la presa di coscienza del rapporto tra dovere ed essere storico, tra norma giuridica e realtà sociale — cosa che fino a quel momento l'antica autorità del *Corpus Juris* ed il razionalismo bidimensionale del pensiero giusnaturalista aveva impedito. Quasi tutte le parole d'ordine e le prese di posizione della cultura del XIX secolo si lasciano ricondurre a questo processo e possono essere inquadrare nel contesto della formazione di una propria coscienza sociale da parte dei giuristi tedeschi. Il *Volksgeist* del Savigny; il diritto giurisprudenziale del Puchta, il diritto nazionale di Beseler, la giurisprudenza degli interessi di Jhering, il diritto associativo e la funzione sociale del diritto in Gierke, sono tutti tentativi (non diversamente che la formula marxiana dell'alienazione dell'uomo nella società capitalistica) per il ristabilimento della identità tra la coscienza giuridica e giuridico-scientifica da un lato e la riscoperta natura storica e dunque comunitaria dell'esistenza (in senso nazionale o sociale) dall'altro ⁽⁴⁰⁾. Sarà questo l'ultimo e più durevole contributo dello Storicismo al pensiero giuridico del secolo XIX.

III. 1. La denominazione « Scuola storica », seppure del tutto giustificata, non deve trarre tuttavia in inganno sulla circostanza

In questi canti ritroviamo le azioni e le sofferenze più nostre; è come se tutti noi vi avessimo messo mano ».

⁽⁴⁰⁾ Torna insistentemente sul rapporto patologico tra metodo storico del XIX secolo e autocoscienza sociale (anche se dandone una interpretazione diversa dalla nostra) WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 23, 33, 40 ss.; p. 77 (ipostatizzazione e funzione compensativa della Giurisprudenza dei concetti), pp. 86 ss.; pp. 110 (Gerber), p. 126 e p. 177; da ultimo egregiamente il BÖCKENFÖRDE, *Die Historische Rechtsschule*, cit. (nt. 30), pp. 20 s.

che il risveglio del senso storico non fu la sola, e forse nemmeno la più importante, condizione per quel rinnovamento della scienza giuridica che si operò intorno al 1800 sotto questa etichetta. Ad una tale interpretazione limitativa si opporrebbe non foss'altro la coincidenza di questo rinnovamento con la stagione più feconda del genio tedesco, allorché le maggiori correnti della cultura contemporanea, il Romanticismo e il Classicismo, si trovarono a rivaleggiare l'una con l'altra ed entrambe con le gigantesche costruzioni della filosofia idealista. È sempre stata una naturale tentazione cercare di mettere in rapporto la Scuola storica del diritto ed il suo fondatore Savigny ora con il Romanticismo ora con il Classicismo. Più anticamente si era ritenuto Savigny una delle espressioni più genuine del Romanticismo; dopo l'ampio disegno storico del Landsberg tuttavia (1890), si cominciò a dedicare maggiore attenzione alle componenti classiche e classicistiche del pensiero del Savigny fino al prevalere odierno dell'attribuzione al Classicismo tedesco del ramo fondamentale della scuola, quello romanistico ⁽⁴¹⁾.

(41) L'attribuzione di Savigny al movimento romantico ha trovato fino a pochi decenni fa generale accoglimento nella storia delle idee: cfr. ROTHACKER, HZ, CXXVIII (1923); ID., *Einleitung in die Geisteswissenschaft*, Tübingen 1930, pp. 125 s., 415 ss.; cfr. anche MEINECKE, *Storicismo*, cit., p. 464; tra gli storici del diritto essa è stata sostenuta più tenacemente, anche se con atteggiamento critico, da H. U. KANTOROWICZ, *Volksgeist und historische Rechtsschule*, HZ, CVIII (1912), p. 302 (con qualche limitazione invece in ZSS, RA, LIII [1933], pp. 465 ss.: conversione al Romanticismo solo dopo il matrimonio con Gunda Brentano e su presunto influsso di Jac. Grimm); palesemente in accordo con entrambi GAGNÉR, *Ideengeschichte*, cit., pp. 34 s. Un primo ridimensionamento è avvenuto ad opera dell'accurata ed equilibrata esposizione del LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III.2, pp. 185 ss. Un superamento si è infine avuto nella più recente dottrina storico-giuridica su Savigny: dapprima con i richiami di F. VON HIPPEL allo Storicismo empirico-pragmatico di Hugo (*Gustav Hugos juristischer Arbeitsplan* [infra, p. 48, nt. 2], p. 51) e di THIEME ai precedenti della Scuola storica nel secolo XVIII (DtJurZ, XLI [1936], p. 153; ZSS, GA, LVI [1936], pp. 202 ss.), poi con gli accenni pure di THIEME, DtRwiss., VII (1942), pp. 55 ss., e di KOSCHAKER, *Europa*, cit., pp. 442 ss.) al persistente radicamento di Savigny nel vecchio Reich; infine con le ricerche di FORSTHOFF (nt. 67) sulla funzione politico-culturale della Scuola storica del diritto e con il riferimento di SCHAFFSTEIN, ZSS, GA, LXXII (1955), p. 154 ss., agli influssi di Humboldt. Oggi predomina una valutazione cauta della componente romantica in Savigny: cfr. Erik

Per una autentica collocazione culturale della Scuola storica del diritto tali classificazioni hanno tuttavia soltanto un valore limitato. Nell'imponente sistema di correnti spirituali del cosiddetto Movimento tedesco del 1770-1830, esse finiscono col perdere tutto il loro carattere differenziatore. Se infatti è possibile, o addirittura necessario, considerare Savigny contemporaneamente come discepolo di Herder, di Kant e di Schelling e in continuo scambievole rapporto con Classicisti e Romantici, non ha chiaramente alcun senso, seguendo una cattiva abitudine della Storia delle idee, tentare di spiegare la Scuola storica semplicemente come prodotto di moventi ideali. Essa deve piuttosto essere capita dal suo interno, come autonomo centro gravitazionale nell'ambito di quel più generale fermento dello spirito tedesco cui qui sopra si è fatto cenno.

2. Una volta fatta questa riserva, si potrà in primo luogo affermare che la Scuola storica del diritto nelle sue linee essenziali non è un prodotto del Romanticismo — qualunque sia la portata che si voglia attribuire a questo generale e difficilmente definibile movimento culturale sviluppatosi sullo scorcio del XVIII secolo. Certo è soltanto che la data di fondazione della scuola coincide con il punto di massima fioritura del Romanticismo e che entrambi i movimenti si trovano in costante rapporto di osmosi nel quadro generale della cultura dell'epoca. Una più attenta considerazione del problema dissuade ciò non ostante da una sopravvalutazione di queste interrelazioni.

Innanzitutto nel valutare i cosiddetti « influssi » ci si dovrà ben guardare da interpretazioni troppo semplicistiche. La Scuola storica del diritto è infatti già di per sé un'entità non delimitabile in modo sufficientemente preciso. Hugo ed Heichhorn ad es., che pure non ne

WOLF, *Rechtsdenker*, cit., p. 474 (soltanto per il *Volksgeist*: p. 496); WIEACKER, *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Göttingen 1959, p. 122. Diversamente però ora lo studio, accurato e ricco di materiali ma un po' unilaterale, di SCHULER sul rapporto Savigny-Grimm (*ZSS, GA, LXXX* [1962], pp. 251 ss.). Schuler ritiene impossibile che Savigny possa essere stato un « classico » e Jacob Grimm un romantico, visto che entrambi poterono svolgere « un ruolo portante all'interno della Scuola storica » (così pp. 252 s.).

possono essere considerati al di fuori, crescono tuttavia dallo Storicismo pragmatico di Göttingen e sono ben poco toccati dal Romanticismo; Jacob Grimm al contrario è uno degli spiriti più fecondi dell'ultima età romantica ⁽⁴²⁾; al di là di questi atteggiamenti sta poi quello del Savigny, che riesce a conservare una sua posizione autonoma, ponendosi ad un livello superiore. Ancora più policromo è il quadro che offre il Romanticismo per sé considerato ⁽⁴³⁾.

a) Nell'ultimo decennio del XVIII secolo il Romanticismo più antico (o « di Jena »: Wackenroder, Tieck, i fratelli Schlegel, Novalis e Schelling), prendendo le mosse da Herder ma anche sotto l'influsso diretto di Kant, Fichte e Goethe, con la scoperta di relazioni spirituali universali aveva infinitamente ampliato la coscienza culturale della propria epoca. Esso aveva posto così non soltanto i fondamenti di una ermeneutica per la poesia o per le arti figurative, ma aveva fatto della conoscenza, per così dire, una sorta di bacchetta magica per scrutare gli abissi dell'inconscio, elevando la storia a manifestazione terrena dello Spirito e la scienza storica a regina delle scienze. In tal modo esso aveva permesso di concepire come scienze storiche, dando loro una nuova base, tutta una serie di discipline di recente istituzione quali la Linguistica, i settori filologici della Germanistica, Romanistica e Orientalistica, lo studio delle Lettere e la Critica letteraria, e infine la Dottrina dello Stato e l'Economia politica ⁽⁴⁴⁾.

b) Precorso da queste scoperte, il Romanticismo più recente (o « di Heidelberg »: Brentano, Achim von Arnim, Görres, i fratelli Grimm), che in campo politico dal 1806 aveva preso posizione contro il regime napoleonico, si rifaceva invece all'idea della storicità della cultura del popolo tedesco ⁽⁴⁵⁾. Con più ardore (anche se in limiti più angusti) che non prima Herder e il giovane Goethe, esso si dedicò alla ricerca nell'arte e nella poesia di un Medioevo tedesco ⁽⁴⁶⁾. A partire

⁽⁴²⁾ Sul punto molto chiaro il BENZ, *Die deutsche Romantik*, Leipzig 1937, pp. 312 ss.

⁽⁴³⁾ Come orientamento vedi KLUCKHOHN, *Das Ideengut der deutschen Romantik*, Tübingen 1941; STRICH, *Deutsche Klassik und Romantik oder Vollendung und Unendlichkeit* ², Bern 1924, entrambi con presupposti metodologici e categorie di pensiero che non possono qui essere esaminati.

⁽⁴⁴⁾ Che si parli di Scuola storica anche nelle scienze dello Stato, è stato senz'altro favorito dall'inquadramento della Scuola storica del diritto nel concetto di Romanticismo qui presupposto.

⁽⁴⁵⁾ Una buona visione d'insieme in BENZ, *Romantik*, cit., pp. 250 ss. (« poesia nazionale »); pp. 279 ss. (« Romanticismo in Heidelberg »); pp. 354 ss. (« Dio-libertà-patria »); e ancora KLUCKHOHN, *Die Idee des Volkes im Schrifttum der deutschen Bewegung von Möser und Herder bis Grimm*, Berlin 1934.

⁽⁴⁶⁾ *La saga dei Nibelunghi* di v. d. Hagen, *I canti d'amore dell'età sveva* del Tieck, i *Canti eroici danesi* di Wilhelm Grimm, le *Favole* dei fratelli Grimm, *Il*

dal 1807, in concomitanza con la riorganizzazione prussiana dello Stato, venne ad operarsi una fusione tra l'idea di cultura elaborata dal movimento e l'idea liberale di Nazione in senso libertario (Fichte, Arndt, il barone von Stein). Pur nella innegabile riduzione di prospettiva rispetto all'ampiezza d'orizzonte della prima età romantica, questa svolta verso la ricerca del proprio passato finì col vivificare prevalentemente quelle particolari scienze storiche che avessero una qualche attinenza con l'elemento etnico. Questa riscoperta dei trascorsi tedeschi e germanici non tardò a far sentire i suoi effetti anche sulla storia del diritto. L'intera opera di Jacob Grimm è appunto un frutto di questo periodo di massima fioritura del Romanticismo.

c) Accanto al Romanticismo nazionale e liberale si era venuto sviluppando, alla vigilia delle guerre di liberazione, un Romanticismo sociale e statualistico di impronta cristiano-conservatrice ed organologica (Adam Müller, Gentz, Haller, i fratelli Gerlach, lo stesso Heinrich von Kleist). Questo Romanticismo « politico » divenne, dopo il Congresso di Vienna, l'ideologia dominante della Santa Alleanza e della Restaurazione; a lui risalgono non poche delle responsabilità per la repressione dei movimenti liberali tesi all'ottenimento della Costituzione o al raggiungimento dell'unità nei maggiori Stati tedeschi, in Italia e in Polonia. Ma mentre esso acquisterà un peso sempre maggiore sull'orientamento e sulla opera politica di Savigny, specie dopo l'instaurarsi dei suoi rapporti con la Corona di Prussia, cadrà invece in un contrasto sempre più accentuato con il Romanticismo nazional-liberale della Scuola giuridica germanista (Georg Beseler, Falck, Reyscher, lo stesso Jacob Grimm). Il dissidio, carico di conseguenze, tra Germanisti e Romanisti della Scuola storica (pp. 95 ss.) sarebbe dovuto nascere sostanzialmente proprio da questa lotta gloriosa della idea democratica nazionale contro la Restaurazione.

In un contesto talmente intricato, ogni semplicistica attribuzione della Scuola storica al Romanticismo diventa problematica. Resta ferma l'appartenenza indiscutibile di Jacob Grimm al pieno Romanticismo; è anche innegabile che il vero fondatore della scuola, Savigny, in virtù dei suoi legami personali e del continuo scambio d'idee, sia sempre stato unito da molteplici occasioni di contatto con le personalità guida del movimento romantico. Più in particolare, il giovane Savigny era legato personalmente in varie guise già dagli anni di Marburg con il Romanticismo « di

cornio magico di Brentano-Arnim. Sulle prime ripercussioni generali della leggenda nibelungica e sul recupero della pittura tedesca più antica ad opera dei fratelli Boisserée, vedi BENZ, *Romantik*, cit., pp. 239 ss., specie p. 243.

Heidelberg», sia per gli acquisiti vincoli di cognazione con i Brentano e con Achim von Arnim sia per essere stato allievo di Jacob Grimm. Il suo profilo personale lo distaccava naturalmente in modo assai netto da questo ambiente (47); e d'altra parte simili legami, in un'epoca come questa di intimo rapporto personale ed epistolare (48), in una cerchia culturale relativamente ristretta, erano del tutto naturali, anzi inevitabili. Sono essi tuttavia che hanno reso possibile al Savigny di procedere, nel suo programma di rinnovamento, di concerto con la Germanistica all'insegna di una scienza giuridica nascente dal *Volksgeist*. Lo stesso suo atteggiamento contrario alle codificazioni illuministe e rivoluzionarie dell'epoca giusnaturalista potrà essere giustificato dal Savigny con motivi tratti dal Romanticismo nazionale.

Ma questi collegamenti cambiano poco alla sostanza di quello che la critica di Feuerbach al programma savigniano aveva già messo in luce (49). E cioè che nessuna delle due grandi scoperte romantiche, che nel XIX secolo avevano elevato la storia ed il concetto di popolo a categorie dominanti delle scienze dello spirito, anzi addirittura della stessa vita spirituale nazionale, svolge un ruolo decisivo nel rinnovamento savigniano della scienza giuridica: né la conoscenza storica attuantesi mediante lo strumento magico dell'idea di evoluzione organica (50), né la scoperta del-

(47) Indicativa la lettera di Creuzer (più avanti, nt. 53) e il rapporto di Savigny con i cognati Clemens Brentano e Achim von Arnim (cfr. Erik WOLF, *Rechtsdenker*, cit., pp. 474, 504).

(48) A documentazione di ciò resta il ricco carteggio di Savigny, che ci offre precise e istruttive informazioni sul suo ambiente privato, politico e culturale. Vedine la maggior parte in A. STOLL, *Friedrich Carl von Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, I, Berlin 1927; II, Berlin 1929; III, Berlin 1939. Per gli intricati rapporti con il Romanticismo, particolarmente importanti le lettere dei fratelli Grimm a Savigny, edite da W. SCHOOF, con la collaborazione di Ingeborg Schnack, nel 1953; su di esse vedi WIEACKER, *ZSS*, GA, LXXII (1955), pp. 232 ss. Sulla pubblicazione di ulteriori lettere cfr. *infra*, p. 54 nt. 18, in fondo.

(49) Cfr. nt. 64.

(50) La « unità di passato e presente », il « senso interiore della continuità » (MEINECKE, *Storicismo*, cit.), che sono le caratteristiche dello Storicismo romantico, sono entrati a far parte della coscienza storico-scientifica del Savigny (così come nella sua teoria dell'istituzione è riconoscibile la concezione romantica

l'inconscio o subconscio collettivo (lo « spirito popolare silenziosamente operante ») come fondamento primo della cultura e della storia ⁽⁵¹⁾. Una valutazione più accurata del programma e dell'opera di Savigny offre conferma di questa interpretazione. I legami con il Romanticismo si riducono alla fine a quelli derivanti dall'unità della comune coscienza culturale del tempo e dall'approfondimento della dimensione di una storicità spontaneamente creativa.

delle unità organiche: vedi più avanti nt. 83), ma non del suo complessivo modo d'intendere la vita; a ben vedere ad una simile accettazione il Savigny non è giunto nemmeno nei suoi, altrimenti multivoci, scritti programmatici (pp. 388 ss.). Per lui storia del diritto è essenzialmente storia (« letteraria ») della scienza, ma non storia dei popoli o degli Stati (WIEACKER, *Gründer und Bewahrer*, cit., pp. 129 s.). Indicativi sono i malintesi emergenti nel carteggio con Jacob Grimm (cfr. WIEACKER, *op. cit.*, pp. 158 s.) e la lettera del Bachofen, uno dei più genuini storici romantici, a Savigny nel 1854 (in: *Selbstbiographie und Antrittsrede*, [ed. da Bäumler nel 1927], p. 13 e *passim*; su cui SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., p. 507). Soltanto la storia giuridica del tardo XIX secolo riuscirà ad impadronirsi degli strumenti scientifici dello Storicismo più sviluppato e, nelle opere migliori, anche del suo senso storico (*infra*, pp. 107 ss.); e soltanto in questa epoca si comincerà a riproiettare indietro sul Savigny il proprio ideale attuale di conoscenza storica. Su diritto e lingua in Savigny e Humboldt da ultimo FIORELLI, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze 1966, pp. 447 ss.

⁽⁵¹⁾ Già per questo motivo non si può accogliere la designazione — sporadicamente tentata — della Scuola storica del diritto come nazionale, o addirittura nazionalistica (VINOGRADOFF, *Outline of Historical Jurisprudence*, Oxford 1926, pp. 131 ss.); fin qui anche THIEME, *Naturrecht und europäische Privatrechtsgeschichte*, Basel 1954, p. 15 e nt. 7. A maggior ragione non deve ritenersi responsabile la Scuola storica per il successivo sconvolgimento della cultura giuridica europea ad opera del vitalismo etnico (fraintendibile su questo punto THIEME, *op. ult. cit.*, p. 52: « Tuttavia esso [sc. il Giusnaturalismo] viene oscurato da nubi che si addensano dapprima e maggiormente sulla Germania »). Si dovrà piuttosto concludere con A. B. SCHWARZ, *Einfluß deutscher Zivilistik im Auslande* (ora: *Rechtsgeschichte und Gegenwart*, Karlsruhe 1960), pp. 429 ss., con KOSCHAKER, *Europa*, cit., pp. 419 ss. e con la maggior parte degli studiosi stranieri che la Scuola storica del diritto ha rinforzato ed approfondito i comuni fondamenti europei della Scienza giuridica (WIEACKER, *Gründer und Bewahrer*, cit., pp. 141 s.; cfr. anche Erik WOLF, *Rechtsdenker*, cit., pp. 527 ss.). Più conciliante TROELTSCH, *Naturrecht und Humanität*, in: *Deutscher Geist und Westeuropa*, Tübingen 1925, pp. 15 ss., il quale mette a raffronto elementi comuni e differenze caratteristiche tra il pensiero giuridico dell'Europa occidentale e quello tedesco, così come pericoli e vantaggi dell'uno e dell'altro.

3. Con maggiore fondamento si è invece voluto avvicinare Savigny al Classicismo tedesco a cavallo del secolo. È infatti subito apparso chiaramente come della riscoperta dell'antico diritto romano — in contrasto consapevole con la tradizione dell'*Usus modernus* — non potesse darsi ragione sulla base della sensibilità per il proprio attuale spirito popolare. In quella scoperta si rispecchiava piuttosto l'ideale culturale del Classicismo e più in particolare il venir meno della sua adesione all'indeterminato sentimento storico e popolare del Preromanticismo e dello *Sturm und Drang* e la sua conversione all'idea di una esemplare ed armonica autorealizzazione della cultura. Una tale svolta era resa possibile dal fatto che la filosofia della storia di Herder si presentava già come una sorta di piano formativo dell'umanità su disegno divino, e dunque conteneva già in sé un ideale culturale normativo. L'avversione di Lessing, di Herder, del giovane Goethe e anche di Schiller per la senescente Età dei Lumi con il suo legalismo razionale potè avere pertanto come sbocco il primo vero Classicismo della nostra cultura, determinando l'emergere di un nuovo modo di sentire manifestantesi in quelle più alte esigenze di forma interiore, di legalità e di misura umana, che suscitava il nuovo impegno pedagogico per la realizzazione di un migliore ideale d'Uomo.

Appunto queste nuove esigenze dominano la letteratura classica di Weimar, le note del rinnovato dramma musicale del Gluck fino al Classicismo viennese, l'architettura classicheggiante di Langhans e Gilly fino a Klenze e Gärtner e, in tono minore, ancora l'arte figurativa di un Mengs e di un Öser fino a Carstens e Thorvaldsen. Nelle scienze dello spirito ne diviene massima espressione la filosofia dello Stato, della cultura e della lingua di Wilhelm von Humboldt⁽⁶²⁾. In questa che è forse l'eredità più felice dell'Illuminismo, in cui il nuovo ideale umano si trasfigura nei personaggi senza tempo delle opere di Gluck e di Mozart, nella *Ifigenia nel Tasso* o nella *Figlia naturale* del Goethe, nella *Sposa di Messina* di Schiller, la personalità umana tenta di affermarsi contro la tendenza alla dissoluzione nel magma

(62) SPRANGER, *W. v. Humboldt und die Humanitätsidee*, Berlin 1909; SCHAFFSTEIN, *W. von Humboldt*, Frankfurt a. M. 1951, pp. 88 ss.; pp. 323 ss.; da ultimo TESSITORE, *op. cit.*, (nt. 7), specie pp. 39 ss. (con ulteriore letteratura). Per gli influssi su Savigny, vedi SCHAFFSTEIN, *Savigny und Humboldt*, ZSS, GA, LXXII (1955), pp. 154 ss.

delle forze spirituali, ora scoperte come costituenti l'inconscio sovrapersonale della storia e delle civiltà. Sebbene sorto per primo, il Classicismo, massima espressione formale scaturita dalla borghesia, sopravviverà al Romanticismo dominando il vecchio ideale borghese di cultura fino allo scoppio della rivoluzione, industriale dapprima, poi nazionale e infine sociale, del secolo XIX.

L'inserimento del rinnovamento ottocentesco della scienza giuridica in un simile quadro trova ragione del resto anche nella collocazione personale del suo maggiore esponente. Già per origine sociale, stile di vita ⁽⁵³⁾ e linguaggio Friedrich Carl von Savigny può essere annoverato alla Weimar classica. Il suo sereno e smorzato senso formale e il « decoro culturale » ⁽⁵⁴⁾ che gli è proprio

⁽⁵³⁾ Una « natura del tutto sistematica », una « colonna dorica » viene definito il giovane Savigny da un autentico romantico come il CREUZER, (lettera a Susanne v. d. Heyden del 25-12-1804; cfr. WIEACKER, *Vom römischen Recht*¹, Stuttgart 1945, p. 269). Numerosi atteggiamenti personali minori (WIEACKER, *F. C. v. Savigny*, in: *Gründer und Bewahrer*, cit.: ad es. ammirazione, in occasione di una visita alla manifattura di porcellane di Meissen, delle classicistiche ed anticheggianti figure « Bisquit » a preferenza delle « antique pecorelle, tirate a lucido e colorate » caratteristiche delle tradizionali figurine del Rococò; p. 115 antipatia per il disarmonico e « stridente contrasto » della boscosa valle del Saale nei pressi di Jena con le nude rocce calcaree circostanti, che richiama « alcuni passi a mezzo umoristici e a mezzo sentimentali di Jean Paul ») e la ricca letteratura biografica su Savigny (cfr. *op. cit.*, pp. 114 ss.) confermano questa immagine — anche laddove gli autori preferiscano seguire il ritratto tradizionale di un Savigny romantico. Sul rapporto di fondo del Savigny con lingua e letteratura, utile anche Erik WOLF, *Rechtsdenker*, cit., p. 499 (sul suo « moralismo estetico », p. 477); sugli influssi di Humboldt anche in questa direzione, SCHAFFSTEIN, ZSS, cit., pp. 154 ss.

⁽⁵⁴⁾ Vedi su questo già LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III.2, p. 247; WIEACKER, *Gründer und Bewahrer*, cit., pp. 112, 116 nt. 1, 122; cfr. anche p. 130. Che questo atteggiamento trovi conferma nella maggior parte dei biografi del Savigny (non sufficientemente penetrante invece SCHULER, ZSS, GA, LXXX (1962), pp. 251 ss.) è altrettanto indicativo per il nucleo centrale della sua personalità che l'accento rivelatore all'« ignoranza e torpore di epoche letterariamente scadenti » (p. 119 dell'edizione originale del « Beruf ») o la distinzione tra « sane » neoformazioni dogmatiche del Diritto comune e invece « insane, cattive », puri « errori » basantesi su una « scriteriata confusione, dunque su un difetto di scienza » (*Sistema*, cit., I, pp. 111 s.). Certo da tali affermazioni traspare la freddezza personale e la necessità di isolamento dai fastidiosi influssi disturbatori dell'ambiente esterno tipiche di un carattere tendenzialmente contemplativo; ma esse lasciano anche intravedere l'imperturbabile personalità che all'amico

sono espressione di quel modello di personalità, cui il Goethe, reduce dall'Italia, comincia a dar corpo di fronte all'intera nazione con il suo stesso modo di vita ⁽⁵⁵⁾. Classico (e dunque, per le particolarità strutturali della storia della cultura tedesca, al tempo stesso classicistico) ⁽⁵⁶⁾ è anche il suo concetto della cultura e della scienza e particolarmente il suo rapporto con le fonti del diritto romano.

Clemens Brentano tratteggiava il quadro meraviglioso di un grande e fecondo futuro che lui, il giovane Savigny, « avrebbe atteso sotto il manto di gelo della sua inaccessibilità » (in STOLL, *F. C. von Savigny*, I, Berlin 1927, p. 223). Per una migliore comprensione non sarà vano richiamare alla memoria i giudizi, spesso incomprensibilmente benevoli, del tardo Goethe sulla molle arte classicistica del suo ambiente di Weimar e nello stesso tempo il suo infelice disonoscimento dei talenti più vivi. In entrambi gli atteggiamenti si manifesta — accanto ad una limitata capacità di amore — anche lo sforzo di mantenere lontana quella massa informe di figure, che avrebbe potuto minacciare la propria unità di misura interiore.

⁽⁵⁵⁾ Sull'ammirazione di Savigny per Goethe vedi Erik WOLF, *Rechtsdenker*, cit., p. 476; sulle affinità interiori di Goethe e Savigny vedi SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., pp. 445; cfr. *infra*, p. 73 s. Savigny è quindi unito a Goethe da caratteristici atteggiamenti di fondo: il significato di protesta contro le astrazioni dell'Illuminismo attribuito ad ogni esperienza immediata dell'individuale (si pensi alla celebre lettera di Goethe a Lavater del 1781 sulla « totalità del mondo, che egli riesca a cogliere in ogni *individuum ineffabile* »); sull'accentuato e al tempo stesso soddisfatto; a volte coscientemente smorzato senso della forma, che altro non è se non espressione simbolica della volontà di una propria trascendente autorealizzazione; infine l'avversione nei confronti di capovolgimenti rivoluzionari, addirittura (in Goethe) nei confronti di teorie di storia naturale incentrate sulla catastrofe, ed il favore per la lenta evoluzione (sul comune orientamento evolucionistico vedi ad es. MEINECKE, *Storicismo*, cit., p. 475 e *passim*; TELLENBACH, *Goethes geschichtlicher Sinn*, 1949; SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., p. 445; per Savigny cfr. WIEACKER, *Gründer u. Bewahrer*, cit., pp. 128 s.): « La pura rivoluzione non esiste: si pensi ai lenti avvicendamenti interni della scienza e ci si guardi il più possibile (!) dal credere alle rivoluzioni ». Nei riguardi dei più acuti problemi contemporanei, deriva da questi atteggiamenti il distacco di Goethe rispetto all'entusiasmo democratico-nazionale delle guerre di liberazione (più volte rinfacciatogli) e quello di Savigny verso le codificazioni rivoluzionarie o progressiste del Giusnaturalismo laico.

⁽⁵⁶⁾ Sulla particolare stratificazione culturale, che ha condotto in Germania alla coincidenza tra periodo classico e Classicismo (che altrimenti sono soliti escludersi a vicenda), notevole Karl SCHEFFLER, *Späte Klassik*, Urach 1946, pp. 42 ss., specie p. 71: istruttivo anche per una migliore comprensione del ruolo di Savigny nella scienza giuridica del suo tempo.

4. Questo Classicismo aveva trovato la sua realizzazione ideale, a partire dalle scoperte di Winckelmann e di Lessing, in una reinterpretazione di quel concetto di Antichità, che dal XV secolo in poi aveva sorretto tutti i nuovi modelli educativi europei. La tendenza verso una forma civile umana, da valere al di là di ogni limite temporale, dà luogo alla nascita di un « secondo Umanesimo »: espressione anch'esso, come ogni umanesimo, di rinascita spirituale. Le stesse scienze dell'Antichità uscirono rinnovate da questa reinterpretazione del loro oggetto ⁽⁵⁷⁾. Nel segno del nascente Classicismo infatti, Heyne in Göttingen e il suo allievo August Friedrich Wolf in Halle avevano dato inizio ad una revisione della Filologia classica, che in Berlino doveva poi essere avviata verso una lunga fioritura dallo stesso Wilhelm von Humboldt ⁽⁵⁸⁾, da Boeckh e da Lachmann. Contemporaneamente Niebuhr iniziava ad applicare alle fonti della storia romana la critica testuale e l'ermeneutica caratterizzanti questa rinnovata scienza filologica ⁽⁵⁹⁾. Ma uno degli effetti principali del rinnovamento fu la restituzione del suo generale prestigio culturale alla formazione scientifica acquisita all'interno dell'Università. Tant'è che perfino la Prussia, nel pieno del suo sforzo di trasformazione, con la fondazione dell'Università di Berlino (1809/10) sembrò in un breve fortunato periodo voler conciliare, per la prima volta nella sua storia, il senso dell'Uomo con quello dello Stato ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁷⁾ Sulla generale ascesa delle scienze dello spirito vedi VON SRBIK (*supra*, nt. 5), pp. 193 ss.; per il ruolo guida della Filologia classica, p. 197. È sintomatico che la letteratura citata alla nt. 2 a proposito della riforma universitaria e scientifica si riferisca quasi esclusivamente alle cosiddette « Scienze dello spirito » (oppure — come nel caso del filosofo della natura Schelling — ad una scienza naturale interpretata però con il metodo e le categorie della filosofia dell'Identità e quindi ancora una volta delle scienze dello spirito: SCHELLING, *Vorlesungen*, cit. [nt. 2], pp. 92 ss.: dalla undicesima alla tredicesima lezione). Altrettanto sintomatica è la posizione preminente dell'Ermeneutica (teologica, filologica, giuridica o in generale storica) nel rinnovamento della scienza operato dall'Idealismo tedesco.

⁽⁵⁸⁾ Sull'umanesimo classicista di Humboldt, con istruttiva documentazione epistolare, vedi SCHAFFSTEIN, *W. von Humboldt*, cit., pp. 92 ss.

⁽⁵⁹⁾ VON SRBIK, *Geist, u. Gesch.*, cit. (*supra*, nt. 5), pp. 211 ss.

⁽⁶⁰⁾ DILTHEY, *Die Reorganisation des preussischen Staates 1807-12*, in *Ges. Schriften*, XII³ (1960), pp. 64 ss.; MEINECKE, *Zeitalter der Erhebung*, cit. (nt. 8);

L'impatto di questo « secondo Umanesimo » con la scienza del diritto romano e la spinta verso l'alto che ne derivò segnarono anche l'ora della nascita per la Scuola storica. Le prime avvisaglie si erano già potute riconoscere nel crescente infusso acquistato sui romanisti tedeschi del XVIII secolo dalla giurisprudenza antiquaria olandese ⁽⁶¹⁾, per la quale Göttingen, a seguito dei suoi precoci rapporti con la Scuola culta ⁽⁶²⁾ dei Paesi Bassi, aveva sempre rappresentato un importante centro di diffusione. Sarebbe stato ormai sufficiente che uomini come Hugo in Göttingen, come Weiss ed Höpfner, maestri di Savigny, in Marburg e Gießen, o come Hauboldt e Biener in Lipsia riuscissero a condurre la Romanistica fuori dalle sue oscillazioni tra esegesi, *Usus modernus* e ricerca antiquaria, ponendola in un più stretto rapporto con le scienze dell'Antichità, perché il processo di rinnovamento della scienza del diritto privato nello spirito del « secondo Umanesimo » ne risultasse pienamente avviato. Il documento di fondazione della Scuola storica, il *Diritto del possesso* di Savigny, nasce appunto in questa atmosfera; e dopo la chiamata di Savigny come collaboratore di Humboldt alla fondazione dell'Università berlinese (1810), ebbero inizio anche le aperte formulazioni programmatiche in libelli e manifesti.

Il ramo romanistico della Scuola storica del diritto sta dunque anche a rappresentare il tardo ritorno in Germania di una giurisprudenza orientata in senso umanistico ⁽⁶³⁾. La sua produzione

SCHAFFSTEIN, *W. v. Humboldt*, cit., pp. 190 ss., 216 ss.; da ultimo, in maniera approfondita, SCHELSKY, *Einsamkeit*, cit. (nt. 1), pp. 48 ss.; sul sottostante ideale di scienza vedi SCHELSKY, *op. cit.*, pp. 79 ss.; cfr. qui di seguito pp. 31 ss.

⁽⁶¹⁾ I, pp. 333 s.

⁽⁶²⁾ Quali sono documentati ad es. dalla edizione del *Corpus Iuris* curata dal Gebauer o dall'acquisto per l'Università di Göttingen, da lui ispirato, di tutti i manoscritti e gli appunti inediti del Brenkmann (LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III, I, p. 238). In generale sulla Scuola storica di Göttingen cfr. *supra*, pp. 12 s. e nt. 21.

⁽⁶³⁾ Cfr. Erik WOLF, *Rechtsdenker*, cit., pp. 532 s. e *passim*; e ancora ID., *Vom Wesen des Rechts in deutscher Dichtung*, Frankfurt a. M. 1946, pp. 40 s.; tuttavia con una valutazione molto più cauta (un apparato appiccaticcio di nomi, di aneddoti e di letture orecchiate; « un ornato di cultura antiquaria ») che forse non rende del tutto giustizia alla vera portata dell'esperienza culturale neoumanistica e delle sue ripercussioni pubbliche. Al contrario KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., pp. 471 nt. 88 e pp. 480 s., qualifica la Scuola storica non come

scientificamente fondamentale consiste non tanto in opere di storia quanto piuttosto in lavori sistematici di dogmatica, oppure di filologia antiquaria, oppure infine in contributi « storico-letterari » (64). La sua efficacia esterna non riposa, a differenza che per la storiografia del XIX secolo, su una propria filosofia della cultura, o sulla forza di persuasione emanante dall'idea di evoluzione, o sul *pathos* politico nazionale, bensì sull'*ethos* del metodo critico rigoroso, della ricerca filologica della verità o della immunità da contraddizioni logiche (65) (66). Né mancarono ad un tale

umanistica ma *tout court* come dogmatica: il che significa portare alle estreme conseguenze la pur giusta convinzione che lo scopo principale della « scienza giuridica storica » fosse il rinnovamento della dogmatica giuridica.

(64) Ciò è stato già esattamente riconosciuto, in occasione della sua polemica con Savigny, da Anselm FEUERBACH, *Einige Worte über historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische deutsche Gesetzgebung*, prefazione a BORST, *Beweislast im Civilprozess*, 1816; ristampa in Jacques STERN, *Vorrede*, cit. (nt. 38), pp. 195 s. Sulla concezione della storia in Savigny vedi da un lato (in senso restrittivo) WIEACKER, *Gründer u. Bewahrer*, cit., pp. 126-131 e WESENBERG, *Privatrechtsgesch.*, cit., p. 153; e dall'altro Erik WOLF, *Rechtsdenker*, cit., pp. 479, 482 s. (cfr. p. 492), che in Savigny ritrova (e non soltanto nel programma ma nell'intera opera) l'idea di una « storiografia genetica » nel senso di Herder (così a p. 484); per una totale evidenziazione del senso storico è anche F. VON HIPPEL, *Hugos jur. Arbeitsplan*, 1931, pp. 15 ss.; cfr. anche MANIGK, ZSS, RA, LXI (1941), p. 187 ss. In posizione mediatrice il KUNKEL, ZSS, RA, LXXI (1953), p. 536 s. che pone l'accento sull'acquisto in profondità della prospettiva storica. Da ultimo sulla concezione della storia nella Scuola storica e sui suoi legami con la realtà sociale vedi lo stimolante lavoro di BÖCKENFÖRDE, *Die Hist. Rechtsschule*, cit. (nt. 30).

Un equilibrio tra queste diverse valutazioni si raggiunge in linea generale con la constatazione di G. VICÉN, *op. cit.* (nt. 13), che il superamento completo del concetto razionalistico di storia si avrà in verità soltanto con Hegel (il « dialogo della ragione con sé stessa ») e in particolare attraverso il chiarimento del valore della « elaborazione storica » nell'ambito della concezione metodologica savigniana di una scienza del diritto filosofica: la storia è l'oggetto necessariamente preesistente di una scienza del diritto veramente « filosofica » o « sistematica », cioè dogmatica (cfr. SAVIGNY, *Sistema*, I, pp. 107, 109 ss.; vedi *infra*, pp. 34 ss.). Sui limiti del legame con la realtà sociale di un tale concetto di storia vedi *infra*, pp. 78 s., 81 s.

(65) L'antitesi tra l'*ethos* di una ricerca storico-filologica e il *pathos* di una storiografia politica normativa fa sentire ancora i suoi effetti fin nell'opera di Theodor Mommsen: vedi Alfred HEUSS, *Theodor Mommsen*, Kiel 1956, pp. 58 ss., 99 ss.; cfr. *infra*, pp. 105 ss.

(66) Sullo specifico intreccio di storia giuridica e dogmatica, che ne doveva

umanesimo scientifico ripercussioni nella vita pubblica: il trionfo, nel XIX secolo, dell'ideale humboldtiano di formazione culturale ebbe infatti come conseguenza il fiorire degli studi classici nelle Università e nei Ginnasi favorendo per tale via il consolidarsi di un generale orientamento umanistico negli strati sociali culturalmente rilevanti agli inizi dell'Ottocento (67).

IV. Siamo così arrivati a trattare, esaurito il discorso sui presupposti ideali generali che hanno per lungo tempo impegnato forse fin troppo la dottrina, di ciò che rappresenta la vera e propria essenza della Scuola storica: la fondazione *ex novo* di una scienza giuridica sistematica e cosciente del suo metodo. Questa ricerca di nuove basi non può spiegarsi soltanto sul fondamento di una generale crescita culturale o dei molteplici influssi della metafisica storica idealistica, del Classicismo, del Neoumanesimo. Il suo nucleo consiste piuttosto in un processo di trasformazione interna della stessa scienza del diritto, che intorno al 1800 volge lo sguardo verso un nuovo ideale di scienza: positiva, cioè autonoma, e al tempo stesso filosofica, cioè operante con metodo sistematico. Soltanto di recente si è cominciato a fare oggetto di più attenta ricerca questo ideale scientifico del secolo scorso (68). Il contributo chiarificatore più notevole va ravvisato

necessariamente risultare, cfr. WIEACKER, *Gründer ecc.*, cit., pp. 137 ss.; WILHELM *Metodologia*, cit., pp. 21 ss.; da ultimo BÖCKENFÖRDE, *Die Hist. Rechtsschule*, cit. (nt. 30), pp. 21 ss.

(67) Su questo soprattutto FORSTHOFF, *ZStaatsw.*, XCVI (1936), pp. 93 ss.

(68) Sulla concezione di scienza di Beyme, Schleiermacher e Humboldt, basata sulla critica al pensiero di Kant, sulla filosofia dell'Identità di Schelling e sulla filosofia della cultura dell'Idealismo tedesco vedi il recente approfondito lavoro di SCHELSKY, *Einsamkeit und Freiheit*, cit. (nt. 1; sulla letteratura fondamentale del tempo, nt. 2) pp. 65 ss., 79 ss.; su una certa cristallizzazione dello Storicismo nelle scienze dello spirito del XIX secolo vedi già ROTHACKER, *Logik und Systematik der Geisteswissenschaften*, München 1947, pp. 129 ss. Giustamente il KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., p. 451 mette già in relazione la scuola di Savigny con « una idea più alta della scientificità della speculazione giuridica » e ipotizza un « legame con l'ideale universitario che nello stesso periodo si andava affermando ..., e che fu realizzato con la fondazione dell'Università di Berlino ». Per gli effetti di una tale concezione sul nascere di una scienza del diritto dogmatico-

nelle indagini sul concetto di scienza dovute alla filosofia idealistica postkantiana quali in particolare la teoria della scienza di Fichte e la ermeneutica di Schleiermacher, la concezione, elaborata da Anselm Feuerbach e da alcuni giuristi non appartenenti alla Scuola storica, di una scienza filosofica eppur positiva del diritto e della legislazione, il rinvio al significato centrale della *Metodologia* di Savigny (1802/1803) ed al ruolo di guida del Puchta nella costruzione del formalismo concettuale della scienza del diritto. Tutto ciò ha significato la elevazione della dogmatica giuridica dell'*Usus modernus* a scienza criticamente fondata, capace di organizzare sistematicamente dall'interno la totalità del materiale giuridico positivo e di costituirne, attraverso i procedimenti formali della riflessione gnoseocritica e della comprensione ermeneutica, da un lato l'unità scientifica interiore e dall'altro, pur rispettandone l'autonomia, le relazioni di metodo con le altre scienze dello spirito.

1. L'accertamento delle condizioni per l'esistenza di singole scienze sistematiche attraverso la elaborazione di una teoria generale della scienza diviene intorno al 1800, sotto l'influsso predominante di Kant, un problema capitale della filosofia idealista tedesca. Non per nulla i fondatori della Università di Berlino incentrarono unanimemente il loro modello sul rapporto di dipendenza di ciascuna delle discipline di insegnamento universitario

sistematica (« filosofica ») agli inizi dell'Ottocento, in parte con una problematica tolta dal « Formalismo » giuridico, fondamentale il WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 48 ss.; in particolare pp. 59 ss. (il modo di procedere sistematico del Savigny), pp. 89 ss. (« ipostatizzazione » derivante dalla concezione del diritto come frutto di procedimenti deduttivi in Puchta); p. 91 (forma e materia della scienza del diritto in Puchta); pp. 111 ss. (svincolamento del diritto — inteso come « sistema di possibili manifestazioni del volere » — dalla realtà sociale in Gerber); consulta inoltre l'ottimo G. VICÉN, *Sobre los origines*, cit. (nt. 13); cfr. anche A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giur.*, cit. (nt. 13); MARINI, *Savigny*, cit. (nt. 13); per lo sviluppo successivo vedi in particolare PORZIO, *Formalismo e antiformalismo nello sviluppo della metodologia giuridica moderna* (Estr. *Bollettino Bibliot. Ist. giur. Napoli*, II [1962], pp. 254 ss.). Per le affermazioni seguenti vedi ora approfonditamente WIEACKER, *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule*, Karlsruhe 1967.

nei confronti della scienza basilare, la filosofia: come dire sul rapporto tra sapere particolare e il « sapere universale » della filosofia. Per la scienza del diritto il problema è stato però posto per la prima volta non dalla Scuola storica bensì, se si fa eccezione di alcuni precursori isolati ⁽⁶⁹⁾, da Anselm Feuerbach ⁽⁷⁰⁾. Seguace di Kant e della sua gnoseologia critica, Feuerbach seppe ben presto riconoscere che il Giusnaturalismo non era ormai più in grado di porsi quale rappresentante di una scienza del diritto assurta a tali vette. Dal vecchio metodo giusnaturalistico egli derivò tuttavia la possibilità di una ideale organizzazione razionale del materiale giuridico libera da contraddizioni logiche, che elevasse la Giurisprudenza al rango di scienza filosofica, cioè gnoseologicamente critica, sulla scia della metafisica dell'Idealismo tedesco. Analogo programma, anche se con mezzi più modesti, fu formulato quasi contemporaneamente da Gustav Hugo per la scienza del Diritto comune ⁽⁷¹⁾. Alla riorganizzazione scientifica del diritto privato non risalente alla tradizione del Diritto comune rivolsero invece la loro attenzione poco più tardi, e indipendentemente dalla Scuola storica del diritto, i germanisti Falck ⁽⁷²⁾ e Reyscher ⁽⁷³⁾.

2. Ma anche in questo spetta a Savigny un ruolo centrale. Che al di fuori dei suoi scritti programmatici e dei lavori più propriamente storici il suo originario contributo alla costruzione di una scienza dogmatica del diritto positivo sia rimasto a lungo

⁽⁶⁹⁾ Il ruolo di pioniere svolto da Seidenstikker (1760-1817) è ora messo in luce da VICÉN, *op. cit.*, pp. 10 s. e specialmente nt. 23; vedi anche FLATT, *Ideen zur Revision d. Naturrechts*, in: *Vermischte Versuche*, Leipzig 1765, p. 10 e nt. 27 come anticipazione della critica alla Scuola storica.

⁽⁷⁰⁾ VICÉN, *op. cit.*, pp. 11 s. e da ultimo approfonditamente GALLAS, *P. J. A. Feuerbachs « Kritik des natürlichen Rechts »*, in: *Heidelb. Sitz.Ber.*, Phil.-Hist. Kl., 1964/1. Fondamentale la sua prolusione in Landshut « Su filosofia ed empiria in rapporto alla scienza del diritto positivo » (1804); su cui RADBRUCH, *P. J. A. Feuerbach* ², 1937, p. 67; VICÉN, *op. cit.*, pp. 11 s.; GALLAS, *op. cit.*, pp. 30 s.

⁽⁷¹⁾ MARINI, *op. cit.* (nt. 13), pp. 139 ss. Su Warnkönig vedi VICÉN, *op. cit.*, pp. 13 s.; cfr. *infra*, p. 142 e nt. 34.

⁽⁷²⁾ VICÉN, *op. cit.*, pp. 12 s.; cfr. *infra*, p. 91.

⁽⁷³⁾ *Infra*, p. 91.

inosservato, è dovuto alla circostanza che tra la sua monografia dogmatica fondamentale *Del diritto del possesso* (1803) e il *Sistema del diritto romano attuale* (pubblicato a cominciare dal 1839) per circa una generazione apparvero di Savigny soltanto lavori storico-giuridici e scritti programmatici che sembrarono orientati piuttosto nel senso di una concezione storico-evolutiva del diritto. A partire dal breve cenno del Kantorowicz e dalla edizione curata dal Wesenberg ⁽⁷⁴⁾ ci è noto tuttavia che già nella lezione sulla *Metodologia giuridica* (Marburg 1802/03) ⁽⁷⁵⁾ il Savigny aveva schizzato un programma di collegamento tra una « trattazione filosofica » ⁽⁷⁶⁾ della scienza della legislazione

⁽⁷⁴⁾ KANTOROWICZ, *Savignys Marburger Methodenlehre*, ZSS, RA, LIII (1933), pp. 465 ss. La pubblicazione della ormai celebre lezione è un ulteriore merito di Wesenberg per la scoperta di Savigny: F. C. VON SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre 1802-1803*. Edita da G. Wesenberg nella relazione curata da Jacob Grimm, Stuttgart 1951. Vedi anche la dissertazione (preparata sotto la guida del Wesenberg in Kiel) di E. SCHELE, *Die juristische Methodenlehre des jungen Savigny*; HOLLERBACH, *Der Rechtsgedanke bei Schelling*, Frankfurt a. M. 1957, pp. 296 ss.; WIEACKER, *Gründer u. Bewahrer*, cit., pp. 137 ss.; VICÉN, *Sobre los origines*, cit. (nt. 13), pp. 18 s., con un interessante accenno alla realizzazione della metodologia nel « Diritto del possesso » (p. 19). Da ultimo esaurientemente MARINI, *Savigny*, cit. (nt. 13), pp. 59-162.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. anche *infra*, p. 60.

⁽⁷⁶⁾ L'esigenza ora emergente, che la scienza del diritto sia filosoficamente orientata, corrisponde strettamente al concetto di scienza presente nelle lezioni sul metodo degli studi accademici di Schelling: « l'esigenza, che discende dall'idea stessa della cosa, di considerare tutte le scienze nel senso di un sapere generale ed assoluto » (Seconda lezione, in: *Die fünf Grundschriften*, cit. [*supra*, nt. 2], p. 17; su cui vedi SCHELSKY, *Einsamkeit u. Freiheit*, cit. [nt. 1], p. 72); oppure la filosofia come « scienza delle scienze », diretta alla totalità della conoscenza (pp. 6 s.); vedi ancora Fichte (elevazione dell'attività dell'intelletto a chiara coscienza) e Schleiermacher (la necessaria unità di tutto il sapere), entrambi in *Grundschriften*, cit. Su Wilhelm von Humboldt cfr. particolarmente SCHELSKY, *op. ult. cit.*, pp. 80 s., 82 ss. (formazione scientifica come filosofia, con importante documentazione). Un sintomo significativo è la comparsa per la prima volta nella Scuola storica della designazione della nostra disciplina come « scienza del diritto » (KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., p. 356). Spunti erano già presenti nella distinzione gravida di conseguenze, introdotta da Schiller nella prolusione di Jena su « Che cos'è ed a quale scopo si studia la storia universale » (1789), tra (diremmo oggi) « impiegati della cultura » e « ingegni filosofici »: vedi SCHELSKY, *op. cit.*, pp. 76 s. La descrizione più significativa del retroscena di tutti questi

(il che è già di per sé indicativo) ed una « storica ». La prospettiva storica avrebbe dovuto servire alla individuazione del materiale giuridico, inevitabilmente predisposto dalla storia (o più esattamente: dalla tradizione scientifica di testi e di pensiero); quella filosofica avrebbe dovuto invece organizzare questo materiale secondo una connessione sistematica interna fino ad ottenere non più un nudo « aggregato » di norme giuridiche, bensì un insieme sorretto da una sua struttura spirituale unitaria ⁽⁷⁷⁾. Questa relazione metodologica tra materia e forma corrispondeva esattamente al modello di scienza che per il rinnovamento delle scienze dello spirito si era preso a prestito dalla gnoseologia kantiana. « La singola unità » — dice la *Metodologia* ricalcando quella concezione — « che nella trattazione filologica viene presa in considerazione come tale, nella trattazione sistematica deve essere al tempo stesso pensata come un tutto ... Il contenuto del sistema è la legislazione, dunque norme giuridiche. Per poterle riconoscere, sia nella loro singolarità che nel complesso, abbiamo bisogno di una mediazione logica, della forma appunto, cioè della trattazione logica di quanto dell'intero contenuto della legislazione si sia percepito per via di conoscenza. Il momento formale deve servire o a mettere in luce il dispositivo di singole norme giuridiche — a volte si parla in simili casi di definizioni o di distinzioni — oppure a cogliere il collegamento tra più disposizioni e ad ordinarle il contesto. Questo

sforzi ci viene fornita tuttavia da HEGEL, *Fenomenologia dello spirito*, I, 1, trad. it., Firenze 1972, pp. 65 ss., 27: « È questo movimento delle entità reali che forma la natura della scientificità. Considerata sotto il punto di vista dei suoi contenuti, essa rappresenta la necessità della loro composizione ad insieme organico: il tramite, attraverso il quale si raggiunge il concetto di sapere, diviene, per mezzo di quella, necessario e perfetto al tempo stesso, così che questa attività preparatoria cessa di essere un casuale filosofare che si riallaccia a questi o a quegli oggetti, rapporti e pensieri di una coscienza imperfetta, così come il caso li presenta, o che cerchi con un andare e venire di ragionamenti, conclusioni e deduzioni di trarre da determinati pensieri la verità; piuttosto quel tramite servirà ad abbracciare attraverso il movimento del concetto l'intera realtà della coscienza ».

⁽⁷⁷⁾ *Metodologia*, cit., p. 17 s.; cfr. WIEACKER, *GuB*, pp. 137, 139 con ulteriori citazioni dalla « *Metodologia* ».

è ciò che si suole propriamente chiamare sistema » (le spaziature non sono contenute nel testo originale) ⁽⁷⁸⁾.

Un'analisi dell'opera del Savigny nel suo complesso mostra come egli abbia tenuto fede fino in fondo, con la fermezza che gli è propria, a questo piano di lavoro originario ⁽⁷⁹⁾. La tendenza costante dei suoi sforzi verso la costruzione di una scienza del diritto positivo non viene infatti contraddetta né dal suo programma storico né dagli altri lavori più specificamente storici; anzi ne risulta confermata. Le idee fondamentali espresse in *Vocazione del nostro tempo* (1814) avevano già trovato modo di manifestarsi in una lettera del 1810 ⁽⁸⁰⁾ ed erano state quindi concepite prima dell'appello del Thibaut in favore della codificazione. Originariamente esse erano destinate a contenuto dell'introduzione alla *Storia del diritto romano nel Medioevo* ⁽⁸¹⁾ e a-

⁽⁷⁸⁾ *Metodologia*, cit., p. 38; su cui WIEACKER, *GuB*, cit., pp. 139 s. Ora anche MARINI, *Savigny*, cit. (nt. 13), pp. 141 s. richiama l'attenzione sugli infussi, forse attraverso la mediazione di Hugo, del concetto di forma della gnoseologia kantiana.

⁽⁷⁹⁾ WIEACKER, *GuB*, cit., pp. 131, 138 s. La continuità di questo piano di lavoro viene ora messa in dubbio nuovamente da THIEME, *ZSS, GA, LXXX* (1962), pp. 1 ss. senza tuttavia adduzione di nuovi dati; restrittivo anche il KUNKEL, *JZ*, (1962), pp. 457 ss.

⁽⁸⁰⁾ In una lettera del 13 aprile 1810 (indirizzata a Bang; STOLL, I, p. 415) Savigny preannuncia un « terzo » progetto « che si dovrebbe occupare dello spirito della legislazione »; esso sarebbe però ancora « appena abbozzato nei miei pensieri ». Tenuto conto del consueto modo di lavoro del Savigny, questo significherebbe che struttura generale ed organizzazione concettuale erano già stati definiti e che soltanto la stesura per iscritto non era stata ancora iniziata. A ciò corrisponderebbe il fatto che la lettera allo Heise dell'8-9-1810 (STOLL, II: Periodo dell'insegnamento [1929], p. 50) presuppone già il piano di riforma dell'istruzione. Dalla lettera all'editore Zimmer di Heidelberg, del 4 luglio 1814 (su cui HENNIG, *ZSS, GA, LVI* [1936], p. 394) — dunque precedente all'apparizione dello scritto di Thibaut in favore di un codice nazionale —, si deduce che il manoscritto del *Beruf* era già stato abbozzato; il saggio di Thibaut avrebbe allora soltanto offerto il destro ad una ristrutturazione in chiave polemica.

⁽⁸¹⁾ Ciò si ricava direttamente dalla lettera allo Zimmer (nt. 80). Un precedente riferimento a quella destinazione si può vedere nel passo della lettera del 1810 (STOLL, I, p. 415) in cui il Savigny osserva che questo « terzo [progetto], minore sì, ma che mi sta ugualmente a cuore » dovrà servire « a render chiara » la connessione tra i due lavori maggiori ricordati nella lettera (cioè il *Diritto romano nel medioevo* ed il successivo *Sistema del diritto romano attuale*). Una simile funzione intermediatrice si adduce meglio che ad ogni altro scritto al

vrebbero dovuto, come del resto tutto il libro, servire di stimolo per la « trattazione storica » del diritto positivo mettendone in luce le radici nella tradizione. In effetti era quella la loro giusta collocazione. L'indagine sulla tradizione del diritto romano in Europa era la conseguenza logica della premessa che l'oggetto del diritto è sempre predeterminato dalla tradizione culturale (e nazionale). Qui possiamo riconoscere in modo particolarmente evidente il ruolo della storicità nell'insieme della concezione savignyana. La indisponibile connessione del diritto con la totalità della cultura nella sua attuale continuità storica, che il Savigny opponeva al razionalismo legislativo dell'Illuminismo, costituiva per lui la vera materia della « trattazione storica »; e per mezzo di essa, nella costruzione *ex novo* di una scienza del diritto positivo su basi sistematiche e filosofiche, gli riuscirà di ricomprendere anche la dimensione storico-giuridica.

L'attuazione di questo schema metodologico in tutti i suoi elementi essenziali verrà realizzata completamente dal Savigny soltanto più tardi, nel *Sistema del diritto romano attuale* ⁽⁸²⁾. In esso, tramite un'esposizione particolarmente sintetica, egli cercherà di sostituire al « puro ordine esterno » la sottolineatura « del rapporto organico esistente tra le norme all'interno degli istituti », tra questi ultimi e l'intero ordinamento e tra l'ordinamento e la « natura umana » (*Sistema*, cit., I, pp. 21, 384, e *passim*), trovando così lo spazio per una costruzione dogmatica creativa (« produttiva ») ⁽⁸³⁾. In tal senso è coerente ed appropriato — seguendo il Kantorowicz e il Wilhelm — vedere il momento cen-

Beruf, tenendo conto che entrambe le altre opere maggiori possono davvero essere considerate come una realizzazione del programma: la prima mette infatti in luce le connessioni tra diritto antico e diritto attuale, e la seconda offre una elaborazione dogmatica e sistematica del materiale storico.

⁽⁸²⁾ Cfr. WIEACKER, *GuB*, pp. 138 ss.

⁽⁸³⁾ WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 59 ss. Sugli ulteriori sviluppi di questo concetto della Giurisprudenza come costruzione formale in Puchta e in Jhering cfr. *infra*, p. 80 e nt. 79 ss.; p. 130 s. nt. 20; p. 151 nt. 61. Il ruolo predominante di Puchta, anche in confronto al Savigny, nella creazione di una scienza del diritto su criteri strettamente sistematico-concettuali è stato già sottolineato da Ernst Immanuel Bekker (*infra*, p. 143); simulante ora WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 89 ss.; VICÉN, *Sobre los orígenes*, cit. (nt. 13), pp. 19 s.; sul punto *infra*, pp. 80 s.

trale del rinnovamento della scienza giuridica agli inizi dell'Ottocento nella creazione di un nuovo formalismo scientifico.

3. In linea principale gli sforzi della corrente fondamentale della Scuola storica del diritto, quella romanistica, furono dunque intesi — e qui sta il suo merito maggiore — ad innalzare la dogmatica ormai antiquata dell'*Usus modernus* a vera scienza « filosofica », nel senso della dottrina della scienza dell'Idealismo tedesco, in armonia con la teoria della cultura e con la gnoseologia proprie della filosofia idealistica. È da questo punto di vista che appare in piena luce l'autentico significato, già da tempo messo in risalto, di quella eredità giusnaturalista che più tardi la scuola stessa vorrà disconoscere ⁽⁸⁴⁾.

In effetti la Scuola storica del diritto aveva concepito sé stessa fin dagli inizi come superamento « del » Giusnaturalismo; e questa opposizione sarà ancor più accentuata in seguito nella interpretazione che della Scuola darà il suo erede diretto, il Positivismo giuridico. Ma in realtà Savigny non può essere considerato in sé, e per sé un avversario della teoria del Diritto naturale, se si intende questa come il necessario elemento ideale della scienza

(84) Ciò è diventato negli ultimi decenni sempre più evidente: vedi per tutti A. B. SCHWARZ, *ZSS, RA, XLII (1921), pp. 578 s.*; *Id., Pandektenwissenschaft u. heut. röm. Recht, Zürich 1928*; BRANDT, *Eigentumserwerb u. Austauschgeschäft, 1940, pp. 66 ss.*; WIEACKER, *Vom römischen Recht*¹, Stuttgart 1945, pp. 270 s.; KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., pp. 466 ss.; WESSENBERG, *Privatrechtsgesch.*, cit., p. 149; ERIC WOLF, *Rechtsdenker*, cit., pp. 467 s., 484, 487; WIEACKER, *Gründer u. Bewahrer*, cit., pp. 131 s., 137. Da notare la posizione del VICÉN, *Sobre los orígenes*, cit., pp. 5-7, che vede nel perdurare del Razionalismo giusnaturalista nelle categorie della rinnovata scienza del diritto (diversamente dalle altre scienze dello spirito, tutte modellate sulla concezione di scienza dell'Idealismo) una sorta di « superamento della propria natura » che avrebbe causato la impossibilità fino ad oggi di una formulazione gnosecritica in termini generali di quanto di singolare e concreto si trovi negli ordinamenti giuridici, cioè di una elevazione del Positivismo (« Formalismo ») a principio metodologico. La vecchia denominazione di « criptogiusnaturalismo » (così ancora l'ed. precedente, p. 228 nt. 28) risale al diffidente atteggiamento del Bergbohm, sempre alla ricerca di eresie giusnaturaliste sotto l'insospettabile manto del Positivismo (cfr. *infra*, p. 364); essa non coglie nel segno in quanto lo stesso Savigny non ha mai messo in dubbio i postulati fondamentali del Giusrazionalismo teoretico, e cioè la possibilità di una giustizia incondizionata e la totale sistematizzabilità dell'ordinamento giuridico.

giuridica ⁽⁸⁵⁾. È vero tuttavia che egli, come tutti gli esponenti più in vista della scienza del diritto intorno al 1800, sotto l'influsso di Kant aveva rotto con il Giusnaturalismo precritico; non esisteva più per lui alcun diritto naturale sostanziale, che potesse essere ancora assunto ad oggetto della filosofia del diritto. La sua opposizione alle codificazioni giusnaturaliste era certo diretta in generale contro il razionalismo illuminista, ma concretamente innanzi tutto contro il *Code civil*, il figlio putativo della odiata e temuta Rivoluzione, e anche contro l'*Allgemeines Landrecht*, che gli appariva egualmente sospetto per il suo spirito illuministico e comunque privo di dignità scientifica ⁽⁸⁶⁾. Nell'opera di fondazione di una scienza del diritto positivo la Scuola storica ha invece recepito gli assiomi, il sistema e le concettualizzazioni del vecchio Giusnaturalismo laico, almeno nella misura in cui ne fosse in qualche modo possibile l'armonizzazione con la critica kantiana.

Di questa eredità giusnaturalistica della Scuola storica è possibile offrire un vero e proprio bilancio:

a) Innanzi tutto il sistema delle Pandette che, applicato per la prima volta dichiaratamente da Hugo e Heise, fu poi ripreso da Savigny ⁽⁸⁷⁾ e rimase determinante per la Pandettistica del secolo XIX e per i codici da questa apprestati. Esso risale a Darjes e Nettelbladt, entrambi allievi di Wolff, e per loro tramite al sistema giusnaturalista di Samuel Pufendorf ⁽⁸⁸⁾.

b) Anche il metodo adottato per ricavare sistema e concetti, come pure il tipo di deduzione logica di decisioni giuridiche da

⁽⁸⁵⁾ Cfr. WIEACKER, *GuB*, p. 132.

⁽⁸⁶⁾ Sul punto vedi *supra*, I, pp. 510 s. e nt. 48, 49; cfr. p. 168.

⁽⁸⁷⁾ Un tale sistema venne preso dapprima a base da HUGO, *Institutionen des römischen Rechts*¹, 1789 (ma già non più nella seconda edizione), per essere poi ripreso da HEISE, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behufe von Pandectenvorlesungen*, 1807 (un puro schema ordinativo) e per suo tramite da Savigny nel proprio corso di Pandette: LENEL, *Briefe Savignys an Heise*, ZSS, RA, XXXVI (1915), pp. 96 ss., specie pp. 116, 126, 134; SCHWARZ, ZSS, RA, XLII (1921), p. 181; BOEHMER, *Grundlagen*, II.1 (1951), p. 73; WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 64 s.

⁽⁸⁸⁾ Fondamentale A. B. SCHWARZ, ZSS, cit., pp. 578 ss.; cfr. pure WIEACKER, *Zum System des deutschen Vermögensrechts*, 1941, pp. 9 ss.; WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 64 ss.

quel sistema o da quei concetti, derivano alla Scuola storica del diritto dal « metodo dimostrativo » del giovane Christian Wolff ⁽⁸⁹⁾. L'eredità del razionalismo wolffiano si riflette forse nel modo più chiaro nella « piramide concettuale » del Puchta ⁽⁹⁰⁾. Ma già Savigny, nella *Metodologia*, aveva postulato una « connessione » interna, una « unità della trattazione ..., un contenuto generale una comunanza di compiti per la scienza del diritto, che non siano soggetti ad alcunché di casuale ». La giurisprudenza verrebbe a confinare così « direttamente con la filosofia, la quale attraverso una operazione di deduzione totale deve individuare l'intera portata di quel compito comune ». Si è già accennato più sopra (p. 35) al ruolo assegnato alla forma, cioè quello di dare un ordine alla elaborazione logica, alle correlazioni tra più norme così come al loro insieme (« sistema in senso proprio »). Una generazione più tardi, il *Sistema del diritto romano attuale* identificherà « l'essenza del metodo sistematico nella presa di coscienza e nella esposizione delle connessioni interne o delle affinità, che fanno dei singoli concetti e regole giuridiche una sola grande unità ». Anche i rapporti giuridici possono essere compresi soltanto « nel grande contesto di questo sistema, di cui ancora una volta si manifesta la natura organica », mentre la elaborazione delle fonti a « risultati di un sistema giuridico », con l'occhio alla « completezza interna del sistema » viene considerata come il traguardo ultimo dell'impegno scientifico applicato al diritto. Appare evidente già da queste parole quanto le concettualizzazioni del Wolff, forse attraverso l'influsso di Hegel su Puchta ⁽⁹¹⁾, vengano approfondite dialetticamente e, tramite la concezione di Istituto

⁽⁸⁹⁾ FRANZ BEYERLE, *Deutsche Rechtswissenschaft*, 4 (1939), p. 15 (con netta valutazione negativa); WIEACKER, *Zum System* cit., p. 11 e nt. 1; THIEME, *Natur und europäische Privatrechtsgeschichte*, p. 46; BOEHMER, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, II.1 (1951), pp. 76 ss.; WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 89 ss.; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 19 ss.; VICÉN, *Sobre los orígenes*, cit., p. 19 (sugli influssi delle posizioni di Leibniz e Wolff sul Puchta a proposito della struttura razionale della realtà).

⁽⁹⁰⁾ LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 19 ss.

⁽⁹¹⁾ COING, *JZ*, VI (1951), pp. 481 s.; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 19 ss. (il sistema di Hegel).

come rapporto giuridico « organico » ⁽⁹²⁾, raffinate e vivificate. Lo sviluppo ulteriore della Pandettistica insegna tuttavia come, nonostante tutto ciò, il formalismo giusrazionalista, con la sua derivazione *more geometrico* di concetti generali da assioni e, da quelli, di concetti particolari giù giù fino ai singoli dogmi, in via di principio non fosse stato ancora abbandonato.

c) Sembra inoltre significativa la circostanza che i concetti basilari impiegati dalla Pandettistica, e che ancor oggi indubitabilmente costituiscono gli elementi portanti del sistema civilistico, siano tutti derivati non dall'*Usus modernus* ma dalle sistematiche del Giusnaturalismo laico, anche se in parte soltanto nell'ambito della Scuola storica essi ricevono una formulazione veramente rigorosa: così ad es. il concetto di diritto oggettivo, quello di diritto soggettivo con le sue partizioni, la figura del negozio giuridico, la dichiarazione di volontà; e ancora il contratto a prestazioni corrispettive, l'obbligo della prestazione, la impossibilità della prestazione, ecc. In effetti alla nuova scienza del diritto non rimaneva altro che servirsi di questa assiomatica del Giusnaturalismo laico, se non voleva correre il rischio di ricadere nella esegesi testuale dell'antico Diritto comune oppure — come accadrà più tardi al Naturalismo giuridico ⁽⁹³⁾ — ridursi a derivare concetti e principi giuridici direttamente da fini ed esigenze sociali. È questa la ragione per cui il formalismo sistematico e concettuale caratteristico del Puchta ⁽⁹⁴⁾ e del giovane Jhering ⁽⁹⁵⁾ si spingerà addirittura al di là di quello che era stato alla base del Giusnaturalismo laico.

d) Pure dal Giusnaturalismo la nuova scienza del diritto positivo ha recepito l'idea di una generale missione morale del diritto. E tuttavia la più antica etica sociale giusrazionalista, quella di Grozio e di Pufendorf, con tutte le sue componenti materiali e

⁽⁹²⁾ WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 48 ss. (sull'abbandono da parte di Puchta e del tardo Positivismo del concetto di « Istituto », p. 92); BÖCKENFÖRDE, *Die Hist. Rechtsschule*, cit. (nt. 30), pp. 15 s., pp. 19 s. (in particolare sulle relazioni tra « rapporto giuridico » e rapporto della vita reale); cfr. anche *infra*, pp. 77, 81.

⁽⁹³⁾ Cfr. *infra*, pp. 318 ss.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. *infra*, pp. 80 s.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. *infra*, pp. 151 s.

la sua tradizione classica e scolastica, veniva adesso definitivamente superata dalla *Critica della ragion pratica* e dai *Principi metafisici della dottrina del diritto* di Immanuel Kant, con cui le si sostituiva l'etica formale del dovere e della libertà dedotta dal riconoscimento dell'autonomia morale della persona. Nella *Fondazione della metafisica dei costumi* questa impostazione portava ad es., alla negazione della possibilità che il soggetto venisse considerato in funzione strumentale rispetto ad un fine che si collocasse fuori della sua sfera personale ⁽⁹⁶⁾ ed in pari tempo alla concezione dell'ordinamento giuridico come quel principio organizzativo in grado di presiedere alla delimitazione dell'ambito entro il quale la libera esplicazione dell'autonomia morale di ciascuno non venisse in conflitto con l'esercizio della corrispettiva libertà di ogni altro. Un tale tipo di etica trovò generale accoglimento non solo nella filosofia idealista tedesca pre-hegeliana ma anche da parte degli stessi artefici del rinnovamento della scienza giuridica, Hugo, Feuerbach, Savigny. Ad essa in particolare va ricondotta — come abbiamo già osservato (pp. 540 s.) — la convinzione del Savigny che il diritto contribuisca alla salvaguardia dei costumi, non tanto garantendo « l'osservanza dei precetti, quanto assicurando la libera esplicazione di quel senso giuridico che è innato nella volontà dei singoli »; e che quindi esso abbia « un ambito entro il quale domini incontrastato » senza che all'infuori della « determinazione morale della natura umana » debba perseguire altro fine (e men che meno porsi « compiti politico-economici in nome del pubblico benessere ») ⁽⁹⁷⁾. Del pari, alla concezione kantiana di una libertà che sia tale da poter coesistere con la libertà di ciascun altro ⁽⁹⁸⁾ si riallacciano le definizioni

⁽⁹⁶⁾ KANT, *Fondamenti della metafisica dei costumi*, trad. it., Firenze 1963, p. 130: « L'uomo e comunque qualsiasi essere ragionevole esiste come scopo per sé stesso, e non come mezzo a disposizione di questa o quella volontà; in ogni azione perciò, che riguardi sia lui stesso che altri esseri razionanti, egli deve essere sempre considerato come scopo » (cfr. da ultimo WELZEL, *Diritto cit.*, pp. 253 ss.).

⁽⁹⁷⁾ Savigny, *Sistema*, cit., I, pp. 335 ss. e *passim*. Cfr. WIRACKER, *Gründer u. Bewahrer*, cit., pp. 134 ss. e *supra*, nt. 12 (COING, TEGETHOFF, KIEFNER).

⁽⁹⁸⁾ Sul punto da ultimo FLUME, *Allgemeiner Teil d. BGB, II, Das Rechtsgeschäft*, Berlin 1965, pp. 49, 54, 57; cfr. pp. 136 ss.

del Savigny di diritto soggettivo, di autonomia privata, di negozio giuridico, di volontà negoziale ⁽⁹⁹⁾.

La circostanza di avere inteso la libertà nel senso della filosofia idealista, cioè come responsabilità morale di persona autonoma ed indipendente nel volere, dimostra l'infondatezza delle accuse di quanti lamentano che la Scuola storica, distaccandosi dal Giusnaturalismo, abbia abbandonato in mano del più puro Positivismo l'impegnativo compito della fondazione morale del diritto ⁽¹⁰⁰⁾. In effetti Savigny per es., nonostante le tentazioni cui era esposto dall'esercizio di pubbliche funzioni nello Stato prussiano dell'età della Restaurazione, ha sempre cercato, per quanto umanamente possibile a chi abbia impegni di politica interna, di vivere secondo gli ideali che propugnava ⁽¹⁰¹⁾.

4. Da quanto siamo venuti fin qui esponendo risulta dunque evidente che l'eredità giusnaturalista non costituì per la Scuola storica il residuo male assimilato di un'epoca ormai trascorsa, ma piuttosto rappresentò la struttura portante di una organizzazione metodica del materiale giuridico offerto dalla tradizione ad autonoma scienza del diritto, orientata secondo canoni criticistici. In ciò consiste appunto l'apporto fondamentale del rinnovamento da essa operato. Una scienza giuridica infatti che, rifiutate le astrazioni del Giusnaturalismo laico, avesse poi limitato il suo compito esclusivamente alla comprensione storica, avrebbe certo tradito la sua funzione pubblica. Continuando invece decisamente sulla scia dell'etica e della metodologia razionaliste essa è riuscita a sfuggire, non senza tuttavia sporadici

⁽⁹⁹⁾ F. C. VON SAVIGNY, *Sistema*, cit., I, p. 7 e *passim*.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. THIEME, *Naturrecht*, cit. (nt. 51), pp. 15, 52. In questo contesto si possono trascurare le pur possibili obiezioni teoretiche alla idea — presa da Kant — della destinazione etica del diritto (cfr. WELZEL, *Diritto naturale*, cit., pp. 253 ss.; ID., *Vom irrenden Gewissen*, Tübingen 1949, pp. 6 ss., 19 ss.). D'altra parte non si può nemmeno mettere in relazione l'influsso di Hegel (senza dubbio minore nella storia del diritto privato del XIX secolo) con la svolta verso un Positivismo statualista, come invece sembra voler fare certa superficiale storiografia contemporanea (citata, con implicita accettazione, da THIEME, *Naturrecht*, cit., p. 47 nt. 157). Una fruttuosa interpretazione di Hegel (cfr. ad es. WELZEL, *Diritto naturale*, cit., pp. 261-274) inizia soltanto dopo il superamento dei malintesi della « destra » hegeliana e dei suoi antichi avversari.

⁽¹⁰¹⁾ WIEACKER, *Gründer u. Bewahrer*, cit., pp. 121 s. e nt. 17-18; sull'opera di Savigny nel Consiglio di Stato prussiano vedi *infra*, p. 55 e nt. 19.

cedimenti, ad ogni tradizionalismo reazionario od astrattezza filologica. D'altro canto le costruzioni vuote ed ingenuie della dottrina giusrazionalista, grazie al ritorno alle fonti storiche della Giurisprudenza europea caldeggiato dal Savigny — il che significava automaticamente il recupero di almeno uno squarcio della realtà sociale del tempo —, poterono essere riportate a concretezza e reinserite nel flusso di una tradizione giuridica antica. La grande scienza civilistica del XIX secolo si rivela in tal modo come frutto della confluenza e della singolare sintonia delle più disparate correnti spirituali. Eppure, nella sua rigorosa compiutezza metodologica, essa rimane ancor oggi, anche dopo il venir meno di quasi tutti i suoi presupposti culturali e sociali, il modello esemplare del tipo di formazione scientifica del giurista, continuando al tempo stesso ad imporre la sua impronta all'intero fenomeno della tradizione giuridico-culturale nella nostra epoca.

Ma l'eredità della Scuola storica non è forse oggi, alle soglie dell'ultimo terzo del nostro secolo, ormai da lungo tempo esaurita? Comunque ci si senta di rispondere a questo interrogativo, essa ha però segnato durevolmente di sé la storia del diritto. Alla fine del XVIII secolo la Giurisprudenza europea si dibatteva in uno scisma profondo. Da un lato si assisteva alla reviviscenza di un tardo *Usus modernus* a cui però non riusciva, nemmeno attraverso il brillante contributo di eminenti dogmatici quali i francesi Domat e Pothier, di rielaborare spiritualmente il patrimonio giuridico del Diritto Comune operandone la riduzione interna a pochi principi generali; dall'altro lato si era venuta sviluppando una legislazione — a seconda dei casi assolutistica o rivoluzionaria — che, non ostante tutti i suoi pregi, minacciava di soffocare la viva spiritualità della scienza giuridica. Di fronte a questa situazione è stato merito della Scuola storica riuscire a rifondere il complesso morente del *jus commune* in un nuovo tessuto di principi generali, in grado di sbrigliare la fantasia giuridica in una produttività fino a quel momento sconosciuta e di arricchire smisuratamente la gamma delle possibilità giuridico-dogmatiche. Certamente il problema della giustizia o quello della felicità dei popoli non dipendono soltanto dalla circostanza che gli ordinamenti giuridici siano cresciuti attraverso il filtro della riflessione intellettuale e

metodologica. Chi però creda nella capacità dello Spirito universale di attuarsi modificando ed ordinando la vita associata del genere umano, non potrà fare a meno di riconoscere, nel rinnovamento della scienza del diritto operato dalla Scuola storica, uno dei contributi più durevoli arrecati alla evoluzione del pensiero giuridico.

PRECURSORI E CAPI DELLA SCUOLA STORICA DEL DIRITTO

I. Romanisti: Hugo, Savigny e Puchta. — II. Germanisti: Eichhorn, Jacob Grimm e Georg Beseler. — III. Il rapporto tra le due correnti e la disputa nazionalista sul diritto romano. — IV. Figure isolate ed avversari della scuola: hegeliani e pratici del diritto.

I. La crescita di prestigio della scienza giuridica fa della storia del diritto privato tedesco agli inizi del XIX secolo, per la prima volta dall'epoca dei Commentatori, una storia di maestri. Su questa circostanza si fonda anche la distinzione (tutt'oggi operante) di storici del diritto e dogmatici del diritto civile in « Romanisti » e « Germanisti »: quelli i veri fondatori della scuola e protagonisti della missione della rinnovata scienza del diritto privato, questi dapprima volenterosi seguaci dei Romanisti ed infine dissidenti.

All'opera dei Romanisti va ricondotta quella che è la parte essenziale dello sviluppo sistematico della Pandettistica, mentre i Germanisti o si dedicarono, in stretto aggancio con le concezioni romantiche, allo studio del diritto tedesco come elemento di una scienza dell'antichità tedesca (è questo il caso, ad es., di quasi tutta l'attività di Jacob Grimm), oppure schiusero alla ricerca scientifica come « Diritto privato tedesco » settori trascurati dalla Pandettistica quali il diritto degli immobili, il diritto commerciale e dei titoli di credito, la teoria delle associazioni, delle persone giuridiche e della comunione. Inutile dire che questa divisione del lavoro, se ha arricchito la scienza giuridica tedesca, ha anche dato luogo a pregiudizi e dispute inutili ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Consapevolezza di ciò ebbero già, dichiaratamente o meno, i giuristi più

Conserveremo nel nostro lavoro questa partizione tradizionale in considerazione del fatto che il dissidio ha rischiato, verso la metà del secolo, di improntare di sé il destino della scienza del diritto civile. Attualmente con il sopravvenire di nuove funzioni essa ha perduto quasi ogni fondatezza. Del resto anche nella fase iniziale di attività della Scuola storica le si può riconoscere soltanto una giustificazione relativa: così ad es. Hugo ed Eichhorn si trovano molto più vicini per rango e metodo tra loro che non rispetto a Savigny.

1. Dopo precursori quali Hauboldt e Beckmann, i cui lavori antiquari stanno ancora direttamente sotto l'influsso di Heyne, il filologo di Göttingen, Gustav Hugo (1764-1844) viene tradizionalmente considerato come il fondatore di una scienza del diritto civile storicamente orientata ⁽²⁾.

a) Nato a Lörrach, Hugo si recò nel 1782 a completare i suoi studi a Göttingen dove, divenuto dal 1788 docente e già dal 1792 professore, rimase fino alla morte con sempre maggiore ascendente scientifico e non privo dei consueti riconoscimenti accademici. In certo qual senso scavalcato dagli altri fondatori della Scuola storica del diritto, soprattutto da Savigny, non seppe dimostrarsi indifferente nei confronti di uno sviluppo, che nella coscienza dei contemporanei metteva nell'ombra il suo contributo autonomo alla riforma della scienza civilistica ⁽³⁾. Il significato principale della sua opera risiede nella critica energica al Giusnaturalismo laico, nella sua partecipazione alla co-

indipendenti del XIX secolo. Vedi ad es. E. VON MOELLER, *Trennung der deutschen u. der röm. Rechtsgeschichte*, 1905. Cfr. ora THIEME, ZSS, GA, LXXX (1963), pp. 1 ss.; WIEACKER, *Evranion Maridakis*, pp. 341, 343; e da ultimo ID., *Festschrift Josef Klein*, 1967, pp. 186 ss.

⁽²⁾ LANDSBERG, III.2, pp. 1-48; ID., *Kant u. Hugo*, ZPrivöfR, XXVIII (1901), pp. 670 ss.; A. MERKEL, *Gustav Hugo*, 1900; F. VON HIPPEL, *Gustav Hugos jurist. Arbeitsplan*, ora in: *Ges. Schriften*, 1964, pp. 47-91 (d'ora in poi si citerà facendo riferimento a questa edizione); EICHENGRÜN, *Die Rechtsphilosophie G. Hugos*, Den Haag 1935; HEINR. WEBER, *G. Hugo*, 1935; THIEME, ZSS, GA, LVI (1936), p. 641; EBEL, *G. Hugo, Prof. in Göttingen*, Gött. Universitätsrede 1964; cfr. anche ANTONI, *La lotta contro la ragione*, cit., pp. 121 s.; MARINI, *Savigny* cit., pp. 138 ss. (sul formalismo kantiano di Hugo e relativi effetti sulla metodologia di Savigny).

⁽³⁾ Sul punto vedi JHERING, e ancora E. I. BEKKER, *Heidelb. Prof. aus dem 19. Jh.*, 1903, p. 138; giusto il giudizio di MEYER, *PreussJb*, XLIV (1879), p. 482. Sul punto e sulle ragioni di questo modo di vedere cfr. VON HIPPEL, *G. Hugos*, cit., p. 75; EBEL, *G. Hugo*, cit., p. 33 e *passim*.

struzione di una teoria (« filosofia ») autonoma del diritto positivo e nella elevazione della ricerca storico-giuridica, fino a quel momento di stampo antiquario, a coerente esposizione generale della storia del diritto romano secondo un principio interno unitario. Ad un adeguato apprezzamento della figura di Hugo sono state finora di ostacolo, oltre che la fama di Savigny, le materiali difficoltà di accesso alla sua produzione scientifica, diffusa in una serie, per di più ripetutamente edita e modificata, di compendi e recensioni quali il *Corso di diritto civile* (7 volumi, I^a ed. 1789 ss.; II^a ed. del 3^o vol., 1832; in esso: *Enciclopedia giuridica*), i *Contributi alla conoscenza della letteratura giuridica degli ultimi 40 anni*, I-III, (Berlino 1828-1845), la *Rassegna civilistica*, particolarmente importante dal punto di vista del metodo, ed altri lavori di incomoda consultazione. All'opera di recupero di tutto questo materiale ha dato inizio principalmente lo studio di F. von Hippel sul *Piano di lavoro giuridico di Gustav Hugo*. Secondo quanto espresso nel titolo, la ricerca si prefigge di desumere dall'esame dell'intera opera dello Hugo quella che ne è stata la concezione giuridica di fondo, sempre tenuta ferma in modo coerente e metodicamente sviluppata.

b) Hugo si era formato allo storicismo pragmatico della « Scuola di Göttingen », che fu la prima in Germania, con lo studio disciplinato delle fonti e con spiccato realismo politico, a prendere coscienza della realtà sociale e politica della situazione tedesca. A questa scuola Hugo sviluppa il suo atteggiamento critico nei confronti del razionalismo astratto e dottrinario del tardo Giusnaturalismo laico e della legislazione da esso espressa. Come allievo di Kant egli era in grado, nell'ambito della sua disciplina scientifica, di formulare con metodo questa sua critica. Il « Giusnaturalismo come filosofia del diritto positivo » di Hugo non è più un giusnaturalismo astratto, e nemmeno « storico » o « relativo » nel senso di un Thomasius: il titolo stesso del lavoro rende chiaro il senso dell'assunto dell'autore: il materiale giuridico « positivo » deve poter essere padroneggiato con gli strumenti metodologici della teoria della scienza (« filosoficamente ») e il Giusnaturalismo deve essere sostituito da una teoria generale del diritto vigente, o addirittura divenire esso stesso un giusnaturalismo « induttivo » (4).

(4) Sulla critica di questa posizione da parte del FALCK, *Jurist. Encyclopädie, auch zum Gebrauch bei akademischen Vorlesungen*, 1821, pp. 337 ss., cfr. ora G. VICÉN, *Sobre los origines*, cit. (p. 353 nt. 13), p. 12.

La disciplina del Diritto naturale va a costituire così il momento filosofico della scienza del diritto; e il rifiuto del Giusnaturalismo laico, ipotetico e speculativo con le sue esigenze astratte nei confronti del diritto empirico, si fa definitivo. L'osservatore obiettivo non può pertanto non riconoscere ad Hugo una parte di primo piano tra i maggiori pensatori del suo tempo nello sforzo per la creazione di una scienza del diritto con caratteristiche autonome, storica e filosofica ad un tempo, che superasse il dualismo tra tendenze antiquarie della giurisprudenza pratica e speculazione giusrazionalista. Nel *Corso di diritto civile* Hugo ha dato appunto un esempio delle possibili attuazioni di questo programma ⁽⁵⁾.

Il rifiuto delle speculazioni dottrinarie del legislatore razionalista ha trovato ripetutamente espressione nel rude scetticismo di Hugo: « Raziocinamenti di carattere generale » sono completamente privi di valore in sede di legislazione, dove è del tutto fuor di luogo voler fare « esperimenti ». Nei confronti di un « vago diritto di natura generale » si può usare, in sede di elaborazione di principi giuridici e di leggi, altrettanto poco riguardo che nelle ricette mediche per la « metafisica della teoria dei corpi » (cioè per i principi generali della fisica). Si fa sentire qui in maniera inconfondibile il modo di procedere individualizzante ed empirico proprio del primo Storicismo in confronto al metodo generalizzante ed astraente del razionalismo giusnaturalista a partire da Cartesio e da Hobbes.

Con uguale scetticismo pragmatico — assimilato in Göttingen dal *Journal* dello Schlözer — Hugo si volge anche contro la saggezza di Stato del legislatore illuminista e contro la sua « fabbrica di leggi » ⁽⁶⁾. « È legittimo pensare » afferma seccamente « che i giurisperiti che sottopongono le loro opinioni alla firma dei governanti non siano, presi nella loro media, più intelligenti dei loro contemporanei ». Conseguentemente Hugo respinge anche ogni forma di casistica con pretesa di autorità vincolante: un'assurdità voler « costringere sotto forma di legge il diritto nella sua totalità ». Autentiche fonti di diritto rimarranno piuttosto la consuetudine e « tutte le manifestazioni di diritto spontanee », oltre a quello che altri giuristi di Göttingen contemporanei di Hugo, il Pütter e il Runde, erano soliti designare come natura del fatto ⁽⁷⁾. Quali debbano essere gli sviluppi futuri, sostiene

⁽⁵⁾ Hugo si è schierato apertamente non soltanto contro il legislatore illuminista ma anche contro il razionalismo del Wolff (per es. in *Civilist. Magazin*, II, 3 (1812), p. 39; sul punto vedi SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., pp. 348 s.).

⁽⁶⁾ HUGO, *Beitr. z. jur. Bücherk.*, II, 1829, p. 255.

⁽⁷⁾ Cfr. *supra*, p. 13 nt. 22.

Hugo, sarà bene cercare di dedurlo dall'analisi storica e comparata. La dottrina del diritto naturale inoltre non offre a fronte dei dati di fatto reali nessun criterio sufficiente per la determinazione del Buono e dell'Utile; se ci si dovesse attenere ad essa, non vi sarebbe più alla fine « un solo rapporto giuridico che non possa essere fatto oggetto di *chicane* » (cioè che non si lasci arbitrariamente screditare come contrario al diritto di natura).

Sulla base di questo solido senso comune riesce dunque ad Hugo di criticare il Giusnaturalismo laico senza dover ricorrere né al principio di un inconsapevole spirito popolare né a quello di un necessario sviluppo organico ⁽⁸⁾. Il suo punto di vista si riconnette a quello dell'Empirismo pragmatico, che l'esperienza vissuta della Rivoluzione francese e degli errori del Razionalismo astratto in essa palesatisi aveva contribuito a rafforzare ulteriormente specie in Inghilterra (Edmund Burke) e nella Germania del nord.

c) Movendo da questi fondamenti critici Hugo, così come i più grandi pensatori del suo tempo, si sforzò di costruire una scienza giuridica autonoma, ad un tempo empirica e « filosofica » (*supra*, pp. 32 ss.), che superasse il dualismo tra giurisprudenza pratico-antiquaria e speculazione giusrazionalista, di cui soffriva l'Europa dalla fine del XVII secolo ⁽⁹⁾. Nelle parti migliori della sua farraginosa opera dogmatica si trova già anticipata quella sistematizzazione interna ed elaborazione concettuale del materiale positivo secondo i criteri di una specifica coerenza tecnica interiore, che la teoria della scienza del tempo ormai richiedeva ⁽¹⁰⁾; è questo il caso ad es. del *Corso di diritto civile* e del *Corso di diritto privato romano attuale* ⁽¹¹⁾. In tal modo rimaneva an-

⁽⁸⁾ Hugo si pronuncerà criticamente anche alla fine della sua vita contro il « Volksgeist » di Savigny (GöttGelAnz, CII [1840], p. 1019; in occasione della pubblicazione del primo volume del « Sistema del diritto romano attuale »). Un giudizio più benevolo aveva dato invece del « Diritto consuetudinario » del Puchta (GöttGelAnz, XC [1828], p. 1731).

⁽⁹⁾ Von HIPPEL, *Gustav Hugos*, cit., pp. 54 s.

⁽¹⁰⁾ Anche il contributo di Hugo alla formazione concettuale ed alla costruzione sistematica si perde nell'intrico di compendi e riedizioni che punteggiano la sua lunga ed operosa vita di studioso (vedi EBEL, *G. Hugo* cit., p. 22 e *passim*). Ebels (pp. 26 s.) accenna ai meriti acquisiti da Hugo nella ricerca di un concetto unitario di obbligazione; mi sembra tuttavia poco credibile che Savigny si sia servito dei risultati di Hugo « come al solito senza darne menzione » (EBEL, *op. cit.*, p. 27).

⁽¹¹⁾ VON HIPPEL, *Gustav Hugos*, cit., p. 68 nt. 1.

cora intatta la visione concreta della realtà sociale ⁽¹²⁾, che con il formalismo della più tarda Pandettistica, con Puchta, con il primo Jhering, con Gerber (e Laband) doveva andare perduta.

d) Sarà sempre la componente empirista a ricondurre infine Hugo, sotto l'influsso dei filologi e degli storici di Göttingen, alle fonti del diritto romano. I suoi lavori antiquari, in particolare la sua nota ricerca sulla *bonorum possessio*, la edizione dei Frammenti di Ulpiano e della *Lex Rebrina*, infine la *Storia della letteratura romanistica* (cioè della scienza del Diritto comune in età medioevale e moderna) costituiscono una applicazione pratica del metodo della rigorosa « induzione storica » da lui propugnato e circoscrivono di già l'ambito della tematica più specificamente storico-giuridica di Savigny e dei suoi successori ⁽¹³⁾. Ma più ancora che in questi contributi, il merito di Hugo consiste nell'essere riuscito da una « generale prospettiva sociale » ⁽¹⁴⁾ a rendere fruttuoso anche per la storia del diritto il nuovo modo di far storia inaugurato dalla Scuola di Göttingen. Con la sua *Storia del diritto romano*, ampiamente e lungamente divulgata, seppe sondare per la prima volta la dimensione storica più profonda della evoluzione giuridica romana (secondo lo stato delle conoscenze di allora) ed integrare il materiale antiquario in un conchiuso disegno espositivo, articolandolo in periodi di volta in volta caratterizzati da loro proprie connessioni reali ⁽¹⁵⁾. Nella critica all'astratto razionalismo del Giusnaturalismo laico e dei suoi legislatori, nella metodica costruzione di una scienza del diritto sistematica e nel collegamento del diritto con la sua sfera di efficacia storica e sociale, Hugo ha anticipato il contributo più duraturo della Scuola storica del diritto. Nessun altro ha saputo apprezzare con più precisione di Savigny, sia pure con il senso

⁽¹²⁾ VON HIPPEL, *op. ult. cit.*, p. 50 nt. 1.

⁽¹³⁾ Così giustamente EBEL, *G. Hugo*, cit., p. 28.

⁽¹⁴⁾ VON HIPPEL, *Gustav Hugos*, cit., pp. 50 nt. 1, 73: « Egli infonde autentica vita alla storia del diritto ». Già nella sua recensione a GIBBON, « *Übersicht des römischen Rechts* » (1789; un estratto dalla *History of the Decline and Fall of the Roman Empire*) Hugo accennava indicativamente all'idea di un'opera sullo spirito del diritto romano ».

⁽¹⁵⁾ Così esattamente già il LANDSBERG, pp. 45 s.; cfr. anche EBEL, *G. Hugo*, cit., p. 28 s.

della misura che gli è proprio, il « merito personale spesso trascurato » di Hugo in questa « conquista divenuta ormai patrimonio universale » (16). Se tuttavia colui che per primo in Germania aveva posto le basi di una scienza del diritto ancorata alla storia si vide ben presto scavalcare — non senza rimanerne ferito — dagli sviluppi ulteriori della Scuola storica, ciò fu dovuto (certo in egual misura che alla minore forza di attrazione della sua personalità) anche alla sua rinuncia limitante a quello splendido fondamento scientifico, che invece il principe della scuola seppe dare al proprio programma storico. Ed infatti soltanto in essa aleggiò l'ampio respiro umanistico di Herder e di Humboldt, capace di trascinare gli spiriti del tempo (17).

2. Savigny (18).

Nato nel 1779 in Frankfurt, Friedrich Carl von Savigny discendeva da un casato protestante originario della Lorena che, abbandonata nel 1630 la propria patria, aveva dato prova di sé nei territori sud-

(16) F. C. von SAVIGNY, *Der Zehente May 1788*, ZgeschRw, IX (1838), pp. 430 s. Non c'è ragione di interpretare questa *laudatio*, come vorrebbe EBEL, G. Hugo, cit., pp. 20 s., in *malam partem*.

(17) Diverse la spiegazione e la valutazione generale che fornisce EBEL, G. Hugo, cit., pp. 20 s.; p. 27 e *passim*.

(18) La immensa letteratura sulla vita e sull'opera di Savigny (vedine un elenco dettagliato in Erik WOLF, *Rechtsdenker*, cit., pp. 537-542) si lascia suddividere secondo le seguenti linee generali: una prima ondata di necrologi subito dopo il 1861; la posata valutazione del LANDSBERG, III.1, pp. 181 ss. (che utilizza ampiamente le prese di posizione precedenti); la polemica dei seguaci del Naturalismo giuridico e del Giusliberismo contro il formalismo di Savigny e della Pandettistica, con relative repliche dei difensori di Savigny; il ritratto ricco, misurato ed amorevole di Erik WOLF, *Rechtsdenker*, cit., pp. 377-435; la graduale reinterpretazione della figura di Savigny negli ultimi decenni (THIEME, WESENBERG, WIEACKER ecc.), ed infine l'ondata celebrativa in occasione del primo centenario della morte (1961). Ai nostri fini basti qui ricordare (per una generale collocazione della Scuola storica cfr. *supra*, p. 12, nt. 18): KANTOROWICZ, *Was ist uns Savigny?*, in: *Recht u. Wirtschaft*, I (1911), pp. 747 ss. (vedi anche l'estratto del 1912); ID., *Volksgeist und hist. Rechtsschule*, HZ, CVIII (1912), pp. 295 ss.; e inoltre ID., ZSS, RA, LIII (1933), pp. 465 ss. (sulla « Metodologia » di Marburg); ID., *Law Quarterly Review*, LIII (1937), pp. 326 ss.; per una difesa di Savigny vedi invece MANIGK, *Was ist uns Savigny*, RuWirt, II (1912), pp. 174 ss.; ID., *Savigny und der Modernismus im Recht*, 1914; ID., ZSS, RA,

occidentali della Germania al servizio di più Principi tedeschi. Rimasto precocemente orfano, dal 1795 al 1799 studiò diritto in Marburg, dove i suoi Maestri, Weiss e Höpfner, lo indirizzarono verso le scienze dell'Antichità. Qui cominciò ben presto e con tratto sicuro a sviluppare progetti scientifici ed accademici. Del tutto indipendente dal lato economico, poté dedicarsi nel periodo 1799/1800 a collezionare instancabilmente, durante una prima *peregrinatio academica* attraverso la Germania, contatti personali, esperienze spirituali, manoscritti ed estratti. Di ritorno a Marburg, già nel 1803 vi divenne dapprima professore e ben presto un celebrato Maestro. Dopo ripetuti viaggi di studio attraverso la Germania e a Parigi (1804/1805), prese in moglie

L (1930), pp. 598 ss. (rec. STOLL, I e II vol.); ID., *Savigny und die Kritik der Rezeption*, ZSS, LXI (1941), pp. 187 ss.; e ancora ROTHACKER, *Savigny, Grimm, Ranke*, HZ, CXXVIII (1923), pp. 425 ss.; ID., *Einleitung in die Geisteswiss.*, cit., pp. 37-62, 89 ss. e *passim*; FELGENTRAEGER, *F. C. von Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre*, 1927; ZWILGMAYER, *Die Rechtsl. Savignys*, 1929; THIEME, *Zwischen Naturrecht und Positivismus*, DJZ, VI (1936), pp. 154 ss.; ID., *Der junge Savigny*, DtRwiss, VII (1942), pp. 53 ss.; CONRAD, ZSS, GA, LXV (1947), pp. 261 ss.; KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., pp. 453 ss.; WESENBERG, ZSS, RA, LXVII (1950), pp. 459 ss.; ID., ZSS, RA, LXIX (1952), pp. 439 ss. e soprattutto ID., *Privatrechtsgeschichte* cit., pp. 148 ss.; WIEACKER, *Vom röm. Recht*¹, Stuttgart 1945, pp. 267 ss.; ID., ZSS, RA, LXXII (1955), pp. 1 ss. (ora in *Gründer u. Bewahrer*, cit., pp. 107-161); ID., *Savigny und die Brüder Grimm*, ZSS, GA, LXXII (1955), pp. 232 ss. (ora in *Gründer u. Bewahrer*, cit., pp. 144-161); SCHAFFSTEIN, *Savigny und W. von Humboldt*, ZSS, GA, LXXII (1955), pp. 154 ss.; D. STRAUCH, *Recht, Gesetz und Staat bei F. C. von Savigny*, 1960, su cui WIEACKER, ZSS, RA, LXXVIII (1961), pp. 517 ss.; WILHELM, *Metodologia*, pp. 17-72; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 5-16; GAGNÉR, *Stud. z. Ideengesch.*, cit., 15-51; BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule*, cit. Della letteratura per il centenario del 1961 vedi in particolare: THIEME, ZSS, GA, LXXX (1962), pp. 1 ss. (con ulteriore letteratura p. 2 nt. 7); CONRAD, *Juristenjahr.*, II (1961/62), pp. 1 ss.; DICKEL, *F. C. von Savigny z. Gedächtnis*, *JurRd*, 1961, pp. 481 s.; FISCHLI *Basler Jur. Mitt.*, 1962, pp. 1 ss.; GIBERT, *Papeles Universitarios del Colegio Mayor Ysabel la Católica*, Granada 1963, pp. 89 ss.; GMÜR, *Savigny und die Entwicklung der Rechtswissenschaft*, 1962; SCHULER, *Jac. Grimm und Savigny*, ZSS, GA, LXXX (1962), pp. 198-305, specie 212 ss.; KUNKEL, *JZ*, XVII (1962), pp. 457-463; F. SCHWARZ, *AcP*, CLXI (1962), pp. 481 ss.; per gli apprezzamenti degli stranieri al « Rechtshistorikertag » di Magonza nel 1962 (BOYÉ, CALASSO, KUTTNER) cfr. ZSS, RA, LXXXI (1963), pp. 531 ss. Da ultimo approfonditamente MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano 1965. Per le lettere di Savigny (oltre alle più importanti ricordate più sopra, p. 23 nt. 48) vedi Erik WOLF, *Rechtsdenker*, cit., p. 537 (pubblicazioni di Felgentraeger, Kantorowicz, Oechsli, Pfälf, Strauch u. Vahlen).

Gunda Brentano, la sorella di Clemens e di Bettina. Nel 1808 si trasferì presso l'Università bavarese di Landshut e nel 1810 fu chiamato a Berlino per collaborare alla fondazione della nuova Università, di cui divenne poi rettore nel periodo tempestoso 1812/1813. Da questo momento in poi il suo scritto programmatico e la creazione della *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* lo pongono, anche materialmente, alla guida della Scuola storica del diritto. Negli anni Venti una fastidiosa « affezione al capo » lo costringe a forme di vita e di lavoro più appartate favorendo in lui il crescente sviluppo di una religiosità interiorizzata di stampo quietistico: ciò non gli impedì tuttavia di continuare la sua opera presso l'Accademia delle Scienze di Berlino e al servizio della Corona di Prussia. Partecipe già dal 1819 dei lavori di revisione della legislazione prussiana (principalmente dell'ALR), più tardi Maestro del Principe ereditario Friedrich Wilhelm (IV), nel 1829 fu chiamato a far parte del Consiglio di Stato prussiano ⁽¹⁹⁾ e nel 1842, previo abbandono della cattedra berlinese, gli fu affidata la direzione di quel Ministero della Legislazione che era stato appositamente creato per la revisione (con spirito restaurativo) dell'*Allgemeines Landrecht*. Per l'avversità dei tempi e per l'orientamento conservatore del suo titolare, l'Ufficio diede esteriormente soltanto scarso frutto; e tuttavia va ascritta a suo merito duraturo la preparazione della legislazione sulla cambiale e del futuro diritto commerciale e delle obbligazioni ⁽²⁰⁾. Nel 1848, ormai vecchio ed estraneo allo spirito dei tempi, si ritirò dalla vita pubblica; e tuttavia il suo influsso sulla Corona e sulla Burocrazia continuò a farsi sentire in misura notevole nel rinnovato clima di restaurazione dopo il 1850. Savigny morì nel 1861 al massimo della fama acquisitasi in Germania e in Europa. Le tre più importanti riviste storico-giuridiche tedesche portano ancor oggi il nome della Fondazione Savigny, creata in sua memoria.

a) Nell'economia spirituale della nazione tedesca spetta a Savigny un posto, il cui adeguato apprezzamento renderebbe necessario andare al di là dei limiti di questa esposizione. Per l'equilibrio delle sue doti spirituali ed estetiche egli è divenuto, non solo un classico della dottrina giuridica, ma anche un principe della scienza del suo tempo e un Maestro di eleganza linguistica.

⁽¹⁹⁾ Sulla sua attività in questa funzione, molto istruttivo H. SCHNEIDER, *Der preuss. Staatsrat 1817-1918*, 1952, pp. 99-109, 143 ss., 150 ss., 176 ss., 194 ss. e *passim* (vedi indice).

⁽²⁰⁾ Per la posizione assunta da Savigny e per la sua opera in qualità di ministro vedi da ultimo SCHULER, ZSS, GA, LXXX (1963), pp. 293 ss.; ulteriori indicazioni *op. loc. cit.*, nt. 399.

Egli è uno dei pochi giuristi di tutti i tempi che sia entrato a far parte della comune coscienza culturale; i suoi lavori appartengono al novero delle poche opere giuridiche che possano essere considerate patrimonio della letteratura nazionale. La sua appartenenza alla élite sociale e culturale del vecchio *Reich* ne fece ben presto un riorganizzatore di Università ed Accademie (sulla cui composizione personale cercò sempre di avere — ed ottenne — un continuo, per lo più positivo, controllo) ⁽²¹⁾ e, dalla sua chiamata a Berlino, l'amico della Casa Regnante e così uno degli uomini più influenti sulla politica del diritto e della cultura nel periodo della Restaurazione prussiana. Il suo orientamento fu moderatamente conservatore e generalmente caratterizzato, anche in senso materiale, dall'interesse al mantenimento del già esistente ⁽²²⁾; atteggiamento che, come non di rado accade, si

⁽²¹⁾ THIEME, *DtRwiss*, VII (1942), p. 55; cfr. WIEACKER, *Gründer u. Bewahrer*, cit., pp. 119 s.; *adde* pp. 156 s.

⁽²²⁾ Cfr. WIEACKER, *Gründer u. Bewahrer*, cit., pp. 120 s., pp. 146 s., p. 149 (per i rapporti con Jacob Grimm dopo l'allontanamento di questi da Göttingen vedi *infra*, p. 88). Caratteristica la posizione di Savigny sulla questione della riforma del diritto matrimoniale prussiano negli anni Quaranta (si vedano le istruttive lettere riportate in LIERMANN-SCHOEPS, *Materialien z. preuss. Ehereform im Vormärz*, rist. Gött. AkWiss. 1961, n° 14, pp. 490 ss.). In quella occasione Savigny si abbandona nei confronti dei fratelli Gerlach a concezioni quasi teocratiche; rispetto alla posizione estremista di quelli, al loro despotismo, ai loro intrighi, dimostra tuttavia moderazione e senso giuridico. Ben diverso era stato invece il suo atteggiamento precedente se i fratelli Gerlach possono lamentare il costituzionalismo, addirittura (anche se forse con scherzosa esagerazione) il « giacobinismo » del Savigny dei primi anni berlinesi (cfr. ora SCHOEPS, *Aus d. Jahren preuss. Not u. Erneuerung. Tagebücher und Briefe der Brüder Gerlach u. ihres Kraises*, 1963). L'ammonimento di Gönners (*Ueber Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft*, 1815) contro i pericoli rivoluzionari della teoria del « Volksgeist » non fu altro che una pura e semplice, anche se ben meditata, denuncia politica: cfr. WIEACKER, *Gründer u. Bewahrer*, cit., p. 110; Erik WOLF, *Rechtsdenker*, cit., pp. 505, 507. Gli interpreti liberali del Savigny sono stati indotti dal desiderio di avere Savigny dalla parte dei propri ideali borghesi di libertà, di progresso, di Nazione, ad apportare ripetutamente ritocchi inconspicui che qua e là ancora fanno sentire i loro effetti. Più coerentemente la critica « da sinistra », da Karl MARX (*Das philos. Manifest d. hist. Rechtsschule*, Krit. Gesamtausgabe d. Engels-Instituts Moskau, I, 1, pp. 251 s.; cfr. WIEACKER, *GuB*, cit., p. 109 e specialmente WILHELM, *Metodologia*, cit., p. 39) ed Heinrich HEINE (« modo di vedere fatale, fatalistico »: *Verschiedene Geschichtsauffassungen*, *Sämtl. Werke*

irrigidì con l'età e con l'impressione della minaccia da parte di nuove forze. Certo tutto ciò non rimase privo di significato anche per la sua posizione scientifica; tuttavia nei limiti di una storia del diritto privato non potremo interessarci più da vicino che di quel settore della sua opera più specificamente dedicato al rinnovamento della scienza del diritto.

Anche per la comprensione di questo aspetto particolare comunque saranno necessari, ove se ne vogliano veramente cogliere i tratti fondamentali, alcuni chiarimenti preliminari ⁽²³⁾.

aa) Gli scritti programmatici del Savigny, più che indagini storico-filosofiche, rappresentano veri e propri manifesti di politica del diritto e della cultura. Essi hanno di mira quel rinnovamento culturale e nazionale, in senso politico, della scienza del Diritto comune, che Savigny si era prefisso come scopo fin dagli inizi ⁽²⁴⁾ ed a cui poi si è mantenuto ininterrottamente fedele nonostante lunghe pause nell'attività scientifica. È tenendo conto di questo scopo quindi che l'intero programma deve essere interpretato. La « trattazione storica » dell'ordinamento giuridico vigente rappresenta per Savigny, come documenta già ai tempi di Marburg il suo corso giovanile sul metodo, la integrazione empirico-positiva della « trattazione filosofica », cioè giusteoretica in senso sistematico. Soltanto la combinazione di questi due metodi è in grado di conferire a quella che in questo periodo Savigny sintomaticamente chiama ancora « scienza della legislazione » il suo carattere di scienza ⁽²⁵⁾. È questa per noi l'unica interpreta-

[Elster ³], VII, p. 295; cfr. WILHELM, *Metodologia*, cit., p. 39 nt. 86; alle pp. 38 ss. vedi anche le critiche anteriori: Thibaut, Hegel, Stahl) fino a Kantorowicz e al giovane Radbruch, ha reinterpretato i caratteri conservatori e tradizionalisti della personalità di Savigny come elementi reazionari e quietistici. Cfr. anche *supra*, p. 30 nt. 64 e *infra*, pp. 175 s.

⁽²³⁾ Su ciò che segue vedi WESENBERG, *Privatrechtsgesch.*, cit., pp. 149 ss.; WIEACKER, *GuB*, cit., pp. 123-143 (diverso in più punti rispetto all'edizione precedente pp. 233-238).

⁽²⁴⁾ WIEACKER, *GuB*, cit., pp. 117 s.; sul suo proposito — attuato poi in modo sorprendente — di divenire un riformatore, un « Kant della scienza giuridica », vedi *cod.*, nt. 12.

⁽²⁵⁾ Per una più approfondita motivazione vedi WIEACKER, *GuB*, cit., pp. 136 ss.; cfr. *supra*, pp. 34 s.

zione che si trovi in soddisfacente accordo con le unanimi prese di posizione dei più significativi pensatori del tempo in merito al problema della fondazione scientifica della Giurisprudenza ⁽²⁶⁾, né vi sono sintomi che contraddicano una tale funzione della storia all'interno dell'opera del Savigny.

bb) E tuttavia la concezione che ha Savigny del gioco dei fattori storici è già diversa dall'idea che ne abbiamo noi. Il diritto gli appare (così come ad altri pensatori del suo tempo) come parte dell'intera cultura, e la storia del diritto dunque come storia della cultura. In questo egli è seguace della filosofia della storia di Herder, secondo cui i popoli niente altro sarebbero che gli esecutori materiali di un piano divino mirante ad una piena attuazione dell'elemento umano. Cultura è però intesa dal Savigny (a differenza dalle nostre concezioni odierne, per le quali essa non rappresenta che una delle funzioni della società) ⁽²⁷⁾ come tradizione spirituale, addirittura, cosa per noi del tutto sorprendente, come tradizione letteraria, « *Litterärgeschichte* »; nel caso particolare della storia del diritto romano nel Medioevo, quasi come la storia dei manoscritti e dei libri che hanno tramandato fino a noi le testimonianze e le opinioni dottrinali sulle fonti giuridiche romane ⁽²⁸⁾. Chi non tiene conto di questo, rischia di fraintendere il *Volksgeist* di Savigny come dato biologico o come realtà sociale, anziché come tradizione culturale, e quindi di riscontrare presunte incongruenze nel suo programma ⁽²⁹⁾.

cc) Per discendenza e per posizione sociale Savigny fu uomo politico; il suo impegno per il rinnovamento della scienza del diritto fu pertanto inteso anche come atto di politica del diritto. Non è dunque possibile comprendere appieno i suoi propositi senza conoscere il suo orientamento di fondo nel travaglio delle aspirazioni politiche del suo tempo. Una tale comprensione è resa

⁽²⁶⁾ Più precise informazioni *supra*, p. 4 nt. 2; p. 34 nt. 76.

⁽²⁷⁾ Sui problemi che da questa visione nascevano per i rapporti della Scuola storica con la società del XIX secolo, cfr. ora BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule*, cit. (nt. 17 i.f.) ed *infra*, pp. 81 s.

⁽²⁸⁾ WIEACKER, *GuB*, cit., pp. 129 s.; p. 139 sul sintomatico carteggio con Jacob Grimm a proposito della trasmissione orale o scritta delle Pandette.

⁽²⁹⁾ Cfr. *infra*, pp. 69 s. Il malinteso è presente anche in WIEACKER, *Vom röm. Recht*¹, cit., pp. 268 s. (cfr. anche ed. precedente p. 236).

tuttavia più difficile dalla circostanza che parlando di Savigny è necessario tener conto, se non di una frattura nella sua personalità, almeno di una linea di forte tensione intellettuale: sebbene infatti dal momento della sua maturità spirituale fin nelle grandi opere dogmatiche dell'età avanzata egli si sia sempre orientato alla teoria giuridica ed all'etica della libertà di Kant, le sue più intime convinzioni politiche e religiose lo hanno portato in pratica a sostenere la causa dei diritti storici della Corona, della Chiesa, delle corporazioni e dei ceti privilegiati⁽³⁰⁾. Va certo più a merito che a biasimo di Savigny l'essere stato in grado di reggere ad una tale tensione. I suoi conflitti spirituali con i contemporanei e la maggior parte delle dispute, specie in tema di codificazione, sono comunque comprensibili appieno soltanto ove si tengano presenti queste scelte politiche preliminari.

ad) Per la interpretazione della sua opera è inoltre significativo che quasi tutti i lavori fondamentali siano stati concepiti in età sbalorditivamente precoce⁽³¹⁾. In particolare i problemi della storia del diritto romano in età medioevale così come la elaborazione sistematica del diritto romano attuale sono stati presi di mira già durante il terzo decennio di vita e da allora mai più abbandonati. E a questa saldezza nei programmi di lavoro corrisponde una perseverante fedeltà alle posizioni intellettuali e metodologiche precocemente assunte. Entrambi questi elementi inducono a prediligere nel caso di Savigny — più di quanto non si farebbe in sede di studio di altre personalità più spontanee — quelle interpretazioni del suo pensiero che si lascino inquadrare senza contraddizioni nel contesto generale dell'opera⁽³²⁾.

b) Cercheremo d'ora in avanti di seguire questa norma per l'interpretazione dei suoi lavori fondamentali.

⁽³⁰⁾ Cfr. nt. 21.

⁽³¹⁾ WIEACKER, *GwB*, cit., pp. 117 s.; cfr. pp. 123 s.

⁽³²⁾ Così già WIEACKER, *GwB*, cit., pp. 123-126; esattamente anche il LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 5 ss. Le osservazioni di THIEME (ZSS, GA, LXXX [1963], pp. 20 s. e nt. 55: «Se noi giudichiamo dal volume del suono, è certo che il colpo di timpano produce una sensazione più forte di qualunque, e per quanto bello, assolo di violino») non sono all'altezza del compito di una interpretazione distaccata.

aa) Inediti e dunque senza eco nella letteratura rimasero durante la vita di Savigny i suoi corsi di lezione, tra gli altri il primo, particolarmente importante, corso sul metodo tenuto a Marburg; e tuttavia proprio le lezioni sono quelle che con maggiore incidenza hanno influito sul suo uditorio accademico, e quindi su intere generazioni. Nella *Metodologia giuridica* (Savigny ha appena ventitrè anni) è già presente, come abbiamo osservato ⁽³³⁾, la maggior parte dei motivi di fondo dell'intera opera: la concezione kantiana del diritto e la conseguente idea della sua autonomia (del suo *selbstständiges Daseyn*); il programma di una trattazione filosofica e di una trattazione storica della scienza giuridica; i principi della teoria dell'interpretazione. Soltanto la teoria della connessione del diritto con la cultura nella sua totalità e, con la sua storia non è ancora più che accennata. Se l'esposizione ha nel complesso il carattere di uno schizzo, questo non è dovuto al fatto che gli appunti dello studente Jacob Grimm siano riusciti a rendere soltanto insufficientemente il tenore della lezione parlata, bensì alla circostanza che molta parte del pensiero di Savigny non era ancora giunta a definitiva maturazione.

bb) Un'opera magistrale è invece già, a ventiquattro anni, il primo dei grandi lavori: il *Diritto del possesso* (1803). Esso deve la sua fama duratura, e del tutto meritata, non tanto al suo oggetto ⁽³⁴⁾ o alla particolare impostazione dogmatica quanto alla sua forma espositiva che, in un tema complicato e con evidenti caratteri di esemplarità, realizzava in maniera classica, al di là di ogni ricerca antiquaria elegante o astrazione giusnaturalista, l'ideale della nuova scienza giuridica, riuscendo a mettere in luce l'unità organica e senza contraddizioni di un particolare istituto. Non più dunque esegesi nello stile del *Usus modernus* e nemmeno — tutto sommato — indagine storico-giuridica su fonti antiche, quanto piuttosto autentica creazione

⁽³³⁾ Cfr. *supra*, pp. 36 s. e nt. 79; sul punto vedi ora LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 12 ss.

⁽³⁴⁾ Cioè la interpretazione delle fonti romane sulla base del principio, ricavato da una selezione sistematica ed accurata delle fonti stesse, della volontà di possedere. Il principio sembra trovarsi in stretta connessione con l'altro, tratto dalla filosofia kantiana, dell'autonoma volontà della persona come fonte di rapporti giuridici (cfr. KIEFNER, *Der Einfluß Kants*, cit., p. 352, nt. 12, i.f.). E inoltre «le costruzioni medioevali vengono mostrate non solo nella loro contrarietà alle fonti ma anche nella loro erroneità ... Si veniva così delineando un carattere puristico del metodo che doveva poi rivelarsi di notevole importanza» (WESENBERG, p. 151). Ottimo anche LAURIA, *Possessiones*, I², Napoli 1957, pp. 3 ss.

ideale ⁽³⁵⁾, addirittura artistica, incentrata sul principio costruttivo unitario della volontà di possedere, e « condotta », quasi come un tema musicale, con raffinatezza ermeneutica e con il senso dell'equilibrio caratteristico del Savigny. L'ideale di una scienza del diritto civile al tempo stesso storica e « filosofica », cioè diretta alla scoperta dei principi insiti nel materiale storico, sembrò ai contemporanei prender corpo qui in maniera classicamente esemplare. La rapida ed ampia risonanza del libro ⁽³⁶⁾ mostra chiaramente come esso venisse subito inteso, in conformità con gli scopi propostisi dall'autore, quale modello della nuova dogmatica giuridica esprimendosi dall'ideale scientifico del tempo divenendo così il prototipo della classica monografia dogmatica della Pandettistica tedesca.

cc) A partire dal 1815 comincia ad apparire la *Storia del diritto romano nel Medioevo* ⁽³⁷⁾. Le linee generali dell'opera — cui andò durevolmente la predilezione del Savigny — risalivano tuttavia ai primissimi inizi della sua attività scientifica ⁽³⁸⁾. Anche questo lavoro appare legato in un unico necessario contesto alle convinzioni metodologiche del Savigny. Esso pone le basi per una mediazione tra l'antico diritto romano e l'attuale

⁽³⁵⁾ LANDSBERG, III.2, p. 194; coglie nel segno anche Erik WOLF, *Rechtsdenker*, cit., pp. 485 s.

⁽³⁶⁾ È impossibile ormai rendere la straordinaria impressione prodotta da un'opera di cui il lettore odierno, a parte il raffinato linguaggio scientifico e la trasparente eleganza, non è in grado di elogiare altro che il metodo resogli familiare da così numerose monografie dogmatiche. E questo proprio perché il libro ha posto le basi di quella che è ormai divenuta la nostra dogmatica e dunque qualcosa di consueto. Bisogna inoltre considerare che lo stesso libro « non avrebbe suscitato lo stesso scalpore se non fosse cresciuto sullo sfondo della ipertrofica e contraddittoria letteratura » (dell'*Usus modernus*): WESENBERG, p. 118.

⁽³⁷⁾ Voll. I-VII¹, Heidelberg 1815/31; 2^a ed., 1834/51; rist. Darmstadt 1956; tr. ingl.: CATHCART, *History of Roman Law during the Middle Ages*, Edinburgh 1829 (incompleta); tr. francese: GUENOUX, *Histoire du droit romain au moyen age*, voll. I-IV, Paris 1839 (incompleta); tr. it.: BOLLATI, *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, voll. I-III, Torino 1854/57.

⁽³⁸⁾ WIEACKER, *GuB*, cit., pp. 117 s.; p. 123. La ingente raccolta di materiali dalle biblioteche della Germania meridionale e in Parigi (a partire dal 1804) presuppone già l'esistenza di un progetto dell'opera.

attraverso la storia dei suoi successivi sviluppi in Europa e rende possibile in tal modo la « trattazione storica » ed ermeneutica dello stesso materiale giuridico vigente. In effetti il tema reca già l'impronta della concezione di fondo del Savigny in merito alla unità della cultura giuridica europea ed alla tradizione come intermediazione spirituale di carattere letterario tra presente e passato. È questo che dà ai primi quattro volumi quel *pathos*, quella elevatezza di tono, che è dato riscontrare fino alle pagine della trattazione dell'età dei Glossatori; dopo di che i volumi successivi tendono piuttosto a disperdersi in notizie biografiche e storico-letterarie. Come nessun'altra, quest'opera è indicativa sia della grandezza sia dei limiti del Savigny. La sua coscienza della continuità, il suo amore appassionato per i manoscritti, i libri, gli autori, la sua sensibilità infine per i problemi delle Università europee e dell'insegnamento in esse impartito danno ampio respiro alla raffigurazione di tutte quelle epoche in cui formazione culturale, dottrina e tradizione documentale svolgono un ruolo determinante; i problemi elementari della storia, e quindi anche della storia giuridica, non entrano invece nell'angolo visuale della sua prospettiva oppure divengono oggetto di una annotazione, ma sempre quasi con una sorta di timore di fronte alla nebulosità diffusa di forze spiritualmente informi⁽³⁹⁾. È indicativa la circostanza che Savigny, che pure sa tratteggiare quadri così freschi e pieni di vita dell'ambiente universitario medioevale, non sia poi in grado di aprirsi il varco verso una forma di storiografia volta a cogliere la immediatezza della vita giuridica. E tuttavia, anche se non come storia di situazioni e di avvenimenti storico-giuridici vitali, bensì come storia della formazione culturale giuridica e dell'insegnamento, l'opera è rimasta fino alle soglie del presente, quale prima sistemazione e trattazione critica della tradizione, il fondamento di tutta la ricerca medievistica successiva⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ Cfr. sul punto già *supra*, p. 26 nt. 54. Sulla caratteristica rinuncia alla storia dei dogmi (da cui pure si sarebbe detto, data la natura dell'opera, non potersi prescindere) degno di nota WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 30 s.

⁽⁴⁰⁾ Sull'opera collettiva internazionale « *Ius Romanum Medii Aevi* » (IRMAE), che dovrebbe rappresentare la successione odierna all'opera di Savigny, vedi

dd) Le prese di posizione programmatiche del Savigny, manifestazioni di pensiero d'importanza fondamentale in una disputa che in Germania valse a condizionare la legislazione per quasi un secolo, vanno annoverate tra i documenti più significativi della storia del diritto privato tedesco. Non si tratta di scritti d'occasione ma di veri e propri manifesti ⁽⁴¹⁾, come è dimostrato in generale dal loro accordo con le convinzioni più durature del Savigny e documentato in particolare dalle lettere del 13-4-1810 al Bang e del 4-7-1814 all'editore Zimmer di Heidelberg ⁽⁴²⁾ che mostrano con chiarezza come i pensieri fondamentali del «Beruf» fossero stati concepiti originariamente per servire da introduzione alla *Storia del diritto romano nel Medioevo* ⁽⁴³⁾. Essi svolgono dunque nel piano di rinnovamento savigniano un ruolo ben determinato: quello cioè di motivare il compito della scienza del diritto vigente sulla base del carattere di dato storico indisponibile dell'oggetto di sua competenza. In questo contesto vanno anche valutate le proporzioni degli scritti programmatici nell'economia dell'opera intera — senza lasciarsi fuorviare da quelle che ne possano poi essere state le ripercussioni pubbliche sulla politica del diritto successiva.

supra, I, p. 12 nt. 18; p. 76 nt. 68. Indicativa per la crescita, nel frattempo verificatosi, dei materiali e dei problemi connessi va ritenuta la circostanza che l'idea originaria di procedere ad una rielaborazione del lavoro di Savigny ha dovuto essere abbandonata e sostituita con il progetto attuale.

⁽⁴¹⁾ WIEACKER, *GuB*, p. 124. Ha torto THIEME, *ZSS, GA, LXXX* (1963), p. 21 nt. 55.

⁽⁴²⁾ Quest'ultima in HENNIG, *ZSS, GA, LVI* (1936), pp. 394 ss. Secondo il Savigny «per poter scrivere la storia del diritto romano nel Medioevo è necessaria una preliminare esposizione delle proprie vedute in merito alla nostra scienza»; questa sarebbe dovuta apparire (l'appello del Thibaut non era stato ancora pubblicato) «in uno scritto a parte»; sul punto vedi WIEACKER, *ZSS, RA, LXXII* (1955), p. 18 nt. 91 e ora SCHULER, *ZSS, GA, LXXX* (1963), p. 236 nt. 172.

⁽⁴³⁾ Un presentimento, importante dal punto di vista metodologico, se ne ha già nella recensione del Savigny al manuale di storia del diritto romano di Hugo (1808: ora in F. C. von SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, V, rist. Aalen 1968, pp. 1 ss.). Completano il quadro le notizie di THIEME, *ZSS, GA, LXXX* (1963), p. 20 nt. 54 sul raffronto tra gli appunti del corso di Istituzioni tenuto da Savigny a Berlino nell'estate 1814 (bibl. universitaria di Greifswald, M 3809) e gli appunti dello stesso corso stesi nel 1838.

La *Rivista per una scienza storica del diritto* (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*), fondata nel 1814 dal Savigny in collaborazione con l'Eichhorn, prospettava già nel suo titolo una ben meditata soluzione accennando non ad una storia del diritto bensì ad una scienza del diritto (capace di concepire sé stessa in maniera) storica. Secondo il saggio di *p r e s e n t a z i o n e* della rivista ⁽⁴⁴⁾, due scuole si fronteggerebbero da sempre: la storica e la « astorica » ⁽⁴⁵⁾. Quest'ultima vorrebbe considerare il diritto esclusivamente come « un portato arbitrario della propria capacità e del proprio discernimento »; la prima muoverebbe invece dalla convinzione che non esiste « alcun aspetto della essenza umana totalmente distinto e separato ». Il diritto sarebbe piuttosto inevitabilmente connesso con un legame di ineluttabile necessità ai suoi presupposti storici; la « materia » del diritto attuale sarebbe dunque un prodotto di tutto l'arco del passato di una nazione e quindi individuabile e perpetuabile soltanto attraverso una attività scientifica storicamente orientata. Da queste formulazioni chiare e coerenti traspare una concezione del diritto come componente inscindibile della cultura considerata come qualcosa di unitario e che non può intendersi se non in senso storico. A questa teoria si sarebbe certo potuto obiettare che anche il libero agire dei contemporanei, come storia *f u t u r a*, possiede la stessa necessarietà e la stessa legittimazione storica dell'azione trascorsa dei nostri predecessori ⁽⁴⁶⁾: ma ad una tale

⁽⁴⁴⁾ F. C. von SAVIGNY, *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, Zgeschrw, I (1815). pp. 1-17, ora in *Vermischte Schriften*, cit., I, pp. 106 ss.; vedi anche a pp. 373 ss, dello stesso numero della rivista (= *Verm. Schr.*, cit., p. 115 ss.) la replica al pamphlet del Gönners « *Über Gesetzgebung und Wissenschaft in unserer Zeit* » (1815); cfr. anche sempre del SAVIGNY, *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, Zgeschrw, III (1817), pp. 1 ss.

⁽⁴⁵⁾ Lo stesso raffronto e le stesse denominazioni ritornano anche nel corso di Istituzioni del 1814 (*supra*, nt. 43). Contro la discriminazione (forse nemmeno cosciente) che ne risulta nei confronti dell'opinione contraria si è già schierato nel 1839 il THIBAUT, *Über die sogenannte historische und nicht historische Rechtsschule*, AcP, XXI (1839), pp. 418 ss.

⁽⁴⁶⁾ Questa critica costituisce il motivo di fondo immaginabile di ogni polemica politicamente e socialmente impegnata da Thibaut a Kantorowicz (cfr. nt. 48). Anche Karl Marx (nt. 21) ironizza affermando che Savigny pretende « che il battelliere navighi non sulla corrente del fiume bensì nella poca acqua

obiezione avrebbe fatto ostacolo la metafisica storica derivata dal pensiero di Herder e l'idea di evoluzione in esso insita. Tutto ciò non significa necessariamente che sia venuta meno ogni connessione tra il pensiero di Savigny ed il problema centrale del Giusnaturalismo, cioè la costante ricerca di un diritto assolutamente valido. La storia viene infatti da lui pur sempre concepita non come espressione di una dinamica di vita irrazionale e meccanicamente determinata bensì come relazione spirituale tra passato e presente sostenuta dalla tradizione; o in altri termini, per usare un concetto oggi molto consueto, come storia degli sviluppi subiti dalla ragione e dalla libertà umana.

dd) Un'affermazione ancora più esplicita di questi principi è contenuta nel celebre scritto polemico del 1814 *Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)*, uno dei contributi più belli della prosa giuridica al patrimonio letterario della lingua tedesca. Il lavoro ha assunto, in questa versione monografica, la forma di una replica al saggio del Thibant, apparso nello stesso anno, *Sulla necessità di un comune codice civile per la Germania*, e tuttavia, come abbiamo visto, le linee fondamentali del pensiero in esso espresso non sono da ricondurre a questo spunto occasionale ⁽⁴⁷⁾.

della sorgente». Le formulazioni cautelative del Savigny non valgono a risolvere soddisfacentemente questo rapporto dialettico tra libertà e storicità dell'azione umana: «L'influsso preponderante del materiale già dato non è eliminabile in alcun modo; esso ci sarà nocivo fino a che lo accetteremo inconsciamente, ne trarremo invece frutto se saremo capaci di opporgli una viva forza creatrice, di vincerlo tramite la conoscenza storica e di impadronirci così di tutta la ricchezza delle generazioni passate» (*Beruf*, cit., p. 113; cfr. inoltre *ZgeschRw*, I (1815), pp. 3 s.). È tuttavia possibile una migliore comprensione del suo pensiero se si riflette che per Savigny la storia non è semplice passato bensì l'ordinamento giuridico presente nel suo divenire storico. Esso fornisce la materia prima che è poi compito della scienza del diritto plasmare ad unità organica (cfr. p. 569 nt. 77). Sul rapporto dei singoli con il «*Volksgeist*» vedi le osservazioni critiche di Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig/Wien 1929, pp. 159 s.; dopo di lui SCHULER, *ZSS*, GA, LXXX (1963), che sembra tener fermo alla concezione non proprio felice di una «ipostatizzazione» del *Volksgeist*.

(47) Per una comoda ristampa di entrambi i lavori, insieme con altre impor-

Anche il giurista e musicologo A. E. Thibaut (1772-1840) appartiene al periodo di massimo splendore spirituale della Germania, e non soltanto per la sua amicizia con Schiller e Goethe. Nato a Berlino, fu professore a Jena a partire dal 1802; dal 1806 ininterrottamente ad Heidelberg, ebbe pari importanza come rappresentante sia del tardo Giusnaturalismo laico che della vecchia scienza del Diritto comune ⁽⁴⁸⁾.

Lo scritto del Thibaut rappresenta la manifestazione di un vivo senso civico liberale. Alla vigilia della restaurazione politica in Germania lo studioso si faceva paladino di una comune codificazione tedesca sul modello dell'*Allgemeines Landrecht* prussiano, dell'ABGB austriaco ed ancor più del *Code civil*. Da un codice siffatto egli si riprometteva una crescita unitaria del Paese diviso tra le varie dinastie, una garanzia contro i presunti (certo non a torto) « attacchi della reazione » ⁽⁴⁹⁾ e soprattutto la ele-

tanti prese di posizione di contemporanei, vedi la ed. per il giubileo a cura di J. STERN, *Thibaut u. Savigny*, cit. (p. 551 nt. 38) a cui ci riferiremo nelle citazioni future. Politicamente vicino a Thibaut, PFEIFFER, un giurista liberale moderato dell'Assia, nelle sue *Ideen zu einer neuen Civilgesetzgebung für Teutsche Staaten*, Göttingen 1815, elaborò un progetto concreto di codice civile generale tedesco; prevenutamente contrario il SAVIGNY, *ZgeschRw*, III (1817), pp. 22 ss.

⁽⁴⁸⁾ LANDSBERG, III.2, pp. 69-88 s. e *passim* (indice); WOHLHAUPTER, *Dichterjuristen*, I, 1952, pp. 120 ss.

⁽⁴⁹⁾ Sullo sfondo politico della controversia si esprime ora convincentemente WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 25 ss. e spec. p. 25 nt. 30: Thibaut avrebbe avuto di mira tramite la codificazione « una riforma del sistema sociale; chiara è l'impronta politica e rivoluzionaria del suo scritto laddove parla di 'voce popolare', 'felicità dei cittadini', 'vincolo di gratitudine dei governanti' (nei confronti del popolo) ». Nella sua prima replica a Savigny (Heidelberg. Jb. d. Litt. 1814, p. 177 e p. 183; ora in: STERN, *Thibaut und Savigny*, cit., pp. 174 ss.) Thibaut gli rinfaccia già « paura della rivoluzione » e « tendenze pietistiche ». Illuminante sul pensiero di Thibaut in questo periodo la notizia dal diario di Sulpice Boissierées in data 20-9-1815 (in Fr. v. BIEDERMANN, *Goethes Gespräche* ², 1907/11, n. 1714): « Thibaut ammette di avere avuto torto nella difesa di Görres [nel precedente luglio 1814]. Goethe gli replica: Sì, insegnatemi pure a conoscere il mondo. Nel momento in cui ha cominciato ad accendersi l'entusiasmo io ho fatto propria la maledizione del vescovo Arnulphus contro tutte le chiacchiere politiche tedesche lavandomene così le mani ecc. ». Thibaut e Goethe nel 1814 erano dunque venuti a diverbio; e Thibaut aveva preso le difese del patriota Görres contro Goethe, le cui idee in questo periodo ci sono ben note dal celebre colloquio con il Luden. Anche gli scritti del FEUERBACH nascono dalla stessa situazione politica (*Einige Worte über historische Rechtsgelehrsamkeit und ein-*

vazione del diritto, da morta tradizione dotta a vitale patrimonio politico dell'intera nazione. Con queste sue pretese Thibaut precorse però un così lontano futuro di integrazione nazionale democratica che il corso delle cose sembrò sulle prime dargli torto. Il Congresso di Vienna infatti e la Restaurazione in Europa sbarbarono alla Germania il cammino verso la costituzione di una nazione libera e unita; sarà soltanto il movimento del 1848 a riprendere il programma di Thibaut — e, come i fatti dimostrarono, ancora troppo prematuramente. Quando infine esso poté essere realizzato nell'Impero bismarckiano, l'avvio di nuovi processi sociali aveva ormai fatto perdere un'altra volta la grande occasione della integrazione per mezzo di un codice nazionale.

Nel *Beruf* Savigny obietta senza mezzi termini al Thibaut che tutte le codificazioni sono « non organiche » e dunque o dannose o superflue; in maniera « organica » infatti il diritto può svilupparsi soltanto dalla convinzione popolare, cioè attraverso la consuetudine, la scienza e la prassi. « Popolo » viene inteso pertanto qui come concetto culturale e paradossalmente sembra quasi identificarsi in ultima analisi con i giudici e gli studiosi di diritto di un Paese. Un tale modo di vedere è tuttavia del tutto coerente. La Scuola storica del diritto aveva infatti di mira il rinnovamento della scienza giuridica e la rivalutazione del suo ruolo nella vita pubblica a spese della codificazione statale: a questo fine non avrebbe certo avuto senso richiamarsi alla silenziosa vitalità e creatività del *Volksgeist*.

heimische teutsche Gesetzgebung, 1816, prefazione ad un lavoro di Nepomuk Borst sull'onere della prova; più tardi in *Kl. Schriften*, pp. 133 ss.; ora in STERN, *Thibaut u. Savigny*, cit., pp. 195 ss.; cfr. RADBRUCH, *Feuerbach*², 1957, p. 131). Feuerbach si pronuncia qui contro la frattura tra teoria e prassi e contro il rifiuto dell'*Usus modernus* in nome del programma storico. L'occasione era in effetti fornita proprio dall'atteggiamento di Savigny, timoroso delle conseguenze della Rivoluzione francese anche per quanto riguardava gli interessi patrimoniali concreti della propria classe (WIEACKER, *GuB*, cit., p. 119). In Thibaut, verso la fine, questi malumori hanno trovato nuovo alimento nella esperienza della Restaurazione e dei nuovi sforzi democratici nazionali (sull'emergere contemporaneo di Beseler e Reyscher vedi *infra*, pp. 91 ss.); egli strepita ormai in maniera drastica contro « il misticismo e la bigotteria », contro « l'atteggiamento sposato ed ipocrita » della Scuola storica (AcP, XXI [1839], p. 391; p. 408). Che Thibaut non si comportasse in tal modo senza motivo dimostra il secco rifiuto opposto da una mente chiara e tutt'altro che liberale come Puchta al totalitarismo teocratico di L. von Gerlach (in LIERMANN-SCHOEPS, *Materialien*, cit.; cfr. nt. 21).

Il rinnovamento della scienza del diritto e dell'educazione giuridica infatti non può essere visto come un momento di una fase precosciente, quasi in incubazione, dell'Essere, bensì rappresenta un genuino atto di volontà politica. Per poter presentare tuttavia questo atto politico, il cui fine ultimo avrebbe dovuto essere la monopolizzazione della scienza giuridica, come un passo necessario sul cammino della evoluzione contemporanea del diritto, Savigny cerca e trova nella figura del giurista il rappresentante esclusivo della coscienza giuridica popolare. La produzione giuridica infatti, che alle origini, sia pure intervenendo sacerdoti e giudici laici, può essere considerata una prerogativa del popolo intero, a poco a poco più tardi sarebbe divenuta competenza esclusiva di un ceto di giuristi dotti ⁽⁵⁰⁾.

A questo proposito il Savigny rinvia in particolare allo splendore della giurisprudenza romana (praticamente svincolata dalla legge) e per contrasto, con giudizio tuttavia chiaramente affrettato, alle carenze dei codici giusnaturalistici, tra i quali, circostanza questa molto indicativa per le sue convinzioni politiche, pone pur sempre al punto più basso della scala il rivoluzionario Code civil e all'apice l'ALR, perdurante espressione della tradizionale divisione in ceti ⁽⁵¹⁾. Indice di un dissenso generalizzato è invece la profonda avversione del Savigny per l'utilitarismo illuministico, che lo accomuna a quanti dettero la loro opera per una riforma dell'Università sulla base delle idee della filosofia idealista, dunque a Beyme, a Schelling, a Wilhelm von Humboldt ⁽⁵²⁾. A ciò si aggiunge in lui la diffidenza, tipica della sua

⁽⁵⁰⁾ Ciò emerge ancora più chiaramente, certo sotto l'influsso del *Gewohnheitsrecht* di Puchta, dalle varianti al programma introdotto nella prefazione al primo volume del *Sistema* (1839), p. x; cfr. XIV; p. XXVII (su cui da ultimo THIEME, ZSS, GA, LXXX (1963), pp. 15 s.). Nel corso di Istituzioni del 1838 (*supra*, nt. 43) Savigny fa coincidere «l'attività del legislatore con quella del giurista»; questi infatti dovrà «riconoscere il cosiddetto diritto consuetudinario, metterlo in luce e mantenerlo vivo» (la citazione si trova in THIEME, ZSS, GA, LXXX (1963), p. 20 nt. 54).

⁽⁵¹⁾ Da questa scala valutativa era facile agli avversari di Savigny desumere, e con buon fondamento, le tendenze restaurative dell'autore. Sull'atteggiamento della Scuola storica nei confronti del Code civil vedi CONRAD, *Deutschland-Frankreich*, 1943, pp. 54 ss.; sul diverso, più pacato giudizio espresso da Savigny dopo avere acquisito una migliore conoscenza del codice francese cfr. THIEME, ZSS, GA, LXXX (1963), p. 15.

⁽⁵²⁾ Sul punto SCHELSKY, *Einsamkeit und Freiheit*, Hamburg 1963, pp. 44 ss., 74 ss., 79 ss.

classe, verso il processo di disfacimento della vecchia organizzazione sociale in ceti, messo in moto da quel concetto borghese di ugualianza che l'Illuminismo aveva gestito come spinta rivoluzionaria (dall'alto o dal basso).

La concezione culturale di «popolo» risulta con chiarezza ancora maggiore dalle seguenti formulazioni del Savigny. La vita giuridica è per lui una «componente individualizzata dell'intera vita di un popolo» che scaturisce tacitamente e necessariamente dalla sua esperienza allo stesso modo che la lingua. Non è possibile quindi imporre ad un popolo un diritto «naturale» o «razionale», come invece pretenderebbe la «illimitata presunzione» e la «oscura brama di cultura» (*scil.* del legislatore giusnaturalista) ⁽⁵³⁾. Una simile stoccata può essere letta come attacco a Thibaut soltanto se si intenda per «popolo» non «comunità di cittadini liberi» bensì «tradizione culturale». Solo muovendo da questo presupposto era possibile a Savigny ignorare che anche in qualità di manifestazione spontanea di volontà politica, come *plebiscite de tous les jours* (Renan), il diritto può soddisfare pienamente le condizioni che ne permettono la identificazione come prodotto del *Volkgeist*. Popolo dunque non è affatto per Savigny la realtà politica e sociale della nazione storicamente intesa, bensì un concetto culturale ideale: la collettività unita da una comune formazione spirituale e culturale ⁽⁵⁴⁾. Anche questa posizione diviene pienamente comprensibile soltanto alla luce della filosofia della storia di Herder, secondo la quale la storia di un popolo non rappresenta nient'altro che un elemento di mediazione nel piano pedagogico divino per la realizzazione dell'umanità. È innegabile tuttavia che in tal modo Savigny abbia messo a tacere ogni anelito politico della moderna nazione verso il proprio rinnovamento sociale.

Sempre questo concetto di popolo, inoltre, rende possibile a Savigny quella conversione al diritto romano in apparenza così

⁽⁵³⁾ In questo accenno alla «oscurità» del legislatore sedicente colto («illuminato») si cela ovviamente una tagliente ironia.

⁽⁵⁴⁾ In modo analogo la Linguistica romantica trascura volentieri il contributo dato alla creazione di una lingua da eminenti personalità o da istituzioni culturali nazionali (come l'Accademia Francese), così come le mutazioni linguistiche determinate dalle trasformazioni sociali.

sorprendente e tanto spesso tacciata di incoerenza ⁽⁵⁵⁾. Il suo modo di procedere si rivela infatti del tutto coerente se solo si tien conto che, concependo « popolo » culturalmente, il diritto romano diventa per lui in pratica un elemento essenziale della vita giuridica tedesca intesa come processo di formazione culturale.

È questo ad es. il motivo per cui Savigny ammette (p. 118) lo studio del diritto nazionale come pure delle recenti codificazioni (del diritto romano): anch'esse appartengono infatti, al pari dello stesso Corpus Juris, alla storia del diritto tedesco. Senza senso sono invece per lui le continue querele contro la recezione del diritto romano: « essa non si sarebbe mai verificata senza una intrinseca necessità ». Proprio attraverso la « recezione organica (!) del diritto romano si è potuto mantenere il sano (!) andamento parallelo di cultura e diritto: e infatti l'intera cultura dei popoli moderni è restata internazionale ». Si può ben capire che i suoi avversari non si lasciassero convincere da espressioni apodittiche come « con intrinseca necessità », « recezione organica », « sano andamento parallelo », la cui chiave andava ricercata in una filosofia della storia di impronta idealistica da essi niente affatto condivisa. Di fronte, poi, all'appello della coscienza culturale umanistica di Savigny alle caratteristiche unitarie della storia della formazione giuridica europea, il richiamo altrove presente alla coscienza popolare (necessariamente nazionale e addirittura particolaristica) deve aver suonato alle loro orecchie come professione di fede meramente formale all'idea nazionale romantica delle guerre di liberazione: atteggiamento questo che i più indulgenti vollero valutare come illusione e i più impietosi — tuttavia a torto — come ingannevole tattica. La verità è che Savigny (come Goethe) nel conflitto tra aspirazioni nazionali e tradizione europea fece la scelta che gli dettava il senso di responsabilità nei confronti dell'intero corso della cultura europea ⁽⁵⁶⁾.

Dopo quanto ora detto ci si attenderebbe di sentire Savigny caldeggiare soprattutto lo studio del diritto romano nella tradizione medioevale e nell'*Usus modernus* tedesco. Ed in effetti alle fonti di questo periodo si era volto tutto l'amore del giovane Savigny, che si era andato accaparrando un notevole materiale

⁽⁵⁵⁾ Così ancora l'edizione precedente di questo volume (pp. 235 s.; p. 241) ed ora di nuovo THIEME, ZSS, GA, LXXX (1963), pp. 8 ss., il quale coerentemente disapprova l'autocritica dell'autore (*Gründer u. Bewahrer*, cit., pp. 107 ss.; cfr. anche *Evanion Maridakis*, 1963, p. 339 s.).

⁽⁵⁶⁾ Coglie nel segno KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., pp. 445 s.

librario ed aveva instancabilmente setacciato le biblioteche europee alla ricerca di manoscritti ⁽⁵⁷⁾. Eppure ciò non ostante Savigny propugna adesso lo studio del diritto romano alle sue « radici » ⁽⁵⁸⁾, cioè delle fonti giustinianee (p. 119). Il cammino in questa direzione era stato già spianato avanzando la pretesa, in sé coerente e del tutto giustificata, « di isolare tutti gli elementi culturali della scienza storica per giungere in questo modo a padroneggiarla »: se tradizione è infatti storia degli influssi esercitati da un dato fenomeno, essa racchiude in sé tutti i gradini successivi dello sviluppo. Ma tuttavia se la dottrina storico-giuridica di Savigny (e dei suoi allievi) preferisce porre decisamente l'accento non sul diritto dei Commentatori, così come lo si era recepito in Germania, oppure sullo stesso *Usus modernus* (come ci si sarebbe attesi in una esposizione storica del diritto attuale) ⁽⁵⁹⁾, bensì sull'antico diritto romano, evidentemente deve essere qui entrato in gioco un impulso d'altra natura. Il fatto è, che soltanto nel diritto romano il Savigny, con il suo umanesimo ed il suo sensibile istinto per la forma spirituale classica, ravvisava l'ideale di una concezione giuridica « scientifica »; ed egli non si sentiva disposto a sacrificare questi suoi valori estetici, ed ancor meno la possibilità di una utilizzazione dell'opera dei grandi giureconsulti romani per la formazione del giurista moderno, al concetto organico di evoluzione. E d'altronde le sue più intime aspirazioni possono essere capite soltanto movendo da un ideale di cultura pedagogicamente orientato.

Sulla contraddizione in cui cade in tal modo con il proprio concetto di tradizione Savigny cerca evidentemente di scivolar via rifugiandosi in un linguaggio chiesastico, il cui senso si lascia difficilmente dischiudere: « La storia svolge in epoche come la nostra ⁽⁵⁹⁾ ancora

⁽⁵⁷⁾ WIEACKER, *GuB*, cit., pp. 129 s.

⁽⁵⁸⁾ Non del tutto ingiustificati erano dunque i rimproveri mossi al purismo antiquario del Savigny non solo dai germanisti socialdemocratici ma anche dallo STAHL, *Philos. d. R. nach geschichtl. Ansicht*, I, 1830, p. 1X, e dal KIERULFF, *Theorie d. gem. Civilr.*, I, 1839, p. XLX. Con piglio ancora più deciso il Thibaut parlava nello stesso periodo (AcP, XXI [1839], p. 419) di atteggiamento « rigido, antiquario », tale da allontanare dai problemi del presente (cfr. WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 33 s.).

⁽⁵⁹⁾ In queste parole si nasconde forse una testimonianza indicativa della

un'altra e più santa (!) funzione. Soltanto per suo tramite infatti può rimanere vivo il contatto con le condizioni originarie di un popolo, e la perdita di questo contatto è destinata a privare il popolo della parte migliore della sua vita spirituale».

Noi riteniamo comunque che sia possibile interpretare il programma di Savigny muovendo passo per passo proprio dalle sue premesse. E tuttavia come molti plaidoyers, al tempo stesso accesi e logicamente fondati, anch'esso non è privo di forzature o di vere e proprie ambiguità. Così ad es. non avrebbe forse dovuto riconoscere Savigny che la sua concezione del diritto sostenuta da ragioni europee ed umanistiche nulla aveva in comune con quello spirito popolare e nazionale cui egli allora, subito dopo le guerre di liberazione, così efficacemente si era richiamato ma che ciò non ostante in verità sembra piuttosto aver temuto? E nondimeno non saremmo più oggi propensi a credere ad un suo consapevole tentativo di manipolazione dell'ambiente culturale contemporaneo per soddisfare la propria « sete di potere in campo politico-scientifico », messo in opera « servendosi di una tendenza attuale » con l'intento « di imporsi contro di essa »⁽⁶⁰⁾, bensì propenderemmo più a pensare ad una manifestazione della tensione vitale tra volontà e conoscenza, a cui nessuna argomentazione veramente impegnata può sottrarsi. Al Savigny è stato possibile risolvere questo conflitto soltanto grazie all'unità della sua forza spirituale. Il suo modo di sentire ed il suo programma sono il prodotto di uno stesso crogiuolo: conati entrambi dal tradizionalismo, dall'umanesimo europeo e dalla volontà di cultura che ne caratterizzavano la personalità ed a cui faceva riscontro la tensione per il rinnovamento della scienza giuridica e per il suo trionfo su una legislazione « ascientifica » o addirittura demagogica.

Il traguardo prefissosi dal Savigny era chiaro e coerente. Suo intento non era cercare di stabilire il predominio della storia giuridica sulla vita, bensì rinnovare la scienza del diritto attra-

preoccupazione di Savigny per le violente scosse causate dalla Rivoluzione francese e dalla sollevazione tedesca del 1813 da quella provocata ed animata.

(60) Così ancora l'ed. precedente di questa opera, p. 237.

verso il superamento della ostilità per la tradizione e delle astrazioni acritiche, e dunque « filosofiche », del tardo Giusnaturalismo laico ⁽⁶¹⁾. Tutti gli elementi del programma che fossero inconciliabili con questo compito di politica culturale vennero rifiutati o emarginati come innocue mitologie scientifiche. In effetti i concetti romantici di evoluzione e di popolo potevano essere presi in seria considerazione soltanto per un rinnovamento della Giurisprudenza che indirizzasse i giovani sia verso la ricerca contemplativa che verso attività creative ed applicative del diritto, cioè verso compiti di diretta incidenza sulla vita pubblica. Una scienza giuridica concretamente operante non poteva limitarsi, se voleva restare all'altezza dei tempi, ad essere una storia del diritto semplicemente esplicativa ma doveva piuttosto porsi in modo dinamico, come azione sgorgante dalla stessa storicità.

Diversamente pertanto da quel che allora stava succedendo con il movimento di rinnovamento delle scienze della Storia e dell'Antichità, che cercava di formare la gioventù attingendo direttamente al passato, antico o recente, nella Scuola storica del diritto lo Storicismo non riuscì ad affermarsi fino alle sue ultime conseguenze. La diversità degli intenti appare in tutto il suo peso se solo si considera la grandiosa unità di metodo e di concezione storica che permea il capolavoro storico-linguistico di Wilhelm von Humboldt, la *Introduzione alla grammatica della lingua Kawi*, o la *Istorica* di Droysen.

Dietro la polemica Thibaut/Savigny si fronteggiavano in realtà due scelte di fondo personali: cultura aristocratica e politica democratica, tradizione europea e nascente sentimento nazionale, scienza e prassi operante. Si tratta delle stesse posizioni che ritornano anche in Goethe e Schiller (giovane), ad es. nella loro valutazione della Rivoluzione francese e della moderna idea di nazione ⁽⁶²⁾: da una parte il conservatore che recepisce e riflette e dall'altra il moralista rivoluzionario, là l'allievo di Plotino e Spinoza, qui il seguace di Rousseau e di Kant. Savigny, radicato come Goethe nell'Europa del XVIII secolo, guardava ai grandi sommovimenti europei dopo il 1789 con lo stesso animo di chi

⁽⁶¹⁾ Esatto il WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 28 s.: perfino per Savigny la storia si trova al servizio del presente.

⁽⁶²⁾ Cfr. VON SRBIK, *Geist und Gesch.*, cit. (p. 350 nt. 5), pp. 146 ss., 152 ss.

senta tremare il terreno sotto i piedi ⁽⁶³⁾; nessuno dei due ormai poteva essere più compreso da coloro che nei nuovi tempi si trovavano a approfondire la loro azione e a sperare. Sicuramente questa scelta personale ha preservato la Germania, con vantaggio forse per la sua scienza giuridica, da quel fenomeno di frammentazione che ha invece colpito gli altri ordinamenti giuridici europei a seguito della nascita dei nuovi Stati nazionali e che, dopo il tardo Assolutismo e la Rivoluzione francese, era ormai diventato inevitabile; ma essa ha pure contribuito a ritardare di mezzo secolo l'integrazione politica e giuridica della nazione tedesca. Poiché però all'interno di ogni cultura vitale entrambi gli atteggiamenti di fondo dell'esistenza umana hanno sempre in egual misura diritto d'asilo, la storia del XIX secolo ha dato ragione sia a Thibaut che a Savigny, a ciascuno nella parte migliore del suo pensiero: a Thibaut nella sua affermazione dell'esigenza di un codice comune quale garanzia di libertà e di unità nazionale ⁽⁶⁴⁾; a Savigny nella sua previsione che soltanto attraverso un rinnovamento della scienza del diritto, cioè attraverso la costituzione di una cultura scientifica, la Germania potesse un giorno divenire matura per un tale codice.

Per finire rimane da chiedersi quanto peso avessero effettivamente fortuna e decoro della tradizione culturale rispetto al più urgente compito di provvedere alla integrazione del diritto nella nascente società del XIX secolo. È una circostanza che certamente dà da pensare, quella che quasi tutti i pensatori, che si siano davvero impegnati nelle scelte fondamentali del XIX secolo, si siano pronunciati su tutti questi problemi contro Savigny: da Thibaut, e da altri patrioti della Liberazione, fino a Karl Marx; dal movimento nazionaldemocratico dopo il 1830, attraverso Otto von Gierke, fino ai critici della Pandettistica, da qua-

⁽⁶³⁾ Sulla presa di posizione di Goethe per il Nettunismo geologico contro il Plutonismo come segno caratteristico di questa atmosfera culturale (così già LANDSBERG, III.2, p. 243) vedi WIEACKER, *Gründer, u. Bewahrer*, cit., p. 128; sulla avversione anche contro rivolgimenti di carattere intellettuale cfr. *supra*, p. 27 nt. 55.

⁽⁶⁴⁾ Il LANDSBERG, III.2, p. 79 s., che vive l'esperienza dell'unificazione giuridica nazionale del 1900, riconosce al Thibaut il successo storicamente più duraturo.

lunque posizione — naturalista, sociale o socialista — essi movessero. E difficilmente il nostro secolo potrà esprimere un diverso giudizio.

ee) Che Savigny in realtà non avesse mai abbandonato il suo programma, inteso nel senso che abbiamo ora esposto, si vide chiaramente allorché, dopo lungo silenzio, cominciò ad apparire, dal 1839 in poi, il *Sistema del diritto romano attuale*. Quest'opera della tarda maturità, rimasta incompiuta ⁽⁶⁵⁾, ha esercitato una profonda influenza sulla generazione successiva e non soltanto per la classica armonia della lingua e dell'esposizione. Già l'introduzione dimostrava apertamente che Savigny continuava a tener fermo all'obiettivo, preannunciato sin dal corso giovanile sul metodo e in verità mai abbandonato nemmeno negli scritti programmatici, di una scienza del diritto che fosse la risultante di una « trattazione » sistematica (« filosofica » nel corso sul metodo) e « storica » cioè ermeneutico-esegetica. Una tale scienza del diritto non può essere né soltanto astrattamente speculativa né soltanto storico-antiquaria ⁽⁶⁶⁾. Se essa ha da essere una « scienza della legislazione » logica ed ermeneutica al tempo stesso, presupposto della sua struttura logica dovrà essere un sistema contingente; e presupposto della sua ermeneutica la conoscenza della « storia dei suoi influssi », cioè di tutta l'antica tradizione europea relativa alle fonti romane. È questa la concezione che traspare già dal titolo « Sistema del diritto romano attuale », parola per parola.

Savigny tenne dunque fede fino in fondo al suo programma storico. Ma in fase di realizzazione del *Sistema* non seppe dare attuazione coerente alle sue vedute ⁽⁶⁷⁾. Certo egli riuscì a liberarsi, mediante una rigorosa stilizzazione sistematica, dalle oscu-

⁽⁶⁵⁾ Il Savigny si arresta alla dottrina generale della teoria civilistica; una importante integrazione è rappresentata dal tardo *Obligationenrecht*, I e II, Berlin 1851-53.

⁽⁶⁶⁾ Prefazione al primo volume, p. XIII, con espressa riserva contro un tipo di ricerca puramente antiquaria.

⁽⁶⁷⁾ Il LANDSBERG, III.2, p. 231 parla a questo proposito di « rottura liberatrice delle catene del programma »: con riferimento però alla costanza e alla coerenza con cui Savigny ha saputo mantenere fin dagli anni giovanili la sua concezione di una scienza del diritto storico-filosofica, non sembra avere, almeno in questa forma, ragione.

rità della tradizione, ma disgraziatamente si allontanò anche da quella esegesi orientata alla prassi che era una delle caratteristiche salienti dell'*Usus modernus*; perfino le fonti romane vengono selezionate intenzionalmente secondo il loro posto e il loro ruolo nel sistema. In realtà tutta l'opera è concepita, con magnifica trasparenza, in vista della costruzione di una teoria generale del diritto ⁽⁶⁸⁾ che si sostituisca al Giusnaturalismo e sia capace al tempo stesso di costituire una « filosofia del diritto positivo » ⁽⁶⁹⁾. Fondamento di una tale filosofia rimane la dottrina kantiana del diritto: la « essenza autonoma » del diritto, che deve rendere possibile senza costrizioni l'estrinsecazione del senso morale proprio dell'individuo ⁽⁷⁰⁾; il diritto soggettivo come sfera di libertà in grado di coesistere con la libertà di ogni altro; negozio giuridico e volontà negoziale come espressioni dell'autonoma personalità umana ⁽⁷¹⁾. Rimaneva il problema di come integrare concretamente e coerentemente in questa dottrina assiomatica del diritto il materiale giuridico positivo a disposizione. A Savigny è ancora ignota la rigorosa « piramide concettuale » di Puchta, in cui anche l'ultima proposizione normativa del sistema si lascia ricavare dal vertice della struttura assiomatica attraverso l'intermediazione di concetti definitivi. Il suo strumento operativo per la costituzione di un nesso logico che abbracci l'intero ordinamento giuridico è piuttosto l'« istituto » o (e una rigorosa distinzione dal primo non

⁽⁶⁸⁾ La forte prevalenza di una teoria giuridica assiomatica si lascia ricondurre già (e lo si può provare concretamente) all'influsso di Puchta.

⁽⁶⁹⁾ Sull'affinità con la formula di Hugo « Il diritto romano [cioè l'odierno diritto comune] è il nostro diritto naturale » esattamente THIEME, ZSS, GA, LXXX (1963), p. 17.

⁽⁷⁰⁾ *Sistema*, cit., I, p. 335 ss. e *passim*; cfr. WIEACKER, *GuB*, cit., pp. 134 s.; COING, *Kant u. d. Rechtswiss.*, Frankfurter Universitätsreden, XII (1955), p. 38. L'apparente contraddizione di questa posizione con la celebre affermazione del programma che il diritto non abbia « alcuna essenza propria » ma che rappresenti soltanto la stessa « vita dell'Uomo » vista da una particolare prospettiva (*Beruf*, cit., p. 30; su cui Erik WOLF, *Rechtsdenker*, cit., p. 486), non deve trarre in inganno: nel programma infatti Savigny si riferisce all'inevitabile condizionamento storico del materiale della scienza giuridica, mentre qui, seguendo Kant, egli tratta del rapporto tra l'idea formale e regolativa del diritto e il senso morale.

⁽⁷¹⁾ Sul punto vedi ora FLUME, *Allg. Teil*, cit. (p. 576 nt. 98).

è facile) il « rapporto giuridico ». L'unità formale de'll'ordinamento giuridico non viene quindi realizzata immediatamente attraverso le proposizioni normative bensì mediatamente attraverso « rapporti giuridici organici »; l'ordinamento giuridico non è tanto quindi ordinamento normativo quanto ordinamento istituzionale ⁽⁷²⁾.

Il concetto evanescente di istituto giuridico crea all'interprete odierno alcuni problemi. Chiaro è soltanto come esso sia scaturito dalla esigenza savigniana di una concezione armonica e totale di ordinamento giuridico. La sua compatibilità con il modo kantiano di intendere il diritto soggettivo e l'autonomia delle parti necessiterebbe invece di ulteriore approfondimento ⁽⁷³⁾. Contraddizioni si manifestano inoltre anche a proposito della relazione tra rapporti giuridici e istituti da un lato e realtà sociale sottostante dall'altro: entrambe le figure sembrano infatti essere concepite ora come « archetipi naturali » di rapporti umani fondamentali, ora invece come la loro tipizzazione giuridica astratta ora infine come strumenti logici operativi per una complessa costruzione sistematica induttiva. Questo irrisolto rapporto con la realtà viene appena velato esteriormente attraverso la generale raffigurazione di un « contesto organico »; e tutto sommato il problema viene lasciato aperto. L'interpretazione odierna crede di riconoscere che quelle figure non sono state concepite dal Savigny come idee o tipi della realtà sociale ma come generalizzazioni giuridiche. Il loro « carattere organico » si riferisce, non alla realtà contingente ed ordinata dei fenomeni sociali, bensì ad un postulato teorico-giuridico: al carattere complesso e creativo del pensare per con-

(72) ZWILGMEYER, *Die Rechtslehre Savignys*, 1929, pp. 13 ss.; più dettagliatamente WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 48 es.; PAWLOWSKI, *Gedanken zur Methode der Gesetzesauslegung*, in: AcP, CLX (1961), pp. 216 ss.; sul rapporto tra istituti giuridici e realtà sociale vedi ora BÖCKENFÖRDE, *Die hist. Rechtsschule*, cit. (nt. 17), pp. 20 s.; cfr. anche *supra*, pp. 47 s.

(73) Di questo avviso già il COING, *Gründzüge der Rechtsphilosophie*, 1950, pp. 273 s. ed ora soprattutto WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 48, 52 ss., 71; sulla mancanza di mediazione tra idea e concetto vedi particolarmente LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 10 s.; cfr. anche URBASCHEK, *Empirische Rechtswissenschaft und Naturrecht*, Meisenheim 1966, pp. 18 ss. (con riferimento alle dottrine giuridiche del Maurenbrecher). In Puchta interverrà poi la decisione per la « ipostatizzazione logica » (WILHELM, *Metodologia*, cit., p. 92).

cetti nella scienza del diritto. Ciò starebbe ad indicare il limite ultimo posto sia allo sforzo di composizione ad unità spirituale del materiale giuridico concreto, sia alla stessa concezione savigniana della storicità e conseguentemente al rapporto tra scienza « storica » del diritto e realtà sociale sottostante.

3. P u c h t a .

A fronte di queste incertezze si può affermare che il vero trionfo del rigoroso formalismo concettuale della Pandettistica sia stato indotto soltanto dall'allievo del Savigny e suo successore alla guida della Scuola: Puchta.

Georg Friedrich Puchta ⁽⁷⁴⁾, nato nel 1798 da un noto magistrato di Ansbach, subì già nel ginnasio di Norimberga (1811-1816) l'influsso personale di Hegel, ciò che si farà avvertire durevolmente nonostante la sua più tarda avversione per i giuristi allievi di Hegel. La sua rapida e brillante carriera accademica, che attraverso Monaco (1828), Marburg (1835) e Lipsia (1837) già nel 1842 lo conduce alla cattedra di Savigny (resasi vacante per la nomina di questi a Ministro), verrà bruscamente e precocemente interrotta dalla morte nel 1846.

Sebbene non all'altezza del suo Maestro Savigny per livello intellettuale e per forza creativa, gli fu però superiore per capacità sistematrice e concettualizzante al punto di esercitare sul metodo della Civilistica già negli anni Trenta un influsso maggiore di quello dello stesso Savigny.

a) Nel *Diritto consuetudinario* (vol. 1, 1828; vol. 2, 1837) Puchta percorre coerentemente fino in fondo il cammino, ormai inevitabile per la Pandettistica, dal *Volksgeist* al monopolio del diritto da parte dei giuristi. Riallacciandosi al *Beruf* di Savigny e portandolo alle estreme conseguenze, il Puchta, con lo stru-

(74) LANDSBERG, III.2, pp. 439-461 e *passim*; SCHÖNFELD, *Puchta und Hegel*, in: Fetschr. Binder, 1930, pp. 1-69; ID., *Grundlegung*, cit., pp. 444 ss. e *passim*; BEYERLE, DtRwiss., IV (1939), pp. 13 ss.; WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 77 ss.; HOLLERBACH, *Der Rechtsgedanke bei Schelling*, 1957, pp. 323 ss.; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 11 ss.; URBASCHEK, *Empirische Rechtswiss.*, cit., pp. 24 ss.; cfr. anche F. v. HIPPEL, *Zur gesetzmäß. jurist. Systembildung*, 1930, pp. 36 ss.

mento della dialettica storica hegeliana ⁽⁷⁶⁾, divide la vita dei popoli in tre fasi successive identificate come « il periodo dell'innocenza » (1), il periodo del « pluralismo » (cioè dell'empiria pratica) ed infine il periodo della « scientificità » in cui il molteplice si comporrebbe a « più elevata unità ». Alla produzione del diritto sarebbe ormai chiamato in quest'ultima fase, che è quella attuale, soltanto il giurista provvisto di una formazione scientifica, a cui Puchta attribuisce, come « organo » del popolo, un monopolio sulla teoria e sulla prassi giuridica. Il popolo non rappresenta per lui altro che « quello stadio a cui suole arrestarsi l'intelletto comune ed incolto ⁽⁷⁶⁾, per il quale l'invisibile è anche inesistente ». In tal modo andava però perduta quella sensibilità per l'aspetto reale del popolo e della società che aveva caratterizzato il Romanticismo attraverso tutte le sue svariate vicende spirituali e che proprio ora con Friedrich List e con Riehl cominciava a riempirsi di chiari contenuti politici e sociali. Era quindi da attendersi che una simile provocazione fornisse quanto prima l'esca ad accanite reazioni da parte del movimento nazionaldemocratico.

Sarebbe tuttavia un errore classificare sbrigativamente quella formula come una irrealistica manifestazione di dotta arroganza. In realtà Puchta è uomo del suo tempo, fortemente radicato al pensiero del XIX secolo. Nemmeno il Savigny si è mai posto, con altrettanto chiara consapevolezza sociale e politica, il problema di chi siano realmente i promotori della produzione del diritto nella società contemporanea. La dottrina delle fonti elaborata dal Puchta trova la propria collocazione specifica nella più generale concezione di un sistema scientifico razionale: essa assolve il doppio compito di impegnare l'operatore scientifico del

⁽⁷⁶⁾ Sulla posizione di Puchta rispetto ad Hegel vedi in particolare SCHÖNFELD (nt. precedente); su Puchta e Schelling: HOLLERBACH, *Rechtsged.*, cit., p. 321 (nessuna influenza specifica).

⁽⁷⁶⁾ Nell'uso corrente dell'epoca queste parole non avevano il senso altezoso di oggi; esse non vogliono significare niente altro che « l'opinione comune, non sostenuta da una speciale preparazione teorica ». È vero tuttavia che nello stesso contesto Puchta parla di « vedute estremamente superficiali e triviali » (cfr. SCHULER, *ZSS, GA, LXXX* (1963), p. 225 nt. 122).

diritto in una missione creativa di derivazione di nuove regole dalle concettualizzazioni giuridiche e al tempo stesso di elevare a dignità di fonte il prodotto di questa attività scientifica (77).

b) Era questo un presupposto necessario del suo metodo scientifico. Puchta è infatti il fondatore della classica giurisprudenza dei concetti del secolo XIX. Le sue *Pandette* e il suo *Corso di Istituzioni* hanno convertito questa eredità giusrazionalista nel più autentico principio metodologico della Pandettistica ed hanno avuto effetti più duraturi e più rapidi dello stesso « Sistema » del Savigny, che anzi ne ha subito palesemente l'influsso (78). L'abbandono in pratica dei « rapporti giuridici organici » e degli « istituti » di Savigny (79), ha permesso a Puchta la costruzione della sua piramide concettuale, cioè di una scala dei concetti a partire dagli assiomi e giù giù senza interruzioni, rendendo possibile per la prima volta una rigorosa deduzione delle varie massime e decisioni giuridiche. È il Puchta stesso a parlare di una « genealogia dei concetti »: il giurista deve poter « seguire » in entrambi i sensi il flusso di ciascun concetto attraverso i singoli anelli intermedi che hanno avuto parte al suo sviluppo, deve divenire cosciente della « origine » (!) di ciascun diritto soggettivo risalendo verso l'alto fino al concetto del diritto in

(77) Su quanto esposto qui di seguito particolarmente stimolante WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 81 ss. e LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 117 ss.; PORZIO, *Formalismo*, cit. (p. 32, nt. 68 in fondo) pp. 260 ss.

(78) È per questo motivo che Jhering potrà affermare con ironia sferzante (*Serio e faceto nella giurisprudenza*, tr. it. LAVAGGI, Firenze 1954, pp. 269 ss.) che il paradiso dei concetti è rimasto a lungo vuoto a vantaggio del paradiso dei giuristi. Fino a che non è arrivato Puchta portandosi appresso vere e proprie schiere di giuristi; Savigny tuttavia vi sarebbe stato ammesso soltanto a fatica e non senza una lunga opera di convinzione. La battuta di questo scherzo non proprio felice; essa si basa sulla precocità della morte di Puchta (di cui anche Jhering è stato allievo!), avvenuta nel 1846, rispetto a quella di Savigny (1861) e sulla non ingiustificata allusione alla circostanza che Puchta avesse fatto non solo di molti suoi allievi ma anche del suo maestro Savigny dei seguaci della Giurisprudenza dei concetti.

(79) Soltanto *pro forma* parla ancora qua e là, conformemente all'indirizzo della scuola, di « insieme organico » o di « organismo vivente »: WILHELM, *Metodologia*, cit., p. 82.

assoluto per poter poi ridiscendere da questo concetto su p r e m o ed « arrivare » di nuovo ai singoli diritti soggettivi ⁽⁸⁰⁾. La legittimità di ogni massima giuridica si fonda ora esclusivamente sulla sua precisione sistematica, sulla sua verità logica e razionalità; la produzione giuridica non è altro che « sviluppo per derivazione concettuale ». Con ciò si introduce quel procedimento, che il giovane Jhering prima esalterà come « giurisprudenza costruttiva » per poi deriderlo di lì a poco, e che la Giurisprudenza degli interessi riproverà come « metodo dell'inversione », in forza del quale è dal concetto che vengono dedotti i principi e le decisioni, anziché ricavare induttivamente sistema e concetti dalle norme giuridiche, dalle decisioni giurisprudenziali e dalle valutazioni sociali.

Contro tutte le apparenze, questo vincolo al metodo deduttivo non rischia di soffocare il giurista, ma anzi gli dà spazio per una costruzione speculativa o « produttiva » sottoposta soltanto al limite della « coerenza logica interna » ⁽⁸¹⁾. Puchta ascrive espressamente ad un tale procedimento la capacità di produrre diritto: attraverso di esso è possibile portare alla luce, come « frutto di deduzione scientifica », massime giuridiche nascoste nella coscienza giuridica nazionale che non siano riuscite a manifestarsi né nella convinzione popolare né nella legge ⁽⁸²⁾. L'entusiasmo del giovane Jhering ci testimonia ancor oggi del felice senso di padronanza che questa scoperta suscitò nei migliori ingegni del tempo. Diversamente che a Christian Wolff e ai suoi allievi, il cui procedimento deduttivo finì per tramutarsi in vuota speculazione, al Puchta, questa mente superiore, certo l'ingegno più acuto della Scuola storica, riuscì con il suo metodo di plasmare il diritto positivo del tempo nelle forme classiche di una scienza dogmatica,

⁽⁸⁰⁾ PUCHTA, *Cursus d. Inst.*, I, p. 101, su cui si veda: WILHELM, *Metodologia*, cit., p. 89; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 19 ss.; URBASCHEK, *Empirische Rechtswiss.*, cit., p. 25 (che però intende diversamente la « genealogia »).

⁽⁸¹⁾ Di cui costituisce evidentemente già un preavviso quella « tensione interna degli istituti », cioè la loro entelechia, cui accenna Savigny (WILHELM, *Metodologia*, cit., p. 57) e la opinione di questi che i giuristi romani abbiano concepito i loro concetti giuridici come « creature viventi ».

⁽⁸²⁾ PUCHTA, *Cursus d. Inst.*, I, 36, su cui LARENZ, *Storia del metodo*, cit., p. 19.

attuando in tal modo quel Formalismo scientifico verso il quale fin dall'inizio del secolo si erano indirizzati gli sforzi della scienza giuridica.

Per altro verso però questo formalismo rappresentò anche una scelta fatale per il futuro delle relazioni tra scienza del diritto e realtà sociale. Mentre infatti nel caso di Savigny poteva ancora considerarsi aperta la questione se gli istituti giuridici fossero concepiti o meno come manifestazioni o tipi ideali della vita associata, non può sussistere alcun dubbio che per Puchta i concetti giuridici debbano essere intesi come completamente svincolati dal loro substrato reale ed abbiano ormai soltanto una pura esistenza intellettuale. In tal modo si suggellava il distacco definitivo della scienza giuridica dalla realtà sociale, politica e morale del diritto e la vittoria ufficiale del formalismo come paradossale conseguenza di un movimento per il rinnovamento scientifico che aveva preso le mosse proprio come reazione al razionalismo formale del Giusnaturalismo laico ⁽⁸³⁾.

c) Dal seno di questo Formalismo scaturità d'ora in avanti, come necessaria reazione, l'opposta corrente del Naturalismo sociale. Quasi tutti i movimenti d'opposizione alla Scuola storica e al Positivismo giuridico negli ultimi 130 anni si lasciano ricondurre senza difficoltà alla protesta antiformalistica contro la rinuncia della scienza giuridica al contatto con la realtà sociale. Così l'opposizione nazionaldemocratica, da Reyscher e Georg Beseler fino a Kirchmann; quella individualistico-utilitaristica del secondo Jhering (più avanti pp. 151 ss.) e di Franz von Liszt fino alla Scuola del diritto libero e alla Giurisprudenza degli interessi; quello socialista, a partire dalla critica di Karl Marx alla Scuola storica fino al Socialismo cattedratico viennese e al più recente Marxismo. Forse soltanto Hegel e i suoi eredi più genuini, nella scienza giuridica soprattutto Lorenz von Stein e fino ad un certo punto Otto von Gierke, sfuggono a questa regola; a prezzo tuttavia della rinuncia, almeno da parte dei più di loro, di ogni efficace influsso sulla storia del proprio tempo.

⁽⁸³⁾ Vedi in particolare PORZIO (*supra*, nt. 68), pp. 254 ss.; pp. 309 ss.; cfr. *infra*, pp. 280 ss.

Di fronte a questi attacchi la difesa del Formalismo si è andata invece facendo sempre più debole. Né il Neokantismo o Rudolf Stammler, né la Dottrina pura del diritto o Gustav Radbruch sono più riusciti a ricondurre sotto lo stesso tetto il Formalismo del « dover essere » e il Naturalismo dell'« essere » sociale (pp. 347 ss.). Tutto fa credere che sia nostro destino vivere con questa frattura interiore, almeno fino a che, facendo ritorno ad una metafisica del diritto (restaurativa, rinnovata o nuova che essa voglia essere), non si abbandoni di nuovo l'idea di una scienza giuridica autonoma; e anche allora, chi ci può garantire che non venga sacrificato pure per questa via, come a suo tempo attraverso il Formalismo positivistico, il rapporto con la realtà sociale e dunque con la morale pratica?

D'altra parte non vogliamo qui disconoscere lo specifico *ethos* giuridico di una tale scelta. Si può infatti dimostrare che Puchta vide in questo Formalismo — e questo è già indicativo dell'ambiente prussiano prequarantottesco — la garanzia per l'affermazione della giustizia sia nei confronti della restaurazione reazionaria sia nei confronti della « sopravveniente rivoluzione ». In questo senso è particolarmente significativa la lettera con cui un *ultra* prussiano, Ludwig von Gerlach, mette in guardia con toni quasi minacciosi contro il caos a cui condurrebbe la completa inosservanza della autonomia del diritto conseguente alle manovre del proprio gruppo avverse alla costituzione ed orientate in senso teocratico ⁽⁸⁴⁾. L'accusa di disimpegno politico e sociale unanimemente pronunciata fino ad oggi dai critici naturalisti e socialisti del Formalismo giuridico ⁽⁸⁵⁾ sarebbe in ogni caso ingiustificata nei confronti dell'atteggiamento personale di Puchta.

II. La riconsiderazione del programma della Scuola storica conduce anche ad una nuova valutazione del rapporto della Germanistica con la Romanistica. Se lo scopo principale della Scuola fosse stato davvero la ricerca storico-giuridica, il quadro esteriore di perfetto accordo tra i due indirizzi gemelli tramandatoci dall'attaccamento di Jacob Grimm a Savigny e dalla loro comune opera di fondazione della *Zeitschrift für geschichtliche Rechts-*

⁽⁸⁴⁾ Edita in LIERMANN-SCHOEFS, *Materialien* (nt. 22); cfr. anche nt. 49 i.f.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. *infra*, pp. 151 ss. (Jhering); pp. 157, 180 (O. v. Gierke); pp. 150, 159 (Socialismo cattedratico).

wissenschaft ⁽⁸⁶⁾ sarebbe ancora inoffuscato. Siccome però in effetti la Romanistica aveva avanzato la pretesa di un totale rinnovamento culturale della scienza giuridica fondato sulla tradizione del diritto romano, il ruolo dei Germanisti si rivelò fin dagli inizi precario e difficile ⁽⁸⁷⁾. In questa situazione i suoi membri o si diedero a continuare le ricerche pragmatiche sulle strutture costituzionali e sulle fonti giuridiche cui aveva dato inizio la Scuola di Göttingen (come ad es. Eichhorn), o si dedicarono completamente, sulla scia della filologia tedesca, allo studio amorevole delle antichità giuridiche germaniche e tedesche (come Jacob Grimm), oppure si volsero ai settori generali e particolari del diritto privato trascurati dalla Pandettistica (come i commentatori dell'ALR o i fondatori della scienza commercialistica tedesca). Ogni qual volta comunque essi cercarono di avanzare pretese sulla totalità della vita giuridica del loro tempo, il conflitto con la Civiltà romanista si rivelò inevitabile. È questo ad es. l'aspro cammino che imboccarono i due giuristi di Kiel, Georg Beseler e molto più tardi Otto von Gierke.

I. Karl Friedrich Eichhorn ⁽⁸⁸⁾ (1781-1854) conseguì nel 1803 a Göttingen l'abilitazione all'insegnamento universitario e nel 1805 fu chiamato come professore a Francoforte sull'Oder. Trasferitosi a Berlino a seguito della soppressione di quella Università, fu costretto ben presto per motivi di salute ad abbandonare la cattedra (1829); da quel momento, salvo brevi interruzioni per un insegnamento berlinese e per l'esercizio dell'ufficio di giudice presso il Tribunale superiore di Berlino (a partire dal 1834) si dedicò completamente alla ricerca scientifica.

⁽⁸⁶⁾ Questo quadro è stato più tardi reso ancora più armonico attraverso la finzione della unità originaria di motivi e programmi della Scuola storica — con il che è divenuta completamente inspiegabile la frattura tra i due indirizzi.

⁽⁸⁷⁾ Su ciò che segue sempre fondamentale la conferenza berlinese di O. v. Gierke, *Die historische Rechtsschule der Germanisten*, 1903; cfr. inoltre THIEME, ZSS, GA, LXXX (1963), pp. 1 ss., specie pp. 7 s. e 16 s.; WIEACKER, *Evranion Maridakis*, pp. 343 ss.; Festschr. J. Klein, Göttingen 1967, pp. 183 ss.; EBEL, *Jacob Grimm u. d. dtsh. Rwiss.*, 1963.

⁽⁸⁸⁾ LANDSBERG, III, 2, pp. 262 ss.; HÜBNER, *K. F. Eichhorn u. seine Nachfolg.*; ID., Festschr. Brunner, 1910, pp. 807 ss.; JELUSIC, *Die hist. Methode K. F. v. Eichhorns*, Baden-Wien 1936.

Come coeditore della sezione germanistica della *Zeitschr. für gesch. Rechtswiss.* (dal 1814)⁽⁸⁹⁾ e come autore della *Storia del diritto e dello Stato tedesco* (1808), egli viene tradizionalmente annoverato tra i fondatori dell'indirizzo germanistico della Scuola storica del diritto. I meriti del suo libro vanno visti (come per la *Storia del diritto romano* di Hugo) nella presentazione sincronica di antichità giuridiche, fino ad allora prese in esame solo separatamente dalla dottrina, a formare vivaci ritratti di singole epoche, che richiamano le conchiuse rappresentazioni di Justus Möser; ed inoltre nella connessione tra storia del diritto privato e storia delle strutture costituzionali che d'ora in avanti e per lungo tempo rimarrà caratteristica tipica della Germanistica⁽⁹⁰⁾. Anche nella valutazione critica delle fonti Eichhorn si fa continuatore del Pragmatismo della Scuola di Göttingen — così come del resto nel complesso egli si pone più sulla scia dello Storicismo più antico che non della contemporanea filosofia romantica della storia. È pertanto la raffinatezza accademica delle onoranze ufficiali che traspare nelle parole con cui Savigny nel 1851 saluta il settantenne compagno di lotta dei tempi trascorsi: « Senza il lume di un predecessore lei ha aperto per primo la via allo studio del diritto tedesco infondendo nuova vita alla nostra scienza ».

Ciò nonostante proprio da questo indirizzo pragmatico scaturirà quel concetto così importante per la futura autocoscienza dei Germanisti che è « il diritto privato tedesco attuale ». Già nella *Storia del diritto e dello Stato tedesco* del 1808 i contemporanei avevano avuto modo di lodare particolarmente l'esposizione dello sviluppo dei singoli dogmi⁽⁹¹⁾. Nello scritto programmatico di Eichhorn del 1815 questo diritto privato tedesco viene caratterizzato, chiaramente sotto l'influsso del « sistema or-

(89) Vedi lì nel primo fascicolo (1815, pp. 124 ss.), fianco a fianco con Savigny, la sua introduzione programmatica « *Über das geschichtliche Studium des deutschen Rechts* ».

(90) Sul metodo di esposizione sincronico e sulle sue origini nella Scuola di Göttingen cfr. JBLUSIC, *Die hist. Methode*, cit., pp. 29 ss. e p. 53; THIERIE, *ZSS*, GA, LVII (1937), p. 699.

(91) LANDSBERG, p. 261.

ganico » della nuova scienza storica del diritto, come « la somma delle più alte regole da cui derivano i diritti privati tedeschi » (92). In tal modo si faceva ora oggetto di esposizione scientifica un complesso sovraterritoriale di diritto privato tedesco comune — nello stesso identico modo in cui la Romanistica aveva elaborato il materiale di Diritto comune fino a farne una scienza giuridica sistematica col metterne in evidenza i suoi generali collegamenti interni. Alla realizzazione di questo concetto programmatico Eichhorn si accinse nel 1823 con la *Introduzione al diritto privato tedesco*.

Nel programma di Eichhorn trapeleva già la concezione di una scienza del Diritto privato tedesco nel senso del Formalismo giuridico, che doveva trasporre senza remore la sistematica e l'apparato concettuale della Pandettistica anche nello studio del materiale storico ed attuale del diritto privato tedesco. Le conseguenze di tutto ciò furono pienamente tratte soltanto alcuni decenni più tardi da Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) (93) il quale, sotto l'influsso di Puchta, nel suo *Wissenschaftliches Princip des gemeinen deutschen Privatrechts* (1846) (94) si fece paladino della evoluzione della Germanistica verso la dogmatica astratta ed il sistema « scientifico » chiuso (95). Il risultato fu la nascita di un Diritto privato tedesco come secondo ordinamento giuridico positivo conchiuso accanto al *Pandektenrecht*, anch'esso fondato dal punto di vista metodologico sul principio espositivo sistematico e concettuale. Nel dar vita agli *Jahrbücher für Dogmatik* Jhering e Gerber vennero a trovarsi uniti pertanto come i Dioscuri della Giurisprudenza dei concetti: secondo il rimprovero del movimento romantico nazionale, Gerber « aveva ucciso nel Diritto tedesco l'anima tedesca ».

(92) *Op. cit.* (*supra*, nt. 87), pp. 129 ss., 132, 138; su cui LANDSBERG, p. 265; THIEME, ZSS, GA, LXXX (1963), p. 7. Sui prodromi di questo metodo già in Pütter e Runde vedi ora la stimolante dissertazione di K. MARX (*supra*, p. 56 nt. 22).

(93) LANDSBERG, III.2, pp. 778 ss.

(94) Vedi anche nel 1848/49 la prima edizione del « *Deutsches Privatrecht* » e nel 1851 il discorso programmatico di Tübingen « *Über deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft überhaupt* ».

(95) Sul punto approfonditamente WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 100 ss.

2. **Jacob Grimm** ⁽⁹⁶⁾ (1785-1863), proveniente da una famiglia di giuristi dell'Assia e rimasto presto orfano, fu dapprima allievo appassionato all'Università di Marburg, poi nel 1805 a Parigi assistente e infine per lungo tempo intimo amico del pur tanto diverso Savigny. Addetto in Westfalia alla biblioteca reale di Kassel fino al 1813, poi in servizio presso la biblioteca del Principe Elettore d'Assia, nel 1828 fu chiamato come direttore di biblioteca e come professore a Göttingen. Qui nel 1837, a seguito della sua opposizione (di natura morale e religiosa, non politica) contro la revoca della Costituzione del '33 da parte del re Ernst August, fu privato, assieme agli altri suoi colleghi di Göttingen, dell'ufficio e mandato in esilio. Queste circostanze portarono anche ad un mai più sanato estraniamento dal Savigny, soltanto mitigato dalla fedeltà e lealtà di Grimm ⁽⁹⁷⁾. Nel 1840 fu chiamato da Friedrich Wilhelm IV all'Accademia delle Scienze di Berlino: l'anno 1848 lo vide celebrato esponente del partito dinastico-imperiale nella chiesa di S. Paolo in Francoforte. I legami professionali e di lavoro che per tutta la vita lo legarono a suo fratello Wilhelm giustificarono pienamente la caratteristica designazione collettiva di « fratelli Grimm ».

Jacob Grimm, conquistato anche alla scienza del diritto soltanto da Savigny, è stato uno dei più popolari e più amati educatori del popolo tedesco al proprio passato ed alla propria lingua;

⁽⁹⁶⁾ Della ricca letteratura, a parte la monografia di Wilh. SCHERER, *Jacob Grimm* ², 1885, mi si consenta qui di ricordare soltanto quanto prende in considerazione J. Grimm come storico del diritto: LANDSBERG, III.2, pp. 277 ss.; HÜBNER, *Jacob Grimm und das deutsche Recht*, 1895; ROTHACKER, *Savigny, Grimm, Ranke*, HistZ., CXXVIII (1923), pp. 426 ss.; CONRAD, ZSS, GA, LXVII (1950), pp. 336 ss.; JENDRICEK, *Jacob Grimm und Hegel*, Diss. Bonn 1954/55 (non pubblicata); WIEACKER, ZSS, GA, LXXII (1955), pp. 232 ss. (ora in *GuB*, cit., pp. 144-161); THIEME, ZSS, GA, LXXX (1963), pp. 1 ss.; SCHULER, ZSS, GA, LXXX (1963), pp. 197-304; EBEL, *Jacob Grimm u. die deutsche Rechtswissenschaft*, 1963.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. WIEACKER, *GuB*, cit., pp. 146 ss. e le considerazioni approfondite e intese alla maggiore obiettività possibile di SCHULER, ZSS cit., pp. 275-305, che tuttavia sulla questione fondamentale (estraniamento non durevole da Savigny) non mi hanno convinto. Da correggere è comunque l'opinione (*GuB* cit., pp. 151 s.) che Savigny abbia approvato il punto di vista giuridico del re Ernst August. Sui « Sette di Göttingen » vedi in generale l'approfondito lavoro di SMEND, *Die Göttinger Sieben*, 1951; inoltre KÜCK, *Die Göttinger Sieben*, Hist. Stud., CCXXXVIII (1934); E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, II, 1960, pp. 96 ss.; EBEL, *Geschichte der Gesetzgebung* ², Göttingen 1958, pp. 17 s.

dopo la sua cacciata da Göttingen egli impersonò anche per i Tedeschi il propugnatore esemplare del credo borghese nel diritto e nella libertà di coscienza. Tutt'altro che giurista per indole, inclinazione e produzione scientifica, si trovò ad essere il più puro rappresentante del contributo romantico all'indirizzo germanistico della Scuola storica del diritto; ancora maggiore è la sua importanza come fondatore del ramo germanistico della Letteratura, della Filologia e della Etnologia tedesche. Il calore e la forza inventiva di una natura ricca e sensibile che nella storia della nostra cultura ancora cerca l'eguale trovarono espressione in opere quali gli *Haus- und Kindermärchen* (di entrambi i fratelli), la *Geschichte der deutschen Sprache* o lo stesso *Deutsches Wörterbuch* che non solo appartengono alla storia tedesca, ma che hanno contribuito a plasmare la stessa identità del popolo tedesco in un modo tanto più profondo ed efficace in quanto ancora privo di ogni equivoco *pathos* ⁽⁹⁸⁾.

Questo incanto aleggia anche sul suo contributo alla storia del diritto che è quello che lo ha portato a contatto con il giovane Savigny. In questo non-giurista esso deriva, non tanto dalla problematica più specificamente giuridica, quanto dall'inquadramento del fenomeno diritto nell'intero contesto culturale del passato tedesco. Questo interesse determina il piano, il titolo e il contenuto del lavoro *Von der Poesie im Recht*, degli immortali *Rechtsaltertümer* (a partire dal 1823) e della raccolta degli antichi usi giuridici tedeschi, i cui primi quattro volumi poterono essere curati da lui stesso. Amorevole evocazione del già accaduto e individuazione del passato nel presente, un soffio dell'umana gioia di fronte al «diario illustrato della propria giovinezza» (Nietzsche), sono questi gli aromi preziosi con cui Jacob Grimm ha dato sapore alla professione dello storico del diritto. Ma il suo merito maggiore è di aver saputo per primo mostrare direttamente, almeno riguardo al passato, come in ogni fase dei rapporti sociali fondamentali il diritto costituisca un elemento di base della coscienza umana.

⁽⁹⁸⁾ Istruttiva la lettera in SCHOOF-SCHNACK, *Briefe der Brüder Grimm an Savigny*, Berlin-Bielefeld 1953, Nr. 13; su cui da ultimo SCHULER, *op. cit.* (*supra*, nt. 96), p. 208.

3. Nel programma della Scuola storica erano presenti fin dall'inizio tensioni nascoste tra Umanesimo di respiro europeo e Romanticismo nazionale, tra ambizioni dirette ad una teoria del diritto di carattere generale e applicazioni nazionaliste. Queste tensioni apparvero necessariamente allo scoperto allorché i rapporti personali tra i fondatori della Scuola si affievolirono o si turbarono fino a perdere rilevanza nella generazione successiva, e dopo che le lotte per l'ottenimento della costituzione agli inizi del XIX secolo ebbero tramutato la Germania da una nazione in senso culturale in una nazione anche in senso politico. La conseguenza di questi conflitti fu la singolare sovrapposizione dell'opposizione romantico-nazionale contro il diritto romano alle aspirazioni democratico-nazionali del Thibaut verso un codice comune per l'intera nazione. All'opera erano ancora le stesse forze liberali e nazionaldemocratiche che a partire dalla fine degli anni Venti si erano di nuovo coalizzate contro la restaurazione politica ⁽⁹⁰⁾.

⁽⁹⁰⁾ Un bilancio equilibrato in WINDSCHEID, *Über d. gesch. Schule der Rechtswissenschaft*, 1878; meno obiettivo O. v. GIERKE, *Die hist. Rechtsschule der Germanisten*, 1903. Una approfondita esposizione dei termini della polemica sulla Recezione all'interno della Scuola storica offre ora la dissertazione (purtroppo non pubblicata) di P. BENDER, *Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft*, Freiburg 1955, pp. 78-119. Secondo questo autore la polemica germanista sarebbe iniziata in maniera piuttosto brusca con una affermazione di Schildener (1827) sulla «inconciliabile avversione tra diritto tedesco e diritto romano» (BENDER, 101). Analoghe esplosioni piene di prevenzione sarebbero state presto causate dalla fredda disapprovazione di Puchta nei confronti dello «stato caotico e rozzo del vecchio diritto» e dalle sue lodi per i vantaggi della Recezione (*Gewohnheitsrecht*, I, 1828). La disputa raggiunse il suo apogeo con la prolusione di Georg Beseler in Basilea (1835), con la fondazione ad opera di Reyscher e Wilda della «*Zeitschrift für Deutsches Recht und Deutsche Rechtswissenschaft*» (1839) e con il «*Volksrecht und Juristenrecht*» sempre di Beseler (1843). Nell'ardore della replica anche la voce di Puchta si fa a poco a poco stridente. Nelle «*Vorlesungen über d. heut. röm. Recht*», pubblicate postume dal Rudorff (1847), egli deplora giustamente «la sterile polemica dei Germanisti» (I, p. 5 s.); non sa trattenersi però dal ricordare anche, con tono pungente, le parole dell'umanista Fuchsberger sulla «antica condizione di selvatica animalità, nella quale l'uomo solitario si nutrive di ghiande nei boschi» (BENDER, pp. 102 s.). Dalla parte opposta, al Congresso dei Germanisti in Francoforte, si volle attribuire alla Recezione la colpa di «una atroce ferita inferta alla restia coscienza popolare»; l'apostata Gerber fu più tardi bollato come «l'originale medico» che

Ma, diversamente che gli attacchi del giusrazionalista e al tempo stesso cultore di Diritto comune Thibaut, le loro rivendicazioni si vestivano ora dei panni romantico-nazionali della lotta contro la « sciagura nazionale » della recezione di un diritto « estraneo », anzi addirittura « straniero ».

Una tale carica ideologica del problema della Recezione si era potuta verificare soltanto tramite la Scuola storica del diritto. Era essa infatti che aveva insegnato a riconoscere non solo la storicità del diritto, ma ancor di più a vedere proprio in quella storicità la sua vitale esistenza sociale; partecipazione diretta del cittadino alla vita dello Stato, condizionamento storico e dignità culturale della vita della Nazione erano state da essa considerate come strettamente connesse. Mentre dunque il giudizio sulla Recezione in regime di *Usus modernus* e nell'epoca dei Lumi (non ostante un quadro storico sostanzialmente esatto della situazione) era stato determinato da una concezione pratica del diritto o da generali motivazioni razionali, la Scuola storica aveva rivestito il problema di un forte *pathos* politico: essa per prima aveva visto nella Recezione una sorta di destino, connotato alla stessa nazione storicamente intesa; in tal modo essa aveva potuto rendere responsabile il cittadino non solo per il proprio presente ma anche per ogni istante trascorso dell'intero passato nazionale. Tutto ciò faceva ora apparire la polemica sulla Recezione come una cieca ed inutile ribellione contro le condizioni stesse della propria esistenza.

L'esponente più significativo di questa Germanistica impegnata fu Georg Beseler (1809-1888) ⁽¹⁰⁰⁾.

Georg Beseler era, come altri politici del movimento liberale per la Costituzione (Dahlmann, Droysen, Falck, Lornsen, Mommsen), originario dello Schleswig-Holstein ed aveva maturato la sua vocazione politica all'Università di Kiel. Questo spiega molte cose se si

« con la sua cura di Pandette ha lasciato morire nel Diritto tedesco l'anima tedesca » (BENDER, pp. 111 e 116).

⁽¹⁰⁰⁾ Di cui vedi l'autobiografia: *Erlebtes und Estrebttes 1809-1859*, Berlin 1884; cfr. anche LANDSBERG, III.2, pp. 507 ss.; HEYMANN, DJZ, XV (1910), II, p. 41; ID., *G. Beseler und die Kieler Juristenfakultät*, 1909; SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., pp. 456 s.

tien conto della particolare situazione costituzionale di quel Granducato in cui, come altrove, la lotta politica per la Costituzione veniva condotta dai ceti tradizionali con argomenti storico-giuridici ed era diretta sia contro il Sovrano sia contro il dominio straniero che trovava espressione nello Stato ⁽¹⁰¹⁾. Beseler infatti rifiutò per motivi di coscienza nel 1831 il giuramento di fedeltà alla Corona danese e si spostò ad Heidelberg per il conseguimento della docenza. Nel 1835 divenne professore a Basilea, nel 1837 a Rostock e nel 1842 a Greifswald: un itinerario accademico comune in questo periodo a molti rinomati docenti di diritto e che va a tutta gloria dei criteri seguiti per le chiamate a cattedra in queste Università minori. L'impegno di Beseler rimase aperto anche qui alla vita pubblica. Nel 1838 si pronunciò apertamente a favore dei Sette di Göttingen, nel 1848 all'Assemblea Costituente si schierò con i compatrioti Dahlmann e Droysen per il partito dinastico-imperiale: il suo influsso sulla Giustizia e sulla Legislazione si fece ripetutamente sentire attraverso il Consiglio di Camera prussiano e infine in Parlamento.

a) Le posizioni metodologiche e giuridico-politiche di Georg Beseler risentono nettamente l'influenza del suo Maestro di Kiel, Falck (1784-1850) ⁽¹⁰²⁾, e del suo compagno di lotta del Württemberg, Reyscher (1802-1880) ⁽¹⁰³⁾. L'indirizzo autonomo e fruttuoso di questi giuristi e critici della costituzione veniva a trovarsi di per sé altrettanto lontano dal Romanesimo e Kantianesimo di Savigny che dal mite Quietismo di Germanisti romantici del vaglio dei fratelli Grimm. Anch'essi si posero il quesito d'obbligo circa i presupposti di metodo per una scienza positiva del diritto ⁽¹⁰⁴⁾. Ma la loro risposta, improntata alla filosofia dello Stato e del diritto di Hegel, si richiamava ai compiti sociali e pratici della Giurisprudenza ed alla concezione del diritto viva

⁽¹⁰¹⁾ Sul punto dettagliatamente E. R. HUBER, *op. cit.* (*supra*, nt. 97 i.f.), pp. 661 ss.

⁽¹⁰²⁾ LANDSBERG, III.2, pp. 499 s.; BROCKHAUS, *N. Falck*, 1884; WOHLHAUPTER, *HistJb*, LIX (1939), pp. 388 ss.; ID., *Festschrift zum 275. jähr. Bestehen der Univ. Kiel*, 1940, pp. 82 ss.; DÖHRING, *Gesch. der deutschen Rechtspflege*, Berlin 1953, p. 391 (con ulteriori indicazioni).

⁽¹⁰³⁾ Dal 1831 professore in Tübingen, nel 1848 membro della Costituente, allontanato dall'ufficio nel 1851, successivamente avvocato in Cannstatt: vedi LANDSBERG, *Geschichte* cit., III.2, pp. 501 ss.; SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., pp. 454 ss.; DÖHRING, *Geschichte*, cit., p. 435.

⁽¹⁰⁴⁾ Sul contributo fondamentale di Falck alla costruzione di una scienza positiva del diritto cfr. G. VICÉN (*supra*, p. 10, nt. 13), p. 12.

nella coscienza politica popolare del presente, quale essi ravvisavano attualmente nelle tradizioni giuridiche e costituzionali dello Schleswig-Holstein anziché in un mitico passato. Così Falck poteva ad es. senza illusioni romantiche propugnare già nel 1819 la creazione di giurie popolari che giudicassero « secondo le concezioni giuridiche ancora vive nel popolo » (105). E due decenni più tardi l'articolo di Reyscher *Ueber Daseyn und Natur des deutschen Rechtes*, apparso nel primo fascicolo (1839) della *Zeitschrift für Deutsches Recht und Deutsche Rechtswissenschaft* (106), fondata da lui e da Wilda (107), poteva in gran parte anticipare, con la convinzione, adombrata nel titolo, di una viva coscienza giuridica reale del popolo, il *Volksrecht und Juristenrecht* del Beseler.

b) Questi influssi fanno sì che i lavori di diritto privato tedesco del Beseler (*Ueber die Lehre von den Erbverträgen*, 1837-1840, e il *System des Gememen Deutschen Privatrechts*, 1847-1855) siano caratterizzati, più che non quelli di altri Germanisti del suo tempo, da un diretto interesse politico-giuridico e dal ricorso a concezioni popolari attuali. La fruttuosa scoperta della *Genossenschaft des Deutschen Rechts* (108) era in stretta relazione con le strutture cooperativo-democratiche della disciplina dei suoli e con le caratteristiche tribali della sua terra.

c) Anche la teoria delle fonti del diritto di Beseler è frutto di un impulso attuale. Precorso dalla prolusione di Basilea del 1835, appare nel 1843 evidentemente in polemica con il *Gewohnheitsrecht* di Puchta il *Volksrecht und Juristenrecht* di Beseler in cui si riflettono le punte più accese della disputa di principio all'interno della Scuola storica (109). Il libro e la sua acco-

(105) *Kieler Blätter*, 1819, pp. 1-17; cfr. WOHLHAUPTER, *HistJb*, LIX (1939), pp. 388 ss.

(106) SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., pp. 455 s.; THIEME, *ZSS, GA*, LXXX (1963), p. 11.

(107) LANDSBERG, III, 2, pp. 303 ss.; G. KISCH, *Mitteldutsche Lebensbilder*, V, 1939, pp. 339-352; SINZHEIMER, *Jüd. Klassiker*, 1938, pp. 141 ss.

(108) *Volksrecht und Juristenrecht*, pp. 158 ss.; vedi anche, dello stesso, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, §§ 66 ss.

(109) Cfr. su quanto segue BENDER, *op. cit.* (*supra*, nt. 99), pp. 79 ss. e 101 ss.; THIEME, *ZSS, GA*, LXXX (1963), p. 11; vedi anche nt. 99. Per comprendere

glienza mostrano in maniera estremamente chiara come, nel passaggio dall'astratto riferimento romantico al passato tedesco alla attuale rivendicazione politica di una maggiore considerazione delle moderne convinzioni popolari, i conflitti latenti nel seno della Scuola storica dovessero necessariamente venire alla luce. La controversia era purtroppo destinata ad assumere, sotto la spinta della polemica con Puchta, un risvolto dottrinario. E infatti Beseler non ha remore ora a definire apertamente la Recezione come una « colpevole sventura nazionale » cagionata dai giuristi culti, a cui si deve la spaccatura tra « diritto dei giuristi » e « diritto del popolo »; l'unica concessione che Beseler, quale rappresentante del movimento tedesco per l'unità, è disposto a fare è che la Recezione ha contribuito a conservare alla nazione tedesca un diritto unitario.

Altrimenti sono i diritti dei singoli popoli che continuano a vivere: essi sono riconoscibili non soltanto nelle fonti storiche bensì anche nella realtà popolare del presente, e soprattutto nella vita dei gruppi di volta in volta interessati, nelle cooperative, nei ceti agricoli, nella prassi giuridica del commerciante. A garantire e sviluppare ulteriormente questo diritto popolare Beseler sostiene la necessità di collegi giudicanti misti e di giurie popolari: rivendicazione, questa, tipica del primo Liberalismo europeo ma che poi sarà fatta propria dall'ideologia liberale tedesca e infine dalla riforma giudiziaria del XIX secolo. Se in tal modo però Beseler falsava per il futuro l'immagine della Recezione interpretando come incidente nazionale quello che invece era stato uno sviluppo coinvolgente l'intera Europa, egli aveva perfettamente ragione laddove individuava come un pericolo quell'estraniamento del diritto dalla società che il concentrarsi di legislazione e giurisprudenza nelle mani di un ceto di giuristi-funzionari aveva evocato a partire dalla Recezione.

lo spirito della discussione particolarmente indicativa la prolusione di Beseler in Basel (1835): *Über die Stellung des röm. Rechts zu d. nationalen R. d. german. Völker*; C. A. SCHMIDT, *Der prinzipielle Unterschied. zwischen d. röm. u. german. Rechte*, 1853; per l'ideale di scienza dei Germanisti vedi REYSCHER, *Die Einheit d. gemeinen dtsh. Rechts u. dessen Verhältniß zu d. fremden Rechten*, ZdtRudt RWiss., V (1843), pp. 337 ss.

Da queste basi nuove ripartì Beseler anche per dare nuovo alimento alla disputa sulla codificazione. Se il quietismo di Savigny era caratterizzato dalla preoccupazione per il vacillare della tradizione culta a seguito dei sopravvenuti orientamenti politici, Beseler invece, sull'onda dei moti costituzionali ed unitari pre-quarantotteschi, preferisce rifarsi, in coerenza con le sue idee, alle proposte di Thibaut per un codice nazionale. Con il Savigny si trova d'accordo nella protesta contro la legislazione dell'età assolutista, ma la codificazione è per lui possibile ed utile, addirittura necessaria, soltanto nel caso in cui essa si rifaccia al diritto popolare o serva a riconciliare con questo il diritto giurisprudenziale. Una considerazione puramente storica invece di tutti gli istituti giuridici che siano mai stati creati sarebbe completamente inutile in una esperienza in cui operino un'accorta politica del diritto ed una sensibile percezione della presente vitalità del reale. Con queste rivendicazioni naturalmente la rottura con le idee della prima Scuola storica diventava definitiva ⁽¹¹⁰⁾. I comprensibili impulsi di questa svolta — e cioè la lotta per una più diretta partecipazione del popolo al fenomeno giuridico contro una concezione autoritaria, paternalistica e burocratica della giustizia, per un « diritto popolare » insomma al servizio delle esigenze di una società libera a fronte di un diritto dotto astratto e lontano dalla prassi — avevano di mira una più piena integrazione del diritto e dei giuristi, e conservano ancor oggi tutta la loro legittimità. Ma con esse il Nazionalismo giuridico romantico era destinato ad acquistare — con pericolosa sovrapposizione — il predominio sulla filosofia della storia e sulla concezione classica dell'Uomo; forse lo spirito di scuola e la tensione franco-tedesca dell'inizio degli anni Quaranta tolsero al germanista Beseler la coscienza di quanto il suo programma fosse frutto della Rivoluzione francese e della eredità spirituale da quella lasciata. La sconfitta dei moti democratici del 1848 e la vittoria dopo il 1866 del principio monarchico fecero sì che di quelle rivendicazioni nazionaldemocratiche sopravvivesse soltanto il *pathos* nazionalista; il che si rivelò

⁽¹¹⁰⁾ Sulle contraddizioni, immediatamente posteriori, di PUCHTA, in *Jbf civilKrit.*, (1844), pp. 1 ss., e di TRÖL, *Gem. Recht*, 1846, p. 101, cfr. LANDSBERG, III.2, p. 629.

ormai insufficiente per la piena integrazione del diritto di provenienza statale nella società moderna.

III. La polemica del Beseler servì a dare esca alla seconda grande discussione di politica del diritto del secolo. La disputa sul diritto romano e sul fondamento della Recezione che si andò a poco a poco sviluppando, nonostante tutte le carenze tipiche di un diverbio ideologico e dottrinario fra intellettuali ⁽¹¹¹⁾, aveva tuttavia un risvolto politico reale nel senso che il suo vero oggetto riguardava (come un tempo il duello tra Thibaut e Savigny) il rapporto tra le responsabilità facenti capo alla conoscenza meramente scientifica e quelle facenti capo all'azione politica.

Quest'affermazione diverrà chiara se si terrà conto di due presupposti generalmente trascurati nella valutazione corrente della Scuola storica ⁽¹¹²⁾. E cioè in primo luogo lo scopo della Scuola non è mai stato la comprensione storica, bensì il rinnovamento della scienza giuridica del suo tempo. Suo oggetto era dunque in effetti l'ordinamento giuridico attuale della nazione e la sua realtà sociale. Il conflitto sui modelli politici e sociali della società nazionale era dunque necessariamente insito già in questa prospettiva. In secondo luogo, i Germanisti, sostenuti dall'ideale di un sistema scientifico globale, elaborarono una concezione del diritto privato tedesco come ordinamento giuridico positivo chiuso, costituito a scienza mediante una rigorosa intelaiatura concettuale. La disputa presente e passata tra diritto « romano » e « tedesco » doveva quindi apparire loro necessariamente come lo scontro di due ordinamenti giuridici conclusi, mentre la Recezione non poteva essere interpretata che come il rifiuto di un ordinamento giuridico nazionale unitario a favore di un altro ordinamento di uguale struttura ma di provenienza straniera, quello « romano ». Per entrambi questi motivi il giudizio sulla Recezione era destinato a rappresentare una scelta di fondo sul proprio ordinamento giuridico, addirittura sullo stesso futuro della società nazionale.

Al momento della fondazione della Scuola entrambi gli indirizzi si erano trovati in stretto accordo sulla piattaforma comune

⁽¹¹¹⁾ È soltanto questo l'aspetto colto dalla sarcastica esposizione del KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., p. 266; più esatto, anche se ancora fermo all'alternativa Germanistica/Romanistica, THIEME, *ZSS, GA, LXXX* (1963), p. 25.

⁽¹¹²⁾ Su quanto segue vedi già WIEACKER, *Eranion Maridakis*, pp. 343 ss.; dello stesso ora più dettagliatamente *Festschrift J. Klein*, 1967, pp. 183 ss.

della unità nazionale, in senso politico e culturale, che non lasciava spazio a tensioni tra « borghesia e stato nazionale ». In questa prima fase i Germanisti erano stati trascinati dalla volontà prepotente di Savigny. Con la svolta di Puchta, però, dal Romanticismo storico al Positivismo scientifico e con quella di Beseler dall'ideale romantico del *Volksgeist* alla concretezza delle rivendicazioni nazionaldemocratiche i contrasti vennero immediatamente alla luce.

Essi affiorarono alla luce della coscienza pubblica nei due « Incontri di Germanisti » ⁽¹¹³⁾, che ebbero luogo nel 1846 al *Römer* di Francoforte e nel 1847 al Municipio di Lubeca — e quindi, del tutto intenzionalmente, in due templi della magnificenza altoimperiale e del senso civico tedeschi — con la partecipazione dell'intera borghesia colta. Si trattò in quell'occasione di un convegno di tutti i notabili della giovane ma fiorente scienza dell'antichità tedesca, della storiografia, della storia della lingua e del diritto, e al tempo stesso di un preavviso della imminente sollevazione. La presidenza fu affidata nel 1847 a Jacob Grimm, uno dei Sette di Göttingen, e questa scelta, oltre alla composizione dell'ordine del giorno, era di per sé un chiaro indice della svolta ormai prossima. I punti salienti erano: 1) Il problema dello Schleswig-Holstein; 2) L'istituzione di collegi giudicanti con giudici popolari ⁽¹¹⁴⁾; 3) La codificazione, con particolare riguardo alla disciplina della cambiale e al codice di commercio (i Romanisti si opposero!); 4) Significato e fondamento della Recezione. Un felice tentativo di mediazione rappresentò, per quanto concerne quest'ultimo punto, il comunicato conclusivo: « È un errore affermare che soltanto il diritto romano costituisca il substrato giuridico comune a tutta la Germania; è vero piuttosto che diritto romano e diritto tedesco integrandosi e permeandosi a vicenda costituiscono per i Tedeschi il Diritto (divenuto) Comune ». Oltre a questa formulazione misurata ed

⁽¹¹³⁾ LANDSBERG, III.3, pp. 21 ss.; SINZHEIMER, *Jüd. Klassiker d. dt. Rechtswiss.*, Amsterdam 1938, pp. 141 ss. (su Wilda); BENDER, Diss. cit. (*supra*, nt. 94), pp. 107 ss.; E. R. HUBER (nt. 97), pp. 392 ss.; da ultimo THIEME, ZSS cit., pp. 11 s. Un resoconto contemporaneo sul convegno di Francoforte in REYSCHER, Z. f. dt. Recht u. dt. Rechtswiss., X (1846), pp. 494 ss. La parola « Germanista », designa, qui ancora indistintamente, in maniera indicativa per lo spirito e la concezione di sé che anima il movimento, sia il filologo che lo storico del diritto, quindi tutti i cultori del passato tedesco e germanico. Sulla funzione politica di questi convegni di accademici, quasi a rappresentare un preavviso di un comune parlamento tedesco, vedi E. R. HUBER, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹¹⁴⁾ Sul punto specialmente Eb. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* ³, Göttingen 1965, pp. 332 ss.

obiettivo i Germanisti più radicali dovettero accettare anche il rimprovero che il prestigio del diritto tedesco non si accresce facendo ricorso a « principi generali » bensì con la coscenziosa attuazione nella legislazione e nella prassi dei suoi elementi caratteristici.

Era questo, per la codificazione, il momento politicamente più favorevole dall'avvento della Restaurazione nel 1814. Sebbene infatti in concomitanza con il fallimento della sollevazione del 1848 fosse caduto anche il progetto di un codice civile nazionale, la codificazione del diritto privato era rimasta tuttavia all'ordine del giorno. Il codice di commercio fu messo in cantiere dalla stessa Confederazione germanica mentre un comune diritto tedesco delle obbligazioni, all'atto dello scioglimento della Confederazione, era ormai imminente. Poco dopo la costituzione dell'Impero fu presa anche la decisione di apprestare un codice civile (pur se soltanto « piccolo-tedesco ») ⁽¹¹⁵⁾. Col sopravvenire di questi successi si andò a poco attenuando la polemica sulla Recezione a cui finirono col togliere interesse il profilarsi di più attuali problemi economici e sociali, gli sforzi per la realizzazione dell'unità nazionale e la legislazione progressista della fine degli anni Cinquanta e degli anni Sessanta. Un sintomo dei nuovi tempi rappresentò, dopo la morte di Savigny, il rinnovamento condotto in suo nome della *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (1861).

IV. Contro le pretese di rappresentante della assoluta ortodossia avanzate dall'indirizzo romanistico della Scuola storica si erano intanto levati nuovi oppositori. Fino a circa il 1840 la Romanistica aveva potuto segnare nel campo della Civilistica continui progressi; il suo metodo e la sua sistematica avevano inoltre fatto presa su discipline che pur potevano vantare una propria fiorente tradizione come il Diritto pubblico ⁽¹¹⁶⁾, il Diritto canonico, il Diritto processuale; il suo programma giunse ad influenzare perfino l'Economia politica che, a partire da Roscher,

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. *infra*, pp. 177 ss.

⁽¹¹⁶⁾ O. v. GIERKE, *Labands Staatsrecht u. die deutsche Rechtswissenschaft*, in: Schmöllers Jb. f. Gesetzgeb., VII (1883), pp. 1097-1195 (rist. 1961). Su tutto ciò SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., pp. 530 ss., e più dettagliatamente WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 5 ss. (Laband), pp. 100 ss. (C. F. von Gerber).

prese ad intendersi come scienza storica. E tuttavia il predominio della Scuola storica nella scienza del diritto non fu mai illimitato.

1. È vero comunque che l'influsso del Giusnaturalismo « aperto » (in contrasto con il « Criptogiusnaturalismo » della Scuola storica) doveva ormai considerarsi per lungo tempo interrotto. Al di fuori della scienza giuridica potè qua e là ancora conservarsi in vita, come ad es. in campo filosofico tra i successori di Kant e nei sistemi di Fries, Ahrens e Krause (il quale ultimo trovò un'eco sorprendente in Spagna e nell'America Latina, cioè in paesi di antica tradizione scolastica). Altrimenti soltanto in Austria riuscì ancora ad affermarsi per qualche tempo nel diritto sulla scia del tardo Illuminismo giuseppino a cui peraltro la riforma degli studi Thun-Hohenstein del 1854 pose ben presto fine. In Germania il Giusnaturalismo veniva ormai considerato come superato dalla Critica kantiana perfino nel suo ambito d'origine, la teologia morale cattolica, e finì per cedere il posto a motivazioni storiche o pragmatiche dell'idea di diritto. Lo stesso Diritto canonico cattolico rimase dunque fino alla sua rinascita, verso la fine del secolo (p. 365) sotto l'influsso del Positivismo ⁽¹¹⁷⁾.

2. Con la Scuola storica potè concorrere soltanto la potente filosofia dello Stato e del diritto di Hegel. Divenuta la filosofia ufficiale della Monarchia prussiana, la « destra » hegeliana, con la efficace mediazione di Julius Stahl, riuscì a controllare la teoria del Diritto pubblico e del Diritto canonico sia nel periodo pre-quarantottesco che durante la reazione prussiana; nella filosofia e nella dogmatica del Diritto penale si sostituì al Kantismo e si affermò fin giù nella seconda metà del secolo. Nella teoria civilistica tuttavia non fu capace di farsi strada e i suoi esponenti più indipendenti ed originali si videro costretti dal prepotere della Scuola storica (e cioè più ad opera di Puchta che di Savigny) in posizioni marginali. Così ad es. il lucido e polemico hegeliano

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. Gerh. HAMMERSTEIN, *Die Entw. d. Naturrechtsged. in d. kath. Rechtsphilos. d. 19. Jhs.*, Diss. (non pubblicata) Freiburg 1950, pp. 37 ss. e 70 ss.; per entrambe le confessioni vedi ora la voce *Kirchenrechtswissenschaft* curata da SMEND in: *Religion in Geschichte und Gegenwart*, II (1961), pp. 1515-1519.

Eduard Gans (1797-1839) ⁽¹¹⁸⁾ non seppe imporre le sue obiezioni al determinismo irrazionale della Scuola storica e si consumò in una agguerrita disputa con Puchta. Il suo *Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung* (1829-1835), una prima sortita in direzione di una storia giuridica universale e al tempo stesso di una filosofia del diritto, rimase in campo giuridico senza risonanza.

Maggiore successo ebbero gli hegeliani nel Nord della Germania, che offriva allora un terreno più fertile per una concezione pratica del compito della scienza del diritto. Nello stesso anno della morte di Gans, il Kierulff (1806-1894) ⁽¹¹⁹⁾, più tardi (1853-1879) presidente della Corte Superiore d'Appello dell'Ansa in Lubeca, una delle più prestigiose Corti superiori della Confederazione germanica, seppe dare alla critica degli hegeliani alla Scuola storica una svolta decisiva in direzione di una maggiore responsabilità pratica della scienza giuridica. Più fruttuosamente che in altre discipline giuridiche, la filosofia dell'Idealismo obiettivo condusse a riconoscere la razionalità dell'« Essere » attuale e quindi del diritto presente nella storia.

Alla « sinistra » hegeliana invece doveva rimanere interdetto, data la situazione politica del tempo, ogni influsso metodico e pratico sulla scienza del diritto positivo. Il *System der erworbenen Rechte* di Ferdinand Lassalle ⁽¹²⁰⁾ (1825-1864), a causa dell'impegno politico di questo socialista prussiano e della sua morte prematura, era destinato a restare un caso particolare senza conseguenze per la teoria del diritto. Per Karl Marx ⁽¹²¹⁾,

⁽¹¹⁸⁾ LANDSBERG, III.2, pp. 592 ss.; da ultimo H. G. REISSNER, *Eduard Gans. Ein Leben im Vormärz*, Tübingen 1965.

⁽¹¹⁹⁾ LANDSBERG, III.2, pp. 492 ss. e *passim*; AllgDBiogr., LIII (1907), p. 513; LARENZ, *Festschr. z. 275 jähr. Best. d. Univ. Kiel*, 1940, pp. 116 ss.; WOHLHAUPTER, *Festschr. z. 275 jähr. Best. d. Univ. Kiel*, cit., pp. 88 ss.; DÖHRING, *Geschichte* cit., pp. 30 s., 336, 338 s., 346 s.; WILHELM, *Metodologia* cit., pp. 97 ss.

⁽¹²⁰⁾ In generale ONCKEN, *Lassalle. Eine polit. Biographie* ⁴, 1923. Fondamentale Th. RAMM, *F. Lassalle als Rechts- und Sozialphilosoph*, 1953; altra bibliografia in DÖHRING, *Geschichte* cit., p. 415.

⁽¹²¹⁾ Per la critica del diritto, fondamentale già quell'abbozzo del « *Capitale* » che è *Per la critica dell'economia politica* (1859); cfr. anche *supra*, nt. 22. Sul problema vedi Th. RAMM, *Die künft. Gesellschaftsordnung nach der Theorie von Marx und Engels*, in: *Marxismus-Studien*, 2. Folge (1960), pp. 177 ss. Con riguardo alla storia interna del diritto privato cfr. BOEHMER, *Grdl. des bürgerl. Rechts*, II.1,

che era convinto di aver smascherato come una forma di ideologia lo Spirito oggettivo di Hegel ⁽¹²²⁾, il diritto e il problema del suo fondamento acquistano il carattere di un gradino nella evoluzione storica della coscienza umana. La antinomia tra interesse individuale e interesse sociale, che costituisce per lui l'alternativa saliente dell'ordinamento giuridico borghese, viene ricondotta alla « alienazione » dell'uomo conseguente al principio economico della divisione del lavoro e può essere superata soltanto nella prospettiva di una futura « morte dello Stato ». Una volta riconosciuto il carattere utopico di questa « morte », il rapporto tra diritto e Stato torna oggi a prospettarsi per il Marxismo moderno come problema di cui si riprende a cercare una soluzione nella concezione dialettica della storia di Hegel.

La filosofia di Hegel ha aperto per prima la possibilità di una conciliazione tra un sistema chiuso di teoria giuridica e la dimensione storica. Questa scoperta della storicità avrebbe potuto avere per la scienza del diritto un significato normativo analogo a quello avuto un tempo dalla antropologia giusnaturalista per la storica pianificazione giuridica dell'Illuminismo ⁽¹²³⁾, tanto più se si pensa che il sistema hegeliano costituì al tempo stesso la filosofia ufficiale del diritto e dello Stato all'epoca della Restaurazione e la piattaforma per i grandi rivolgimenti del futuro. Che questa filosofia non abbia esercitato influssi proprio sulla scienza del diritto civile, che aveva scoperto la storicità del Giusnaturalismo laico richiamandosi alla storicità della cultura e dello spirito popolare e che infine si era messa al servizio della Restaurazione, rappresenta uno dei numerosi paradossi nella storia dello Spirito. Così si spiega comunque che la Scuola storica sia potuta rimanere ancorata, nel sistema e nel metodo all'epoca dei lumi, e nell'etica

1951, pp. 100-132 (bibliografia pp. 101 s.); WELZEL, *Diritto naturale*, cit., pp. 290-303. Vedi anche *infra*, pp. 159 s.

⁽¹²²⁾ Nel « Nachwort » alla seconda edizione del « Capitale » egli parlerà espressamente di un « capovolgimento di Hegel » (1873).

⁽¹²³⁾ WELZEL, *Diritto naturale*, cit., p. 264 può affermare pertanto essere la filosofia del diritto di Hegel « se rettamente intesa, la forma più perfetta di una teoria materiale del diritto naturale ». Che la costruzione concettuale di Hegel non abbia avuto influenza su Puchta (nonostante i suoi riferimenti al sistema hegeliano) è dimostrato chiaramente da LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 20 s.

giuridica a Kant. Più tardi sarà il Formalismo giuridico di Puchta, Jhering e Gerber e la progressiva astrazione dei concetti giuridici dalla realtà sociale ad isolare sempre più la scienza del diritto dalla filosofia contemporanea dello Stato e della società. La ragione ultima va ricercata nel fatto che alla base della Scuola storica era ancora presente il vecchio ideale normativo-pedagogico di cultura, e che pertanto essa non era in grado di esprimere una concezione del diritto autenticamente storica. Portando queste considerazioni alle estreme conseguenze, si è potuto affermare di recente che la Scuola storica rappresenta « essa per prima il segno e lo strumento di quella rottura con la storia che è la caratteristica saliente del XIX secolo » (124).

3. L'opposizione contro le pretese esagerate della Scuola storica crebbe, non soltanto tra gli esponenti nazionalisti della Germanistica o tra gli hegeliani, bensì anche nell'opinione pubblica e nei settori più politicamente impegnati della magistratura. Un sintomo di questo crescente disagio fu rappresentato dall'apprezzata presa di posizione del Pubblico ministero von Kirchmann (1802-1884) (125) su *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza* (1848). La ormai celebre affermazione di questo giurista scienziato, sgradito al governo per le sue idee liberali: « tre parole di rettifica del legislatore, ed intere biblioteche diventano carta straccia » è al tempo stesso polisensa e « ad effetto ». Si tratta, infatti, non soltanto di un motto di scherno contro certi atteggiamenti teorici autocontemplativi lontani dalla realtà e tuttavia con illusioni di pubblica risonanza (come per lo più è stato interpretato) (126), bensì anche di una messa in guardia di fronte a tendenze e abitudini d'una irresponsabile legislazione

(124) BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule*, cit. (*supra*, nt. 18), p. 24.

(125) LANDSBERG, III.2, pp. 739 ss.; STERNBERG, *J. v. K. und seine Kritik der Rechtswissenschaft*, 1908; DÖHRING, *Geschichte*, cit., p. 410 (con bibliografia) e *passim*; WELZEL, *Diritto naturale*, cit., p. 280 nt. 12; ID., *Vom Bestehenden und vom Vergänglichem in der Rechtswissenschaft*, Hamburg 1964, pp. 22 s.; ERIC WOLF, *Rechtsdenker*, cit., pp. 625 s.; da ultimo LARENZ, *Über d. Unentberlichkeit d. Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1966, pp. 1 ss. (rist. della conferenza Darmstadt 1962).

(126) Così anche nell'edizione precedente p. 245.

spicciola. Kirchmann si volge in effetti contro la fatale spaccatura tra una scienza del diritto speculativa e la prassi giudiziaria, mettendo allo scoperto in tal modo la posizione precaria della Pandettistica nel seno del moderno Stato costituzionale e della moderna società; precarietà occultata soltanto dal fatto che governi e parlamenti avrebbero affidato ancora per lungo tempo le grandi codificazioni all'opera dello specialista scientifico.

Il discorso di Kirchmann fu tenuto nel fatidico anno 1848. Questa data, in cui le romantiche impostazioni storico-filosofiche dei primi anni apparivano ormai superate e Romanisti e Germanisti erano ormai definitivamente divisi sulle questioni politiche fondamentali mentre i moti per l'unità nazionale portavano avanti ripetutamente e cominciavano ad attuare le rivendicazioni di un codice unitario, segnò anche la fine della Scuola storica del diritto in Germania.

LA SCOPERTA DELLA STORIA DEL DIRITTO

I. Storia del diritto romano e « Storia dei diritti antichi ». — II. Storia del diritto tedesco e storia dei diritti germanici. — III. Il posto della storia del diritto in seno alla scienza giuridica.

I. Il nucleo del rinnovamento della scienza giuridica operato dalla Scuola storica consisteva nel concepire il diritto « storicamente », anche se a proprio modo; con ciò lo scopo ultimo della Scuola rimaneva, al di fuori di ogni ricerca storica pura, la elaborazione di una nuova dogmatica giuridica. E anche se le dichiarazioni programmatiche potevano incoraggiare alla ricerca storica come mezzo per una comprensione organica del diritto concretamente attuatosi, tuttavia il suo vero sforzo era diretto alla fondazione del compito dogmatico della Giurisprudenza; il che gli impediva di avere piena parte allo sviluppo delle scienze storiche caratteristico del XIX secolo. Per quanto riguarda la ricerca storico-giuridica, essa potè trarre vantaggio dalla luminosa ascesa della filologia e profitto, fino a dimenticare le sue origini umanistiche e romantiche, del carattere positivistico, dell'ampliamento dei materiali e dell'affinamento del metodo critico propri delle scienze dell'Antichità. Ancor oggi la storia del diritto si trova, almeno nei suoi tradizionali settori nevralgici, più vicina alla filologia che non la storiografia politica. In ciò Romanistica e Germanistica mossero di pari passo, anche se su diverse strade.

1. Il fiorire della Scuola storica aveva segnato, non ostante tutto, un periodo particolarmente fecondo per la storia del diritto romano. La *Römische Geschichte* del Niebuhr (1776-1831), il cui lavoro critico sulle fonti rappresentò una vera sensazione

per quella epoca colta, non ostante le asprezze della forma offrì le basi per una storia della costituzione romana a cui lavorarono a più riprese Huschke, Rubino, Dirksen, Haenel ⁽¹⁾ e molti altri; fino a che tutti questi tentativi non furono posti in ombra dalla grande e poderosa costruzione dello *Staatsrecht* ⁽²⁾ del Mommsen. La scoperta da parte di Niehbur, sulla scia di un fortunato presentimento del Savigny, del Gaio veronese (1816) permise per la prima volta ai giuristi europei quel sicuro contatto con il diritto romano classico che doveva presto rivoluzionare tutta la storia del diritto e sulla cui base il romanista di Zurigo e Berlino, Friedrich Keller ⁽³⁾, avrebbe potuto offrire un quadro del processo civile classico che ancor oggi può ritenersi del tutto valido. Non molto tempo dopo fu un giovane abilitando di Göttingen, Friedrich Blu(h)me ⁽⁴⁾, a mettere in luce le « masse » nella compilazione giustiniana del Digesto: una scoperta che colpì i contemporanei, ma che rimase indicativamente per lungo tempo senza seguito. Due anni più tardi il ritrovamento nella Biblioteca Vaticana da parte di Angelo Mai di frammenti pregiustiniani di opere della giurisprudenza servì a dare nuovo impulso alla ricerca antiquaria. Contemporaneamente il filologo Boeckh diede l'avvio alla ricerca sul diritto pubblico greco ⁽⁵⁾ mentre

(1) Su questi quattro autori vedi LANDSBERG, III.2, pp. 489 ss., 488 s., 303 ss., 481 ss. e le relative note.

(2) Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* ³, I, II.1 e 2, 1887: sullo sconcertante trionfo dell'ideale sistematico che la scienza del diritto pubblico, tramite Gerber e Laband, aveva ripreso dall'ultima Pandettistica, si veda WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 8 ss., 143 ss.; cfr. A. HEUSS, *Th. Mommsen und das XIX. Jahrhundert*, 1956, pp. 46 s.

(3) 1799-1860; dal 1831 presidente della Corte superiore di Zurigo, nel 1839 privato dell'ufficio e mandato in esilio, nel 1843 professore in Halle, nel 1847 successore di Puchta in Berlino. LANDSBERG, III.2, pp. 465 ss.; A. B. SCHWARZ, *Das röm. Recht an der Univ. Zürich* ecc., Zürich 1938, pp. 9-22 e 27 ss.; A. BECK, in: *Schweizer Juristen der letzten 100 Jahre*, 1945, pp. 107 ss.

(4) 1797-1874; professore in Halle (1823), in Göttingen (1831-1833) e in Bonn (dal 1843): vedi LANDSBERG, III.2, pp. 294 s.; D. STRAUCH, in: *F. C. Savignys Briefwechsel mit F. Bluhme*, Bonn 1962, I. XXVI. Per la scoperta delle « masse » nei Digesti vedi: *Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln*, ZgeschrWiss., IV (1820), pp. 257 ss.

(5) LANDSBERG, III.2, pp. 183, 290. La sua opera fondamentale: *Die Staatshaushaltung der Athener*, 1817.

Dirksen ⁽⁶⁾ si dedicava al diritto arcaico e alla storia della giurisprudenza. I fratelli Heimbach intanto curavano l'edizione dei Basilici ⁽⁷⁾ e Zachariae von Lingenthal ⁽⁸⁾ indagava la storia del diritto bizantino dopo Giustiniano. Verso la metà del secolo infine il Rudorff ⁽⁹⁾ intraprendeva una prima ricostruzione dell'Editto pretorio.

2. Nello stesso periodo cadono i primi lavori di Theodor Mommsen (1817-1903) ⁽¹⁰⁾, il quale, non solo assurse al rango di una delle personalità più eminenti del suo tempo nel campo delle scienze dell'Antichità, ma riuscì a far sentire la sua voce nelle questioni centrali della vita pubblica tedesca.

Nato nei territori settentrionali della Frisia, a Garding nella penisola di Eiderstedt, aveva studiato diritto a Kiel dove aveva risen-

⁽⁶⁾ 1790-1868: cfr. LANDSBERG, III.2 (specie le « Note » pp. 137 s.).

⁽⁷⁾ Una compilazione ufficiale, iniziata nel IX secolo sotto Leone il Sapiente, comprendente antichi compendi in lingua greca del Digesto e del Codice, con relativi scolii, messi insieme, secondo la dottrina dominante, intorno al 600 da un anonimo che a sua volta avrebbe utilizzato scolii di giuristi bizantini del VI secolo a cui nel XII secolo si sarebbero infine aggiunti altri scolii giuridici del Rinascimento bizantino. Le prime edizioni del XVI secolo sono un frutto dell'Umanesimo francese (vedi P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen u. Lit. der röm. Rechts*, Leipzig 1912, pp. 405 ss. con indicazioni bibliografiche relative alle prime edizioni). Al posto della edizione dei fratelli Heimbach, riconosciuta nel frattempo come insufficiente (decisivo PETERS, *Oström. Digestenkomm.*, 1913; vedi anche PRINGSHEIM, *Αρχ. Αρχ. Δικ.* Atene 1937, pp. 651 ss.; ZSS, RA, LXXX (1963), pp. 287 ss.; cfr. LAWSON, ZSS, RA, XLIX (1929), pp. 202 ss.), sta uscendo dal 1952 una nuova edizione a cura di SCHELTEMA (1953); su di essa v. ad es., ZSS, RA, LXXII (1954), pp. 475 ss. Sui fratelli Heimbach: LANDSBERG, III.2, pp. 482 ss. (nonché pp. 214 s. e pp. 269 s. delle « Note »).

⁽⁸⁾ LANDSBERG, III.2, pp. 100 ss.; (« Note », pp. 52 ss.).

⁽⁹⁾ 1803-1873; allievo ed amico di Savigny, precocemente professore in Berlino (1829): LANDSBERG, pp. 462 ss.; HEYMANN, DJZ, XV (1910), pp. 1857 ss.

⁽¹⁰⁾ Su Mommsen, a parte i necrologi (L. MITTEIS, ZSS, RA, XXIV (1904), pp. v ss.; Ed. SCHWARZ, *Nachr. d. Gött. Gel. Gesellsch.*, fasc. I (1904)), vedi: LANDSBERG, III.2, pp. 866 ss. (« Note », pp. 364 ss. Ludo HARTMANN, *Th. Mommsen*, 1908; Wilh. WEBER, *Th. Mommsen*, 1929; U. v. WILAMOWITZ-MOELLENDORF, *Th. Mommsen*, 1918; in modo approfondito A. HEUSS, *Th. Mommsen* cit. (nt. 2); con ampiezza di particolari WICKERT, *Theodor Mommsen. Eine Biographie, I, Lehrjahre 1817-1844*, 1959 (su cui vedi KUNKEL, ZSS, RA, LXXVIII (1961), pp. 521 ss.); II, *Wanderjahre: Frankreich u. Italien*.

tito l'influsso sia della Scuola storica sia delle correnti politico-pratiche ed aveva avuto l'occasione di prendere parte al primo movimento nazionaldemocratico nello Schleswig-Holstein. Nel 1848 professore di diritto a Lipsia, fu costretto nel 1851, sotto la pressione del governo moderato di Sassonia, lui, appassionato sostenitore della sinistra liberaldemocratica, a spostarsi a Zurigo e nel 1854 a Breslau. Voltosi già negli anni Quaranta allo studio delle antichità romane ed acquisita precoce fama di scrittore con la sua « *Storia di Roma* » (1853), nel 1857 fu chiamato a Berlino come membro della Facoltà di filosofia e della Accademia Prussiana delle Scienze. A partire dagli anni Sessanta la sua carriera è segnata da sempre più vasta fama scientifica mondiale e da un crescente influsso dovuto all'allargarsi dei suoi interessi scientifici e personali, cosa, questa, che gli permette (sulla scia di Savigny e di Trendelenburg) l'organizzazione sistematica di grandi progetti collettivi di ricerca. L'evoluzione dell'Impero bismarckiano lo vede decisamente al fianco delle tendenze liberali, pur senza una partecipazione diretta (come invece Virchow ed altri accademici) alla vita politica quotidiana. Un documento impressionante delle cure del Mommsen per il futuro spirituale e politico della Germania rimane il suo testamento politico pubblicato soltanto nel 1947.

Sebbene giurista per formazione accademica, Mommsen, la cui fama permea di sé ancor oggi l'intero spettro delle scienze dell'Antichità, ha dedicato direttamente soltanto una parte della sua enorme capacità di lavoro, del suo inflessibile desiderio di verità e del suo penetrante intelletto, alla storia del diritto romano ⁽¹¹⁾. E tuttavia anche il resto della sua opera non può essere valutato a pieno se non si tien conto del suo passato di giurista e soprattutto degli ideali del Formalismo giuridico ⁽¹²⁾. Alla sua *Storia di Roma*, il capolavoro universalmente riconosciuto, che egli aveva intrapreso con il *pathos* e lo scetticismo del pubblicista democratico, ma anche con la sensibilità per le realtà del potere tipica dell'uomo politico ⁽¹³⁾, fece seguito, dopo innumerevoli e a volte estremamente faticose indagini particolari, quel monumentale la-

⁽¹¹⁾ « *Die Wandlung* », III (1947), pp. 69 s.; ora anche in HEUSS, *Th. Mommsen*, cit., p. 282.

⁽¹²⁾ Sul punto v. HEUSS, *Th. Mommsen*, cit., pp. 33 ss., specialmente pp. 43 s. (funzione del sistema) e 46 ss. (sull'influsso del Positivismo giuridico sullo « *Staatsrecht* » di Mommsen).

⁽¹³⁾ Sui legami con l'attualità di quest'opera, coronata più tardi con uno dei primi premi Nobel per la letteratura, vedi HEUSS, pp. 58 ss. e 63.

voro di edizione di fonti che continua ancor oggi ad assicurare alla Romanistica le sue basi testuali. Già nel 1870 apparve l'ultima e tuttora valida edizione critica del Digesto ⁽¹⁴⁾; e sempre sotto la cura del Mommsen sarebbe apparso di lì a poco l'intero *Corpus Iuris*. A lui personalmente, ormai vecchio (1901), si deve la nuova edizione del *Codex Theodosianus* ⁽¹⁵⁾. Pure ai suoi ultimi anni va ricondotta la struttura mirabilmente sintetica quanto astoricamente rigida del « *Römisches Staatsrecht* » (iniziato nel 1887) nonché il « *Römisches Strafrecht* », il quale ultimo è quello che tra tutte le opere del *princeps philologorum* maggiormente lascia trasparire le pericolose tracce di un accentuato dogmatismo giuridico ⁽¹⁶⁾. Tutto ciò non è che uno squarcio della vita di un uomo, che va annoverato tra le personalità più notevoli nella storia della scienza moderna e la cui grandezza, a volte adombrata dagli eventi drammatici di un'epoca crepuscolare, non può essere esaurientemente messa in luce nell'ambito di una storia dedicata esclusivamente alla scienza del diritto civile ⁽¹⁷⁾.

3. Gli anni della vecchiaia di Mommsen segnano l'ora di una riscoperta della storia del diritto antico. È vero infatti che la Scuola storica aveva ripreso con successo la tradizione della ricerca antiquaria della giurisprudenza culta, superandola addirittura in più punti; ma tuttavia essa non era riuscita a compiere in sé stessa il salto metodologico verso una piena presa di coscienza della storicità dei diritti antichi. Ciò che anzi la distin-

⁽¹⁴⁾ *Digesta Iustiniani Augusti. Recognovit adsumpto in operis societatem Paulo Kruegero Th. Mommsen*, I/II, Berolini 1868-1870; sui presupposti critico-testuali cfr. *supra*, pp. 56, 229 s.; sulla parte avuta da P. Krüger v. *Praefatio*, p. LXXV; cfr. F. SCHULZ, ZSS, RA, XLVII (1927), pp. XI s. Fu approntata anche un'edizione minore (sempre in collaborazione con P. Krüger): *Corpus Iuris Civilis*, I, *pars secunda*, Berolini 1877 (ultima rist. Berlino 1954).

⁽¹⁵⁾ *Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis edd. adsumpto apparatu P. Krüger Th. Mommsen*, I, Berolini 1905. Sulla parte anche qui avuta da P. Krüger cfr. F. SCHULZ, *op. cit.* (nt. 14), pp. XXII s.

⁽¹⁶⁾ Si tenga presente ora l'importante tentativo di revisione del KUNKEL, *Untersuchungen z. Entwicklung des röm. Kriminalverfahrens*, München 1962, specie pp. 11 ss. e 18 ss.

⁽¹⁷⁾ Sul posto di Mommsen nella Filologia del suo secolo vedi le fini osservazioni di Karl REINHARDT, *Von Werken u. Formen*, Frankfurt 1948, pp. 431 s.

gueva dalla tradizione dell'Umanesimo giuridico era proprio il tentativo, profondamente antistorico, di utilizzare per la rappresentazione della dogmatica romana quella stessa sistematica e quelle stesse categorie di cui essa si andava servendo per il rinnovamento della scienza del diritto. Né essa poteva aspirare a divenire vera scienza storica fino a che il diritto romano fosse continuato a rimanere al servizio della dogmatica del diritto vigente. Una più accentuata concezione storica avrebbe infatti compromesso una interpretazione delle Pandette che potesse esser valida anche per il presente; una critica testuale completamente libera avrebbe finito per minacciare quell'ingegnoso edificio di risultati sicuri che si era venuto costruendo sulla base delle Pandette ⁽¹⁸⁾ — allo stesso modo ad es. di quanto avviene per lo studio critico della Bibbia che è destinato ogni volta a causare uno sconvolgimento della dogmatica teologica, quanto meno in assenza di una adeguata riflessione sulla diversità tra ermeneutica dogmatica ed ermeneutica storica ⁽¹⁹⁾. Questo spiega perché tutti i lavori storici e di critica testuale intrapresi in questa direzione, ed innanzi tutto quelli del Mommsen, non abbiano più che sfiorato il complesso delle fonti del Diritto comune.

La completa emancipazione della storia del diritto divenne possibile soltanto allorché la tarda Pandettistica, nel suo sforzo di preparazione di una codificazione del diritto privato, diede inizio al lavoro di edizione delle fonti romane. Non per caso infatti proprio negli anni Ottanta, con il concretizzarsi delle speranze per la realizzazione del BGB, compaiono i primi contributi fondamentali che fanno della Romanistica una vera scienza storica e che aprono la strada a nuovi metodi o a nuovi indirizzi di ricerca. Mi riferisco all'«*Edictum perpetuum*» di Otto Lenel ⁽²⁰⁾ (1884), alle «*Interpolationen in den Digesten*» (1887) di

⁽¹⁸⁾ Su questo dilemma cfr. *infra* alla nt. 33 la letteratura di argomento metodologico della Romanistica italiana e tedesca.

⁽¹⁹⁾ Su questo processo fondamentale GADAMER, *Verità e metodo*, cit., pp. 41 s., 211 ss., 480 ss.

⁽²⁰⁾ 1849-1935. Su questo grande uomo e ricercatore vedi la sua stessa autobiografia in: HINNEBERG, *Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, 1924; PRINGSHEIM, *StDoc*, I (1935), pp. 456 ss.; E. BUND, O. Lenel, in: *Freiburger Professoren des 19. u. 20. Jhs.*, 1957, pp. 77-100.

Otto Gradenwitz ⁽²¹⁾ e al « *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Weltreichs* » (1891) di Ludwig Mitteis ⁽²²⁾. Da questo momento ha inizio una repentina ascesa della storia del diritto romano e del diritto antico in genere, non soltanto in Germania e in Italia, la patria del diritto romano e della sua scienza, bensì anche in Francia e in Olanda dove poteva ricollegarsi alla tradizione dell'Umanesimo; nell'Europa centrale e sudorientale il suo sviluppo fu invece stimolato dall'influsso della scuola del Mitteis, di chiara provenienza austriaca. Attualmente sono pochi i Paesi di qualche importanza che si dedichino alla ricerca della storia giuridica romana e antica senza far ricorso al metodo storico-scientifico ⁽²³⁾.

Il risultato è stato un generale approfondimento ed ampliamento dei campi di ricerca tradizionali.

a) Accanto alle tecniche di edizione, prese a prestito dalla Filologia classica e sempre più affinate nel corso del XIX secolo (il cui apogeo è rappresentato dai *Digesta* del Mommsen e dalla *Collectio librorum iuris anteiustiniani* pure da lui curata), si andò sviluppando tutta un'opera di critica delle fonti giustiniane, la cd. critica interpolazionistica, che, scaturita da una esigenza di impostazione storica dei problemi e corretta ed affinata nel corso di crisi successive, riuscì a raggiungere sempre nuovi e più profondi strati della storia delle fonti e del diritto romano ⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ 1860-1935. Caratteristiche le sue notazioni autobiografiche in HINNEBERG, *Rechtswissenschaft*, cit.; vedi inoltre ALBERTARIO, *StDoc*, II (1936), pp. 251 ss.

⁽²²⁾ 1839-1921; dal 1899 in Lipsia, fondatore del moderno indirizzo di ricerca sulla storia del diritto antico non romano e Maestro della seconda grande generazione della Romanistica tedesca contemporanea. Una breve autobiografia in *DJZ*, XIV (1909), pp. 1037 s.; vedi inoltre WENGER, *L. Mitteis und sein Werk*, 1923; PARTSCH, *ZSS*, RA, XLIII (1922), pp. v-XXXI; SIEBER, *JherJb*, LXXII (1922), pp. I-XVIII.

⁽²³⁾ Un approfondito sguardo d'insieme alla situazione attuale dello studio del diritto romano in Europa e nel mondo in KOSCHAKER, *L'Europa* cit., pp. 593 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche); RICCOBONO, *BIDR*, XXXIV (1936/7), pp. 419 ss. (USA); dopo di lui: LAWSON, *The Teaching of Roman Law in the United Kingdom*, in: *Studi in mem. P. Koschaker*, II, 1954, pp. 271 ss.; MORA, *Über d. Unterricht d. röm. Recht in Ungarn* ecc., *RIDA*, XI (1964), pp. 409 ss.

⁽²⁴⁾ I principi, i criteri e gli sviluppi della ricerca interpolazionistica, decisivi per i fondamenti testuali del Diritto romano, non possono essere discussi in

b) La scoperta, l'edizione, il deciframento e la interpretazione di innumerevoli documenti portati alla luce in Medio Oriente dalla moderna archeologia (papiri e iscrizioni su materiale fittile in Egitto, Siria ed Asia Minore) ha offerto una quantità ormai sterminata di leggi ed atti pubblici e privati relativi ad un arco di più millenni e di diverse culture giuridiche. Così sono entrati per la prima volta nel campo visuale della ricerca storico-giuridica il diritto greco dell'epoca dei Tolomei, il diritto provinciale demotico e quello dell'Egitto romano; e ancora l'antico e il nuovo diritto babilonese, quello assiro, quello ittita ed altri «diritti di scrittura cuneiforme»⁽²⁵⁾. Queste campagne alessandrine della scienza storica hanno avuto per effetto la nascita di nuovi filoni di storiografia giuridica e la scoperta di ancora inesaurite ed inesauribili possibilità di comparazione. Il risultato finale è stato una relativizzazione della antica posizione di privilegio del diritto romano e la visione, tuttavia ingannevole, di una storia universale del diritto antico⁽²⁶⁾ in cui la tradizione umanistica, pedagogica e dogmatica del diritto romano si dissolvesse completamente.

c) Una serie di scienze ausiliarie come l'Archeologia della protostoria, la Storia della religione, la Linguistica, la Sociologia del diritto, la cd. Giurisprudenza etnologica hanno rafforzato queste tendenze con-

questa sede; cfr. ad es. KASER, ZSS, RA, LXIX (1952), pp. 60 ss. e approfonditamente WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, pp. 34 ss. Un breve, equilibrato sguardo d'insieme in KUNKEL, *Röm. Rechtsgeschichte* 4, Köln/Graz 1964, pp. 150 ss., 190 ss.

⁽²⁵⁾ Una panoramica animata dal calore di una presa di posizione personale (e dal punto di vista di una storia universale dell'Antichità) in WENGER, *Der heutige Stand der römischen Rechtswissenschaft*, 1927.

⁽²⁶⁾ Quale fu caldeggiata ad es. dal WENGER (per la prima volta in: *Römische und antike Rechtsgeschichte*, 1905; cfr. anche nt. 25). Sui pericoli di questa concezione vedi ad es. KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., pp. 486 ss. e 509 ss. (particolarmente importante come giudizio di uno dei primi conoscitori e valorizzatori della storia del diritto orientale come fondamento storico-giuridico per una ricerca strutturale comparata); si vedano qui anche le considerazioni sulla tendenza all'ampliamento dei materiali per la ricerca romanistica. I pericoli contro cui il Koschaker, in sintonia con la propria avversione al «Neumanesimo», mette in guardia sono quelli che gli sembrano minacciare la tradizione dogmatica del diritto romano in Europa. Il giudizio da me espresso nel testo non si riferisce al valore e alla necessità della indagine su altri diritti storici dell'Antichità e sui loro documentabili influssi reciproci (ad es. il diritto greco di tutte le epoche sul romano, la prassi documentale e le forme codificatorie dell'Oriente antico sulle corrispondenti greche, ecc.), bensì alla concezione di una unità originaria di principi ed istituzioni fondata su specifiche affinità di vita e di storia delle regioni mediterranee e mediorientali nell'Antichità. Questa è ormai oggi opinione corrente.

tribuendo al tempo stesso ad un generale ampliamento dell'oggetto e ad un arricchimento dell'istrumentario dello storico del diritto ⁽²⁷⁾.

Tutti questi eventi hanno fatto della storia del diritto antico a partire dagli inizi del XX secolo un indirizzo di ricerca nell'ambito della scienza dell'Antichità, mentre dal punto di vista accademico cattedre e attività d'insegnamento in genere hanno continuato ad avere la loro sede, a tutto vantaggio della formazione del giurista, nelle Facoltà di giurisprudenza. E in realtà un loro trasferimento all'interno delle Facoltà filosofiche avrebbe per effetto di sacrificarne ai meri interessi di ricerca dello storico del diritto ed alle sue necessità di sgravio dal lavoro l'insostituibile valore formativo per una preparazione civilistica moderna e libera da pregiudizi.

II. Un cammino analogo ha seguito la storia del diritto tedesco e quella dei diritti germanici. Senza legami con la Pandettistica e favorita dalla precoce agibilità sia delle fonti germaniche antiche che di quelle del Medioevo tedesco, esse raggiunsero rapidamente la maturità metodologica dei settori della scienza storica relativi all'Antichità e al Medioevo tedeschi.

1. Il loro studio delle fonti, a partire dalla pubblicazione ad opera del barone von Stein dei *Monumenta Germaniae*, il prodotto più significativo della concezione nazionale romantica della storia, rimase sempre in stretto collegamento con lo stadio più avanzato delle tecniche di edizione e della critica testuale germanistiche e medievalistiche. Le « *Fonti giuridiche dell'antica Frisia* » del Richthofen, le *Formulae* dello Zeumer, le *Leges Barbarorum* di Haenel, il *Sachsenspiegel* di Homeyer ed altre edizioni della Germanistica più risalente sono altrettante testimonianze immediate di questo collegamento.

2. Sebbene in misura minore che la Romanistica, anche la Germanistica del XIX secolo assunse impegni nel campo del diritto positivo contemporaneo, particolarmente a seguito della sua

⁽²⁷⁾ Questo vale soprattutto per ciò che concerne lo stato delle fonti, specie per la protostoria del diritto romano.

concezione di un diritto privato tedesco (positivo) comune e soprattutto in forza dei suoi legami con il diritto commerciale, basati forse sul malinteso ⁽²⁸⁾ ma certo fruttuosi. Tenuto conto del minor grado di dipendenza di questo campo del diritto dalla tradizione del Diritto comune, fu possibile alla Germanistica, sia pure attraverso errori poi rivelatisi fecondi, di esercitare sulla dogmatica un influsso maggiore e più vitale di quanto abbia invece potuto fare la storiografia giuridica romanistica sulla Pandettistica. Ad essa debbono la loro fondazione, come discipline dogmatiche particolari, il Diritto delle società e dei titoli di credito o il Diritto familiare patrimoniale; ma anche nel campo del Diritto commerciale, del Diritto delle associazioni, del Diritto immobiliare e nella teoria della comunione e della rappresentanza essa ha dato il suo contributo determinante alla costruzione dogmatica del diritto moderno ⁽²⁹⁾.

3. Ma soprattutto nel settore della storia del diritto medioevale la Germanistica si tenne in stretto contatto ed in rapporto di costante scambio ideale con la storiografia politica del Medioevo tedesco. In una sorta di generale divisione del lavoro toccò a questa la storia delle strutture costituzionali e a quella la storia del diritto privato: partizione ormai abbandonata nei moderni lavori di « *Verfassungsgeschichte* ».

Fatta propria la coscienza unitaria già tipica del Romanticismo, la storia del diritto tedesco si volse allo studio dell'intero settore delle fonti germaniche. Essa si pose quindi fin dall'inizio come storia del diritto germanico e, laddove si dedicò alla ricerca sull'autentico o supposto diritto germanico dell'Europa romanizzata, addirittura come storia del diritto europeo ⁽³⁰⁾. Gli studi

⁽²⁸⁾ Cfr. *supra*, I, p. 364, nt. 52.

⁽²⁹⁾ Cfr. da ultimo THIEME, ZSS, GA, LXXX (1962), pp. 25 s.

⁽³⁰⁾ Una revisione della teoria corrente, affermatasi sotto l'influsso della Germanistica tedesca, che gli elementi non romani degli ordinamenti giuridici spagnoli o italiani del Medioevo siano senz'altro di origine germanica, che cioè siano da ricondurre alle dirette influenze storiche e sociali dei gruppi etnici stabilitisi nell'Europa meridionale a seguito delle invasioni, è oggi chiaramente in pieno sviluppo. Nel quadro della nostra esposizione e nei limiti delle competenze dell'A. non è ora possibile soffermarsi su tale questione; vedi però *supra*, I, pp. 39 ss.

del Ficker sul diritto ereditario dell'Oriente germanico, le lezioni del Maurer sul diritto nordeuropeo, il diritto delle obbligazioni del Settentrione germanico (!) di Amira, la legislazione degli Anglosassoni del Liebermann, o, infine il diritto penale nelle saghe islandesi di A. Heusler sono esempi vecchi e nuovi di questa apertura di prospettiva. In tal modo anche la Germanistica, come la storiografia del diritto antico, si sviluppò, oltre gli stretti limiti posti dalle tradizionali divisioni accademiche parallelamente, alle scienze dell'Antichità germanica ed alle discipline filologiche, raggiungendo una propria maturità metodologica. E tutto ciò senza che si rendesse necessario quel sacrificio a favore dei valori normativi e pedagogici della formazione giuridica universitaria che invece la storicizzazione della Romanistica aveva richiesto. Al contrario la emancipazione della Germanistica dalla scienza del diritto privato e del diritto commerciale servì a rendere attingibili i fenomeni giuridici elementari della storia del diritto tedesco e della storia del diritto *tout-court*.

Particolarmente dannosa si è invece fin qui rivelata la distinzione, insita già nell'atto di fondazione della scuola, tra Germanistica e Romanistica: questo in particolare per la zona di confine tra la fine dell'Antichità e l'inizio del Medioevo ⁽³¹⁾ nell'Europa occidentale, per l'ultima età medioevale a partire dagli inizi della Recezione ⁽³²⁾ e per tutta la storia più recente del diritto privato.

III. 1. Da non sottovalutare sono le mutazioni indotte nella coscienza della stessa scienza del diritto dalla nascita di questa storiografia e dalla sua emancipazione dalla dogmatica giuridica. La prima conseguenza — paradossale, se si vuole, visto che il motore iniziale era stata la Scuola storica — fu l'abbandono

⁽³¹⁾ Una collaborazione tra Romanisti e Germanisti si è rivelata come indispensabile soprattutto dopo le indagini approfondite sul diritto volgare (occidentale) ad opera di Ernst LEVY (cfr. p. 27 e nt. 3). Un esempio: da una parte LEVY, *Vulgarization of Roman Law in the Middle Ages*, pp. 14-40 (ora in *Id.*, *Ges. Schriften*, I, 1963, pp. 220 ss.); dall'altra F. BEYERLE, *ZSS, GA, LXVII* (1950), pp. 1 ss.

⁽³²⁾ Cfr. *Evansion Maridakis*, I, Atene 1963, pp. 348 s. e in particolare adesso la *Festschrift J. Klein*, 1967, pp. 187 s.; sugli inizi della Recezione vedi *supra*, I, pp. 161 ss.; sul concetto stesso di « Recezione » cfr. I, p. 180 nt. 4.

definitivo del programma di una dogmatica giuridica storica come scienza del diritto positivo. Entrambe le discipline fondamentali della storia giuridica sono oggi infatti, quanto meno per ciò che concerne la ricerca, due settori particolari della scienza storica; esse sono cioè, per usare la terminologia tipica della moderna teoria della scienza, discipline ideografiche e non nomotetiche, in altre parole esse riguardano un Essere individuale e non un Dovere giuridico. D'altra parte i loro rappresentanti continuano ad essere giuristi e quindi ad avere una formazione dogmatica perché le tradizionali distinzioni tra Facoltà universitarie sono riuscite, per motivi di cui può dar conto solo la Sociologia del sapere, ad affermarsi più efficacemente che non altre partizioni dettate dalle diversità di metodo delle singole discipline. In tal modo la storia del diritto ha dovuto precocemente assoggettarsi ad una tensione che le è sostanzialmente estranea. Per un verso essa ha ripreso i metodi della storiografia generale, tutti orientati verso la realtà dell'oggetto, accettando in particolare le esigenze di completezza, di critica e di interpretazione libera dei materiali; conquiste oggi non più rinunciabili. E tuttavia, appunto per questo motivo, si è fatto problematico il suo rapporto con la scienza del diritto, nonostante che il rinnovamento di questa fosse stato iniziato da Hugo e Savigny all'insegna della scoperta della storicità dell'ordinamento giuridico vigente. La spiegazione va ricercata nel fatto che ormai, proprio a seguito dell'intensa luce fatta sull'intera verità storica, l'idealistico concetto pedagogico di tradizione della Scuola storica del diritto deve considerarsi superato. Allo storico del diritto non è più concesso di orientare la sua valutazione storica e i suoi risultati secondo le necessità normative della dogmatica giuridica. Tutto questo però ha avuto come risultato sia di rimettere in discussione il ruolo e la posizione della storia giuridica con riguardo al problema dell'insegnamento del diritto, sia di problematizzare la sua autocoscienza metodologica come autonomo settore di ricerca ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. su ciò che segue le osservazioni già fatte in I, pp. 5 ss., ntt. 5-14, il cui scopo là era tuttavia quello di offrire una giustificazione del metodo di questo libro, mentre ora ci sta a cuore la relazione tra il metodo della storia del diritto e la dogmatica giuridica. La letteratura sulla metodologia e sul va-

2. Un tentativo di superare queste difficoltà non può che muovere dalla constatazione che, mentre l'oggetto della storiografia generale è dato dall'Essere umano già trascorso, il particolare oggetto della storia giuridica è quella parte del passato

lore conoscitivo della storia giuridica è sterminata, anche perché ovviamente ogni storico del diritto cerca di dar conto della propria disciplina. La elencazione selezionata che seguirà non è conseguenza dell'applicazione di personali criteri valutativi bensì del particolare taglio del lavoro e dei limiti di competenza dell'A. Debbono rimanere ad es. necessariamente fuori dalla prospettiva tutte quelle indagini che riguardano la questione della storicità dell'ordinamento giuridico, anche se questo è divenuto, dalla fine del Giusnaturalismo laico precritico, il problema fondamentale della filosofia del diritto (cfr. I, pp. 480, 494 [sul Giusnaturalismo stori o], *supra*, 11 ss. [sulla Scuola storica], 98 s. [su Hegel]; inoltre la letteratura sulla specifica metodologia della Germanistica e purtroppo la maggior parte della bibliografia più antica e di quella in lingua straniera. Fatta questa premessa, si ricordi:

a) In generale sul rapporto tra storia e dogmatica del diritto, DROYSEN, *Istorica*, tr. it. Milano-Napoli 1966; SCHÖNFELD, *Schr. d. Königsberger Gelehrten Gesellsch.*, IV.2 (1927); LITT, *Wege und Irrwege geschichtl. Denkens*, 1948; Leo STRAUSS, *Natural Rights and History* (tr. ted. *Naturrecht u. Geschichte*, Stuttgart 1956); GADAMER, *Verità e metodo* cit., pp. 377 ss.; in preparazione: Sten GAGNÉR, *Zur Methodik neuerer rechtsgeschichte. Untersuchungen*, Stockholm/Göteborg/Uppsala 1967; cfr. inoltre WIEACKER, *Eranion Maridakis*, cit., I, pp. 352 ss.; ID. *Notizen sur rechtshist. Hermeneutik*, in: *Nachr. Gött. Ak. Wiss.*, 1964, pp. 6 ss.

b) Sul rapporto (particolarmente problematico a causa degli antichissimi legami tradizionali) tra il metodo della storia del diritto romano e la dogmatica del diritto privato attuale cresciuta dalle radici del Diritto Comune vedi in particolare (oltre alle indicazioni in WIEACKER, *Vom röm. Recht*, cit., pp. 327 s. e in KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte* cit., pp. 158 ss.): KOSCHAKER, *Die Krise des röm. Rechts u. der romanistischen Rechtswissenschaft*, 1938; ID., *L'Europa*, cit., pp. 573 ss.; WIEACKER, *ZAkDR* 1939, pp. 304 ss.; ID., *Studi in mem. Koschaker*, I, 1954, pp. 513 ss.; E. F. BRUCK, *Römisches Recht u. Rechtsprobl. der Gegenwart*, 1930; H. MITTEIS, *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*, 1947; E. GENZMER, *ZSS, RA, LXVII* (1950), pp. 595 ss.; DULCKEIT, *Phil. der Rechtsgesch.*, 1950, pp. 9 ss.; COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1950, pp. 279 ss.; H. MITTEIS, *Historismus und Rechtsgeschichte*, in: *Festg. Erich Kaufmann*, 1950, pp. 265 ss.; F. SCHWARZ, *AcP, CLII* (1952), pp. 108 ss.; KUNKEL, *G. Dulckeit als Rechtshistoriker*, *Rphil. u. Rdogm.*, Kiel 1955, pp. 12 ss.; VON LÜBTOW, *Reflexionen über Sein und Werden in der Rechtsgeschichte*, 1954; KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsforschung*, in: *Nachrichten Gött. Akad. Wiss.*, 1963. Della letteratura italiana, accanto allo scritto pieno di temperamento del RIC-

in cui sia riconoscibile una esperienza umana di diritto. L'interesse dello storico del diritto è dunque determinato e guidato dalla specifica esperienza di diritto che lui abbia personalmente; senza questa esperienza personale egli infatti non sarebbe in grado

COBONO contro la critica testuale «neumanistica» della Romanistica moderna (cfr. anche KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., pp. 500 ss.; di diversa opinione, tra gli altri, WIEACKER, *Gnomon.*, XXI [1949], pp. 187 ss.) apparso in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, XII (1929/30), pp. 500 ss. (cfr. anche la sua introduzione al volume di ASTUTI, *Alberico Gentili*, cit. [*supra*, I, p. 126 nt. 51]), vedi ad es.: BETTI, AG, XCIX, p. 129; *Id.*, Tijdschr., XV (1937), pp. 137 ss.; *Id.*, *Diritto romano*, I, Padova 1935, pp. xi ss. (dappertutto con accentuazione del compito dogmatico-sistematico della storia del diritto); BRONDI, *Prospettive romanistiche*, 1933; LAURIA, *Foro ital.*, 1936, pp. 49 ss.; *Id.*, *Ius*, I, Napoli 1955, pp. 1 ss.; GROSSO, *Problemi generali del dir. attraverso il diritto romano*, Torino 1948; cfr. anche *Id.*, *Annali triestini*, XX (1950), pp. 13 ss.; ora infine in maniera approfondita ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*², Torino 1964, particolarmente pp. 120 ss.; PUGLIESE, *Orientamenti nuovi nello studio del diritto romano*, in: *Annali di storia*, I (1957), pp. 43 ss. e PARADISI, *Studi mem. Koschaker*, II, 1954, pp. 307-380. Da ricordare anche: GEORGESCU, *Tijdschr.*, XVI (1938), pp. 404 ss.; *Id.*, *Problemele actuale ale dreptului roman*, Bucarest/Parigi (senza data ma 1943); contro il Betti e per una attualizzazione storica: VILLEY, *Nouv. Rev. Hist.*, 1946/47, pp. 207 ss.; HOETINCK, *Historische Rechtsbeschouwing*, Prolusione rettorale Amsterdam 1950; *Id.*, *ZSS, RA*, LXXII (1955), pp. 39 ss.; FEENSTRA, *Interpretatio multiplex*, Zwolle 1953 (sulla *interpretatio duplex* storico-dogmatica e sul problema della conoscenza storico-giuridica); GARCIA GALLO, *Anuario de hist. del Derecho*, LXXVI (1954), ed. spec.; *Id.*, *Rev. de Derecho Notarial*, XXXIX (1936), pp. 7-66; IGLESIAS, *St. Biondi*, II, Milano 1965, pp. 573 ss.

In questi scritti — circostanza indicativa della (feconda) crisi della Romanistica — predomina spesso la polemica: sia contro il «Neumanesimo» storico-filosofico che porterebbe la storia del diritto ad abdicare dalle sue responsabilità dogmatiche nei confronti della Giurisprudenza (Riccobono, Koschaker e in fondo anche Betti); sia contro il dogmatismo convenzionale, chiuso ad ogni conoscenza storica e dunque alla attuazione responsabile di una problematica storicamente orientata (Georgescu, Paradisi, Orestano, Grosso, Dulckei; quest'ultimo con una interpretazione degli istituti storici dal punto di vista della filosofia del diritto e della storia di Hegel). Come accade per ogni discussione obiettiva, i contrasti non sono insuperabili, nel senso che entrambi questi indirizzi di fondo si sono sviluppati sulla base di una ricerca strutturale comparata, la quale se da una parte ha saputo evitare di irrigidirsi in interpretazioni dogmatico-autoritative delle fonti, dall'altra si è guardata bene dal negare l'importanza di una ricerca storico-giuridica non valutativa in relazione al ruolo che il giurista è chiamato

di riconoscere la storia come storia del diritto né di interpretarla come tale ⁽³⁴⁾. Esiste dunque per lui una esperienza della giustizia come pure delle singole questioni di diritto, cioè dei singoli problemi giuridici ⁽³⁵⁾, che è al tempo stesso storicamente condizionata e tuttavia assoluta. La storia del diritto come « storia problematica » ⁽³⁶⁾, cioè come storia dei problemi giuridici e delle loro soluzioni durante l'intero arco del passato dell'umanità, può essere vista come disciplina autonoma.

Ma come può fare lo storico del diritto ad accertarsi della presenza di un problema giuridico nel suo materiale storico? Ciò gli sarebbe del tutto precluso se la storia fosse costituita da un groviglio informe di atti normativi, di decisioni e di negozi giuridici puramente individuali e casuali, senz'altro filo conduttore che l'arbitrio dei rapporti sociali di potere o di particolari condizioni di consapevolezza. In verità, però, lo storico del diritto, in forza della esperienza che lui stesso ha dei problemi giuridici, si trova in condizione di riconoscere nel suo materiale una serie numerosa ma delimitata di tipi di istituti, di problemi e di soluzioni, cioè di compagini normative e problematiche stabilizzate, che a loro volta possono essere ricondotti ad una quantità limitata di strutture sociali ed economiche: così ad es. il matrimonio, la famiglia, il patrimonio familiare, la successione, la proprietà, le associazioni, negozi di credito e di scambio, la rappresentanza, l'agire in interesse di terzi, ecc. Ci asteniamo volutamente dall'usare per queste compagini il termine, spontaneo ma

a svolgere nel presente (cfr. anche *supra*, I, pp. 5 s. e nt. 5). Il compromesso cui si accenna sopra nel testo risulta proprio dall'equilibrio tra modo di intendere ed « applicazione » del problema storico-giuridico, con specifico riguardo agli interessi giuridici dello storico del diritto.

c) Su problemi analoghi della storia del diritto tedesco si veda K. S. BADER, *Aufgaben und Methoden d. Rechtshist.*, 1951, pp. 5 ss.

⁽³⁴⁾ Cfr. *supra*, I, p. 6 nt. 5 i.f.

⁽³⁵⁾ Sulla decisione giuridica come « soluzione di un problema » vedi *infra*, nt. 39.

⁽³⁶⁾ Esatto quindi H. MITTEIS, *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*, 1947, pp. 83 ss.; non diversamente in ultima analisi KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., pp. 584 ss., e BETTI (*supra*, nt. 33 b).

troppo carico di implicazioni metodologiche, di « tipo ideale » e preferiamo servirci della denominazione di « strutture materiali » (37).

Non è compito dello storico del diritto offrire una interpretazione metafisica di questa costante verificabile concretamente nel lavoro di ricerca di ognuno. E in fondo per lui è irrilevante sapere se essa sia spiegabile sulla base del presupposto di categorie morali a priori del-

(37) Cfr. per analoghe convinzioni sulle questioni fondamentali della teoria del diritto F. v. HIPPEL, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, 1936; ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956 (vedi *infra*, nt. 39). Con « strutture materiali » intendiamo designare qualcosa di simile a ciò che WELZEL chiama « strutture logico-materiali » (basti qui ricordare ID., *Naturrecht und Rechtspositivismus*, in: *Gött. Festschr. Niedermeyer*, 1953, pp. 290 ss.: « costanti logico-materiali che abbracciano a mò di tessuto l'intero settore del diritto positivo fornendogli un fondamento saldo e sottratto ad ogni arbitrio »; cfr. anche ID., *Diritto naturale*, cit., 1ª ed., Göttingen 1951, p. 197: « a prescindere da ogni disputa e da ogni dubbio su problemi concreti di valutazione, non si può ignorare l'esistenza di situazioni ontologiche fondamentali a cui è legata ogni possibile attività valutativa e che dunque pongono limiti precisi ad ogni apprezzamento ... Il legislatore ... è del pari costretto a tener conto di determinate strutture logico-materiali dell'oggetto della sua disciplina, senza di che tale disciplina risulterebbe falsata »). Nelle più recenti manifestazioni del suo pensiero (cfr. anche ID., *Diritto naturale*, cit., 4ª ed. [su cui si è fatta la tr. it.], p. 367 nt. 11; ID., *Naturrecht und Rechtspositivismus*, cit., pp. 290 ss.) il Welzel opera una distinzione tra strutture solo relativamente vincolanti per il legislatore, nel senso che il non tenerne conto determina la incoerenza di una certa disciplina ma non la sua nullità, e invece principi materiali immanenti che, a pena di immediata nullità, non possono essere violati da alcuna disposizione normativa statale. Nel nostro caso intendiamo riferirci prevalentemente a quelle circostanze materiali soltanto relativamente vincolanti. Approfonditamente ora HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964, pp. 274 ss.

Le strutture di cui qui è parola si possono invece considerare equivalenti alla « natura del fatto » (in senso storico-giuridico) soltanto se la si concepisce con il RADBRUCH (*Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1947, pp. 19 ss.; ID., *Die Natur der Sache als juristische Form*, in: *Festschr. Lawn*, Hamburg 1948, rist. Darmstadt 1960; ID., *Rechtsphilosophie* 4, 1950, pp. 98 s.) come « la determinazione materiale dell'idea » (o del problema giuridico) oppure se si presuppone con Arthur KAUFMANN (*Analogie und « Natur der Sache »*, 1965, specie pp. 93 ss.) l'esistenza di una struttura già tipologicamente preformata ed obiettiva della realtà. Affine anche la teoria dei « dati » (*données*) di F. GENY, *Science et technique en droit positif*, I (1914), pp. 96 ss.; II (1921), pp. 370 ss. Diversamente invece laddove nella natura del fatto si voglia vedere soltanto un momento interpretativo tramite il quale il soggetto giudicante (magistrato o ricercatore)

l'esistenza sociale dell'uomo, oppure come espressione di una logica insita nelle manifestazioni umane del fenomeno sociale e nella relativa presa di coscienza.

La definizione della storia del diritto come storia delle strutture giuridiche reali non significa un ritorno alle teorie giusnaturaliste. Il Giusnaturalismo riteneva infatti senza ombra di dubbio che fosse possibile individuare nello sviluppo storico contenuti validi di un Dover-essere giuridico-morale (« conclusioni »). La storia giuridica come storia di problemi si limita invece alla constatazione della esistenza di un numero finito di situazioni storiche problematiche cui corrisponde un numero finito di possibili soluzioni.

attribuisce un senso alla pura fattualità (così BARATTA, *Natura del fatto e diritto naturale*, in: Riv. Internaz. Filos. Dir., XXXVI (1959), pp. 177 ss., p. 222 e *passim*; analogamente BALLWEG, *Zu einer Lehre von der Natur der Sache*, 1960, pp. 68 ss.), oppure con STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache*, 1957, ci si riferisca all'assenza di contraddizioni nella valutazione relativa di fatti giuridici all'interno di un determinato sistema di valori.

Il problema della « natura del fatto » e quindi delle strutture materiali precostituite è stato ripreso e discusso, dopo il tramonto dell'astratto Giusnaturalismo laico (su Runde e Pütter cfr. *supra*, p. 13 nt. 22), dal Positivismo giuridico del XIX secolo (Eugen HUBER, ZRPhil, I [1914], pp. 39 ss.; Id., *Recht u. Rechtswiss.*, 1921, pp. 281 ss.; ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929; RADBRUCH, ARSP, XVII [1933/34], pp. 343 ss.); dalla fine del positivismo centralistico e totalitario nel 1945, la discussione si è sviluppata in direzione della possibilità di un diritto « metapositivo ». Della sempre crescente letteratura si ricordino qui inoltre: GUTZWILLER, *Zur Natur der Sache*, in: *Festgabe der juristischen Fakultät Freiburg i.Ü. zur. 59. Jahresvers. d. Schweiz. Jur. Vereins*, 1924, pp. 282 ss.; COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, pp. 118 s. e *passim*; Erik WOLF, *Das Problem der Naturrechtslehre*², 1964, pp. 107 ss.; MAIHOFFER, *Die Natur der Sache*, ARSP, XLIV (1958), pp. 145 ss.; LARENZ, *Festschr. Nikisch*, 1958, pp. 275 ss.; Id., *Storia del metodo*, cit., pp. 187 ss. e *passim*; ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, tr. it., Milano 1970, pp. 316 ss.; ESSER, *Grundsatz und Norm*, p. 102 e *passim* (indice analitico); FECHNER, *Rechtsphilosophie*², 1962, pp. 147 e 151; RINCK, JZ, XVIII (1963), p. 523; H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964, pp. 288 ss.; WIEACKER, *Gesetz und Richterkunst*, 1957, p. 14; DIESELHORST, *Die Natur der Sache am Beispiel der Saldotheorie*, 1967, pp. 1 ss. Della letteratura straniera cfr. BOBBIO, *Über den Begriff der Natur der Sache*, ARSP, XLIV (1958), pp. 1 ss.; TAMMELO, *The Nature of Facta as a Juristic Topos*, ERSP, XXXIX (1963), pp. 236 ss.; STONE, *The Nature of Things on the Way to Positivism*, ARSP, L (1964), pp. 145 ss.; SCHAMBECK, *Der Begriff der « Natur der Sache »*, Wien 1964.

Un tale principio conoscitivo è soltanto in apparenza formalistico o positivistico. Una prima determinazione contenutistica consegue infatti già dalla circostanza che il numero di questi problemi giuridici non è variabile a piacimento. La interpretazione storico-giuridica inoltre riesce a stabilire quali soluzioni, secondo una logica obiettiva e in una determinata situazione storica, siano da ritenere del tutto impossibili; e con l'applicazione degli stessi principi logici può anche distinguere tra soluzioni probabili e improbabili. Infine il rapporto specifico (interdipendenza o «relazionalità») ⁽²⁸⁾ tra determinati problemi o soluzioni storico-giuridiche e corrispondenti strutture economico-sociali storiche fornisce ulteriori dati per la interpretazione delle situazioni storico-giuridiche di volta in volta considerate. Tutte queste prospettive offrono dunque nel loro complesso un orientamento sufficiente al procedere metodologico dello storico del diritto ⁽²⁹⁾.

3. Questo modo di concepire la storia del diritto serve anche a ristabilirne l'intima relazione con quelli che sono i compiti della scienza del diritto. Se il compito pratico del giurista (del legisla-

⁽²⁸⁾ Sul punto STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem*, cit. (nt. 37, 1° cpv.), pp. 24 ss.; Arthur KAUFMANN, *Analogie*, cit. (nt. 37, 1° cpv.), p. 44.

⁽²⁹⁾ Lo stretto legame tra una conoscenza storica del diritto e la Giurisprudenza contemporanea risulta dal contributo che la natura del fatto è in grado di dare alla soluzione di problemi dogmatici attuali, almeno nei limiti in cui le strutture materiali possano servire alla individuazione di criteri di giustizia concreta. È vero che esse non ci dicono nulla su quale delle possibili soluzioni di un problema sia la più giusta, ma è anche vero che esse possono indicare quali siano le conseguenze logicamente intrinseche alla soluzione adottata e dunque giuste. Questo principio è soltanto apparentemente formalistico; applicato infatti alle conseguenze di un tipo strutturale concreto di ordinamento giuridico positivo generale esso riesce a fornire quei criteri di contenuto valutativi che il Giusnaturalismo laico razionalistico a suo tempo aveva invano cercato di scoprire. È questa la via che potrebbe portare ad una teoria generale delle strutture privatistiche, sul tipo di quella cui aspirava, sotto le premesse insufficienti del Positivismo, la «Prinzipienlehre» del BIERLING, o di quella cui si dedica oggi, con tutt'altro apparato metodologico, la Fenomenologia del diritto (*infra*, pp. 356 s.). La individuazione di un numero limitato di tipi strutturali e problemi e delle loro interrelazioni sembra essere indispensabile anche per una soluzione di principio dei problemi di qualificazione del diritto privato internazionale: ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 341 ss.; p. 17 e *passim*; vedi sul punto le precisazioni di WIEACKER, *JZ*, XII (1957), pp. 703 e 705.

tore, del giudice, dell'avvocato e del teorico) consiste infatti nel riconoscere e risolvere specifici problemi giuridici ⁽⁴⁰⁾, allora è subito chiaro perché la storia del diritto deve rimanere di competenza del giurista: soltanto questi infatti è in grado di avvicinarsi all'oggetto storico essendo dotato di una sufficiente esperienza di problemi giuridici attuali. E soprattutto diviene evidente quale contributo lo storico del diritto sia in condizione di offrire alla dogmatica giuridica odierna. L'operatore giuridico orienta le sue decisioni, in sede normativa o giudiziaria, secondo un complesso di punti di vista valutativi in cui vengono a trovarsi in primo piano le leggi, l'ordinamento costituzionale e le convenzioni morali della società in cui vive, senza tuttavia che questo conduca sempre necessariamente ad un esauriente livello di concretizzazione. Alla ricerca di simili criteri di maggiore aderenza alla realtà, specie per tutti quei problemi che sono un prodotto della nostra società, la storia del diritto non potrà dare che un contributo limitato: non ci si potrà attendere dal romanista informazioni e consigli utilizzabili in legislazione e giurisprudenza nei settori del traffico, delle assicurazioni sociali o dei brevetti. Diversamente invece nell'ambito del diritto privato i cui problemi hanno un carattere di costante attualità che li pone in una con-

(40) Cfr. per tutto ciò *infra*, pp. 359 s. Fondamentale VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, Milano 1962, specie pp. 94 ss.; inoltre ESSER, *Grundsatz u. Norm cit.*, pp. 102 ss., 306 ss. e *passim*; Id., ARSP, XLIII (1957), pp. 261 ss.; WIEACKER, *Gesetzesrecht und richterl. Kunstregel*, JZ, XII (1957), pp. 70 ss. (su Esser); Id., *Gesetz und Richterkunst*, 1958, pp. 13 s.; cfr. già WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 194 ss.; da ultimo PORZIO, *La topica nella giurisprudenza*, Arch. Pen., 1964, pp. 2 ss. (a cui si contrappone ENGISCH, *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, Studium Generale, X (1957), pp. 173 ss. che sottolinea invece la necessità di un sistema se non assiomatico per lo meno concluso; cfr. anche LARENZ, *Storia del metodo*, cit., p. 196 che intende il sistema come la relazione di « principi direttivi dell'ordinamento giuridico coerentemente collegati »: di più sulla questione *infra*, p. 360, nt. 48). Secondo la prospettiva del VIEHWEG, è la struttura problematica della questione di diritto concreta a fare della decisione la soluzione di un problema; e una tale decisione può essere ricavata euristicamente con l'aiuto degli strumenti di una « topica giuridica ». Riguardo a queste esigenze decisionali, dogmi e concetti saranno allora modelli o schemi di soluzioni possibili dei problemi giuridici, sulla cui esattezza si dovrà giudicare secondo un criterio di probabilità razionale.

dizione di relativa indipendenza dalle moderne strutture sociali; a ciò si aggiunge il loro inserimento nel flusso di una tradizione, sia essa quella del Diritto comune o quella del diritto nazionale, che costituisce l'antecedente storico dell'ordinamento giuridico odierno. Qui la storia del diritto può proiettare problemi e soluzioni, quasi come col braccio di un pantografo, nelle profondità del tempo — allo stesso modo che la ricerca comparata riesce a proiettarli nel più ampio spazio della molteplicità degli ordinamenti. Questo sussidio non si limita al dettaglio dogmatico: quanto più riesce allo storico del diritto di penetrare sempre più complesse strutture problematiche, tanto maggiori contributi sarà in grado di fornire ad una teoria generale delle strutture e dei principi giuridici.

Così intesa, la storia del diritto dopo essere passata attraverso l'esperienza dello Storicismo riacquista pienamente il suo posto all'interno della scienza giuridica. Dietro sé essa lascia, ormai superata, l'antica autorità normativa del *Corpus Iuris*, su cui si era basata per quasi otto secoli la dogmatica civilistica europea, insieme alla parziale legittimazione che l'idea del *Volksgeist* aveva offerto all'antico diritto tedesco. La conoscenza di entrambe le tradizioni rimane indispensabile per la comprensione dell'ordinamento giuridico tedesco vigente; ai loro contenuti non si collega più tuttavia un'autorità normativa, né da un punto di vista umanistico né da un punto di vista nazionale. Alcuni storici del diritto, certo non i peggiori, si sentono a disagio in seguito al venir meno di questa autorità culturale; essi sono coscienti del fatto che all'uomo non è dato vivere secondo giustizia in mancanza di tradizione e di una coscienza autonoma e dunque diffidano con ragione del positivismo legislativo del nostro tempo. E tuttavia la storia del diritto, proprio attraverso l'emancipazione dal modo tradizionale di servirsi delle fonti storico-giuridiche, è divenuta capace di riconoscere nel materiale storico i problemi giuridici elementari e di offrirne una attendibile mediazione al giurista pratico, mettendo così in atto l'unica possibilità concessa alla nostra limitata esistenza terrena di « attualizzare il passato nel presente » (41).

(41) LITT, *Wege und Irrwege geschichtl. Denkens*, 1948, p. 103.

LA PANDETTISTICA E IL POSITIVISMO GIURIDICO

I. Presupposti e caratteri del Positivismo giuridico. — II. La funzione giuridico-politica del Positivismo scientifico. — III. Il diffondersi della Pandettistica in Europa. — IV. I rappresentanti della Pandettistica. — V. Gli oppositori.

I. 1. Nonostante l'impressione contraria suscitata dal suo programma e a parte singoli lavori storico-giuridici, lo sforzo ideale preponderante della Scuola storica si era rivolto alla costruzione di una scienza sistematica del diritto civile risolvendosi conseguentemente in ciò che si volle chiamare — dal titolo più ricorrente nella sua produzione manualistica ⁽¹⁾ — « scienza delle Pandette » o Pandettistica. Essa si schiuse dunque completamente a quell'indirizzo formalistico che Anselm Feuerbach e la « *Metodologia* » del giovane Savigny avevano inaugurato e la cui essenza consisteva nella applicazione ai materiali del Diritto comune della sistematica e dell'apparato concettuale dell'ultimo Giusnaturalismo laico. Fu Puchta ad offrire il fondamento programmatico di questo compito assegnando, in questa nuova epoca di « scientificità », alla scienza giuridica e ai giuristi da essa formati (sulle orme del « *Beruf* » di Savigny) il monopolio dell'applicazione e del continuo perfezionamento del diritto. E fu sempre Puchta ad introdurre il procedimento della deduzione di nuove regole di diritto dalla « evoluzione » del concetto logico e dunque a legittimare la « produzione giuridica » della Giurisprudenza costruttiva. Nel periodo immediatamente successivo lo sviluppo del metodo costruttivo

(1) È questo l'unico plausibile motivo della denominazione tradizionale, dal momento che tutte le correnti della scienza giuridica europea, fatta salva l'autonoma autorità di Glossatori e Commentatori, si sono sempre rifatte nella loro sostanza alle Pandette di Giustiniano.

della Pandettistica si dovette soprattutto a Jhering, Gerber e Laband che ne promossero l'applicazione anche ad altre discipline, in primo luogo al Diritto pubblico ⁽²⁾. La concezione del diritto che faceva da supporto a queste nuove tendenze era quella del Positivismo giuridico ⁽³⁾, secondo cui le norme e la loro applicazione erano fatte derivare esclusivamente dal sistema, dai concetti e dai principi dottrinari della scienza del diritto senza riconoscimento alcuno della forza creativa o modificatrice di valori e istanze extragiuridici, ad es. di natura religiosa, sociale o scientifica. « Considerazioni etiche, politiche o economiche non sono di competenza del giurista come tale » scriveva ancora nel 1884 uno degli esponenti classici del Positivismo come Windscheid ⁽⁴⁾ (con il che non intendeva certo tuttavia impedire tali considerazioni al legislatore, nel caso alla Prima commissione per l'apprestamento del BGB della quale faceva parte lui stesso). Il fondamento etico di questo atteggiamento veniva ravvisato da Savigny e dai suoi contemporanei nella filosofia del diritto di Kant secondo cui l'ordinamento giuridico non coincide con la morale, bensì è quello che ne permette l'attuazione, e dunque è dotato di una « esistenza autonoma » ⁽⁵⁾. Fondamento

⁽²⁾ WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 97 ss.; 143 ss. (Gerber), 5 ss. (Laband).

⁽³⁾ Vedi sul punto Erik WOLF, *Große Rechtsdenker*, cit., pp. 662 ss. e *passim*; SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., pp. 68 ss.; 496 ss.; 510 ss.; DAHM, *Deutsches Recht. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts*², Stuttgart 1963, 124 ss.; BOEHMER, *Grundl. des bürgerlichen Rechts*, II.1, 1951, pp. 73 ss.; 122 ss.; WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 5 ss. e *passim*; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 19 ss.; chiaro anche VIEHWEG, *Que veut-on dire par positivisme juridique?* in: *Arch. de Philosophie*, X (1965), pp. 181 ss.; BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza penale*, Milano 1965; DUGUIT, *L'Etat, le droit positif et la loi positive*, Paris 1901; DEL VECCHIO, *Sulla positività come carattere del diritto*, Modena 1911. Con riguardo al Formalismo G. VICÉN, NEGRI (p. 393, nt. 13) e PORZIO, *Formalismo e antiformalismo nello sviluppo della metodologia giuridica moderna*, in: *Boll. della bibl. degli Ist. giur. Napoli*, VII/VIII (1961/2), pp. 213-368 (su Savigny, Puchta, Gerber, pp. 254 ss.; su Jhering, pp. 280 s.; 322 ss. e su Windschied 320); BÖCKENFÖRDE (*op. cit.*, *supra*, p. 15, nt. 30), pp. 20 ss. e *passim*; JØRGENSEN, *Traek of Privatrettens Udvikling of Systematik*, Aarhus 1966, pp. 5 ss., 31 ss.

⁽⁴⁾ WINDSCHEID, *Die Aufgaben der Rechtswiss.*, in: *Ges. Reden u. Abh.*, 1904, p. 101, su cui vedi ora FLUME, *Richter u. Gesetz*, 1967, 17 ss.

⁽⁵⁾ *Supra*, pp. 10 e 75.

filosofico, questo, che era destinato ovviamente a perdere progressivamente vigore per le generazioni successive.

Il Positivismo giuridico ⁽⁶⁾ del XIX secolo deve essere tenuto ben distinto da altri aspetti del Positivismo: innanzi tutto dal Positivismo legislativo, cioè da quella concezione, ripetutamente e giustamente combattuta ma nella pratica ancor oggi dominante, secondo cui il diritto è un prodotto esclusivo dello Stato legislatore e si risolve nei suoi comandi; in secondo luogo, poi, da quel generale Positivismo scientifico, che elevato dal Comte verso la metà del secolo a filosofia, addirittura ad una sorta di pseudoreligione, limitava le possibilità di spiegazione dei fenomeni umani alla pura osservazione e sistemazione scientifica di manifestazioni fisiche, sociali e psicologiche ⁽⁷⁾. Il Positivismo giuridico ha in comune con gli altri due aspetti — e comunque anch'esso esclusivamente nei suoi ultimi sviluppi — soltanto la rinuncia alla ricerca di una fondazione metafisica del diritto e il riconoscimento della incondizionata autonomia della scienza. In nessun caso pertanto si deve confonderlo con gli altri due o comunque porlo semplicemente sul loro stesso piano ⁽⁸⁾. Tenuto

⁽⁶⁾ I concetti « diritto positivo » e « Positivismo » (come l'equivalente tedesco *Recht setzen* e forse anche *Gesetz*) si rifanno tutti a *legem ponere*; *ius positum* è il diritto emanato per legge, *ius positivum* è l'ordinamento giuridico in quanto riposi sul principio della « emanazione normativa ». Si tratta senza dubbio di una derivazione dal greco *θεσει δικαίον* che la Chiesa medievale riprende da Aristotele attraverso la mediazione del tardo commento di Calcidio al Timeo di Platone (vedi KUTTNER, NRevHist, IV (1936), pp. 728 ss.); il commentario risente l'influsso della retorica aristotelica: GAGNÉR, *Stud. z. Ideengesch. d. Gesetzgebung*, Uppsala 1960, pp. 179 ss.; in questo lavoro è trattato anche il problema della influenza del commento di Calcidio sul Platonismo di Chartres (la Glossa di Guillaume de Conches) e per suo tramite sulle tarde aggiunte al Decreto di Graziano e quindi sul diritto canonico. Approva e integra ULLMANN, *Tijdschr.*, XXIX (1961), p. 123.

⁽⁷⁾ Sugli effetti del Positivismo scientifico (« Naturalismo ») sulla scienza del diritto successiva avremo modo di soffermarci più tardi (*infra*, pp. 154 s., 314 ss.).

⁽⁸⁾ Così fa invece SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., pp. 68 ss., 510 ss., il quale tra Positivismo giuridico, filosofico (Ludwig Feuerbach, Comte, J. Stuart Mill) e scientifico (delle scienze naturali) fa altrettanto poca differenza che, nel campo del diritto, tra Positivismo giuridico, Positivismo legislativo e Naturalismo (« Positivismo finalistico »; BOEHMER, *Grdl. d. bürg. Rechts*, cit., p. 132). Analogamente LARENZ, *Storia del metodo*, cit., p. 38, anche se cionondimeno non disconosce l'importante fondamento etico-giuridico in Puchta (pp. 19 ss.) e in Windscheid (pp. 32 s.) che non consentiva una immediata accettazione del Positivismo storico e naturalistico. Il PORZIO, *Formalismo*, cit., mette in relazione

conto delle sue origini dal Formalismo gnoseocritico kantiano (*supra*, p. 9), sarebbe più esatto designarlo come **F o r m a l i s m o** giuridico.

2. Le conseguenze più importanti derivanti dalla circostanza che il Positivismo giuridico fosse convinto della deducibilità del diritto esclusivamente dal sistema, dai concetti e dai principi dottrinari riconosciuti della sua attività scientifica ⁽⁹⁾ possono essere sintetizzate come segue:

in maniera ancora più decisa, con pregiudizio per la sua analisi altrimenti profonda, Formalismo e Giurisprudenza concettuale con il concetto di legge delle scienze naturali; con il che il rapporto tra « Antiformalismo » (Naturalismo) e Determinismo scientifico o la rivolta di Jhering contro la Giurisprudenza concettuale diventano ovviamente inspiegabili. Tutti questi malintesi sembrano essere stati resi possibili dall'infelice richiamo di Jhering al « metodo storic-naturale » (*infra*, nt. 13). Anche Erik WOLF, nella sua valutazione (sostanzialmente negativa) del Positivismo giuridico, si schiera contro il suo « modo di atteggiarsi secondo le scienze naturali (pp. 623 s.) o quanto meno in generale secondo i canoni del Positivismo delle scienze dello spirito; egli riprova espressamente (p. 626) le « definizioni di genere » della terminologia positivista, ad es. il « bassorilievo greco » (senza distinguere tra arcaico, ellenistico ecc.), « il romanzo » (lo stesso se francese o cinese, pedagogico o psicologico), « l'economia » o « lo Stato » (dei Tedeschi o dei Malesi, dei Germani o degli Aztechi). Non possiamo soffermarci qui sulla legittimità di questa critica (cfr. *supra*, I, p. 9, nt. 14; II, pp. 116 ss.); comunque non è possibile fondare la critica del Positivismo giuridico su un rifiuto globale della ammissibilità di tipi generali di strutture associative umane o di costruzioni giuridiche. Alla base della critica di Wolf, come in Schönfeld, si intravedono piuttosto presupposti teologici o metafisici che lo storico del diritto farebbe bene intanto a lasciare dove sono. Del resto l'assunzione nella scienza del diritto di immagini tratte dalle scienze della natura è un fenomeno dovuto al tardo, naturalistico Jhering (*infra*, nt. 13 i.f.). Si potrebbe ovviare a tali malintesi accettando per il Positivismo giuridico la definizione di Formalismo giuridico (nt. 3, i.f.), che troverebbe il proprio fondamento nei presupposti del sorgere della scienza del diritto nel XIX secolo (*supra*, pp. 31 ss.).

⁽⁹⁾ In pratica il Positivismo giuridico, oltretutto nella derivazione assiomatica da sistema e concetti, ha sempre fondato le proprie affermazioni di principio anche su procedimenti autoritativi o « topici », su norme non deducibili ma oggetto di tradizione, su conclusioni induttive, sull'analogia, sulla « natura del fatto », sulle « caratteristiche del rapporto giuridico » o sulla « costruzione produttiva » (*infra*, nt. 61), cioè sull'intero *Thesaurus* (ESSER) di principi che l'art. 1 secondo comma del ZGB svizzero denomina « dottrina e tradizione consolidate ». Lo schizzo che segue rappresenta pertanto una semplificazione stilizzata: cfr. da ultimo FLUME (*supra*, nt. 4), pp. 15 ss., 24 s.

a) Un determinato ordinamento giuridico è sempre un sistema concluso di istituti e di norme, indipendente dalla realtà sociale dei rapporti di vita da esso regolati ⁽¹⁰⁾. Partendo da questa premessa è possibile in linea di principio risolvere qualsiasi caso per il tramite di una semplice operazione logica che riconduca il caso particolare sotto il giudizio ipotetico rappresentato dal principio dogmatico generale (e implicito già in ogni concetto giuridico) ⁽¹¹⁾. La aspettativa che un tale procedimento conduca anche ad una decisione giusta si fonda su un ulteriore presupposto. I concetti giuridici (ad es. diritto soggettivo, diritto reale, accessorietà del diritto di pegno, elasticità della proprietà) non posseggono soltanto, come si è sempre ammesso, un valore ordinativo sistematico, pedagogico o semantico in forza del quale essi siano utilizzabili, come « monete di conto » o simboli matematici di un linguaggio scientifico specializzato, ad es. nell'insegnamento o nella motivazione scientifica della decisione. Essi posseggono piuttosto una propria realtà immediata ⁽¹²⁾ derivante dall'essersi concretizzata in loro una tale quantità di convinzioni estemporanee sul diritto giusto, che la loro coerente applicazione (allo stesso modo che un principio meccanico o una formula fisica) non può che condurre necessariamente ad una decisione esatta (cioè giusta). Il punto di partenza di un tale metodo va ricercato nell'opinione,

⁽¹⁰⁾ La organizzazione di un tale intreccio sistematico conchiuso era stata l'idea di fondo e il contributo genuino del rinnovamento della scienza del diritto intorno al 1800 (v. *supra*, pp. 39 s., 75). Sul progressivo distacco degli istituti dal loro *humus* sociale cfr. p. 81.

⁽¹¹⁾ Ciò si trova in netto contrasto con la convinzione oggi largamente acquisita che l'applicazione della norma si verifichi in una relazione costante di reciprocità tra dato di fatto oggetto della decisione e regola generale contenuta nella norma: ENGISCH, *Logische Studien* ², Heidelberg 1960, pp. 15 ss. («andare e venire dello sguardo tra norma e fattispecie concreta»); ESSER, *Grundsatz und Norm, passim*; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., p. 111 («rapporto dialettico tra norma e decisione»); WIRACKER, *Zur rechts-theoret. Präzis. d. § 242 BGB*, Tübingen 1956, («continuo perfezionamento puntuale del diritto nel giudizio»); MICHAELIS, *Über das Verhältnis von log. u. prakt. Richtigkeit bei d. sog. Subsumption*, in: *Gött. Festschr. OLG Celle*, 1961, pp. 117 ss., specie p. 130.

⁽¹²⁾ Analoga a quella che viene attribuita in virtù della loro struttura reale ad alcune « costanti naturali » della Fisica odierna (così alla velocità della luce o al *quantum* energetico del Planck).

basata sull'ideale scientifico dell'Idealismo formale, che la giustezza logico-concettuale e sistematica di una affermazione scientifica debba essere anche fondamento sufficiente della sua esattezza. Nella forma estrema assunta ad opera della Giurisprudenza dei concetti, cioè nel c.d. « metodo storico-naturale »⁽¹³⁾, una tale idea assurge alla convinzione — non più seriamente sostenibile sulla base dei suoi presupposti — che diritti e situazioni giuridiche siano oggetti reali, soggetti alle leggi generali della fisica. Se ne sostiene la impermeabilità (dove c'è *A* non può esserci anche *B*), il vincolo alla successione temporale (un diritto non può essere contemporaneamente di *A* e di *B*, ma seppure soltanto per una sorta di « secondo giuridico », o di *A* o di *B* un diritto già estinto non può essere estinto una seconda volta), la elasticità (il diritto di proprietà, venute meno le limitazioni eventualmente esistenti, riacquista tutta la sua estensione originaria)⁽¹⁴⁾. Per tenere l'occhio sulla forza germinale della « costruzione produttiva », questo tipo di Giurisprudenza concettuale finisce con il perdere di vista che

(13) Su cui v. WIEACKER, *R. v. Jhering*, Leipzig 1943, pp. 28 ss.; WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 59 ss.; PORZIO, *Formalismo*, cit., pp. 280 ss. La denominazione è presente soprattutto nel giovane Jhering in fase di « giurisprudenza costruttiva » (*Geist d. röm. Rechts*, II.1^a, 1854, pp. 29 ss., 40; II.2, pp. 388 s., 392 e *passim*; *JherJb*, I (1857), pp. 18, 29 e *passim*). L'espressione (oggi antiquata) « storico-naturale » sta semplicemente per « fisico », come se diritti ed effetti giuridici fossero entità o qualità fisiche (cfr. LARENZ, *Metodo*, cit., pp. 28 s.) Si tratta nel caso non tanto dell'inammissibile traslato di principi delle scienze naturali, quanto piuttosto di un linguaggio figurato caratteristico dello Jhering, il cui errore consiste non nell'ingenuo naturalismo bensì nella sfocatura del problema metodologico. E in effetti questi « smarrimenti naturalistici pseudo-scientifici » di Jhering non hanno avuto precursori (nemmeno in Puchta) né in genere seguaci (LARENZ, *Metodo*, cit., p. 32).

(14) Esempi caratteristici: il trattamento del cd. problema dei doppi effetti (ntt. 15 s.) sotto il profilo della impossibilità di « cancellare » una seconda volta mediante impugnazione (§§ 123, 142 BGB) un negozio già nullo (ad es. per incapacità negoziale); oppure la realtà del cosiddetto *secondo giuridico* durante il quale il possessore provvisorio (per es. nel caso di un costituito possessore anticipato del debitore ipotecario quale ipotizzato dai §§ 455, 930, 1120 i.f.; cfr. RGJW, XXXIII, pp. 1762 ss.) deve essere divenuto per un attimo proprietario permettendo così il sorgere della responsabilità ipotecaria. Cfr. sul punto WIEACKER, *Die Juristische Sekunde* etc., in: *Existenz u. Ordn., Festschr. Erik Wolf*, Frankfurt 1962, pp. 421 ss.

tutti i principi e concetti giuridici si fondano su norme e su complessi di norme e quindi sono affermazioni concernenti un *d o v e r e s s e r e* giuridico e non un essere materiale.

La critica a questo procedimento, subito screditato come mitologia scientifica o anche, per dirla con le parole di Jhering, come « slogan fatto assurgere a metodo scientifico », non può essere in questa sede ulteriormente sviluppata ⁽¹⁵⁾. Dovremo accontentarci del seguente breve cenno: il problema può essere ricondotto alla questione se in queste manifestazioni (ricorrenti nella giurisprudenza specializzata di civiltà ed epoche diverse) si rispecchi idealmente l'esistenza di rapporti logico-materiali fondamentali ⁽¹⁶⁾; o, ancor più precisamente, se le prospettive interne e le rappresentazioni verbali di fatti giuridici siano, o no, necessariamente legate alle forme rappresentative ed espressive create dall'uomo nella estrinsecazione delle sue qualità naturali nel descrivere gli oggetti del suo ambiente esteriore; e quindi, in ultima analisi, se esista una necessaria corrispondenza tra le diverse forme di relazioni concettuali concernenti fatti giuridici e fatti o processi naturali ⁽¹⁷⁾. Se si vuol risolvere correttamente questo problema,

⁽¹⁵⁾ Vedi PAWLOWSKI, NJW, XI (1958), pp. 1561 ss.; LARENZ, *Metodo*, cit., pp. 27 ss. e *passim*; WIEACKER, *Jhering*, cit., pp. 23 ss.; ID., *Jurist. Sekunde*, cit., pp. 445 ss. La condanna del metodo « storico-naturale » è riuscita oggi ad affermarsi sia a seguito della stessa critica operata dalla Giurisprudenza degli interessi sia per gli sforzi del Neokantismo diretti ad una netta distinzione tra l'istrumentario concettuale delle scienze della natura e quello delle scienze dello spirito (*infra*, p. 347): indicativa la generale approvazione che il rifiuto di Th. KIPP della inconcepibilità di una duplicità di effetti (*Festschr. v. Martitz*, 1911, pp. 211 ss.) ha incontrato negli ultimi tempi.

⁽¹⁶⁾ In questo senso si muove specificamente la Fenomenologia giuridica: Gerhart HUSSERL, *Rechtsh. u. Rechtsgelt.*, I, 1925, p. 11; ID., *Recht und Welt*, 1930 (ora *Recht und Welt, Rphil. Abh.*, Frankfurt 1964, pp. 67 ss.). Coerentemente Husserl ritiene inammissibile la duplicità di effetti (*supra* nt. 14 e 15): ArchDroitPriv, I, Athen 1934, pp. 690 ss.; ora in: *Recht u. Welt*, pp. 217 ss. (Bibl. 218, nt. 1-3). In generale SOMMER, *Krit. Realismus u. posit. Rechtswiss.*, I, 1929, pp. 73 ss.; REINACH, *Die aprior. Grundl. d. bürger. R.*, 1913, pp. 8 ss.

⁽¹⁷⁾ V. già BIERLING, *Jur. Prinzipienlehre*, IV, 1911, p. 383; WELZEL, *Naturalismus u. Wertphil.*, 1935, p. 74 e *passim*; ESSER, *Wert u. Bedeutung der Rechtsfiktionen*, 1940 (su cui v. la critica di WIEACKER, *ZgesStaatsw*, CII (1941), pp. 183 s.); WIEACKER, *Jhering*, cit., pp. 28 ss. e ora (con più cautela) *Die Jur. Sekunde*, pp. 449 s.; ENGISCH, *Vom Weltbild d. Juristen*¹, Heidelberg 1950, spec. pp. 9 ss.; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 61 s. e *passim*; H. HENKEL, *Einf. in d. Rechtsphilosoph.*, 1964. In RÜMELIN, *R. v. Jhering*, 1922, p. 46 e nt. 2, il problema assume, sotto l'influsso della Giurisprudenza degli interessi, l'aspetto

bisognerà fare delle distinzioni: le correlazioni logiche e delle varie affermazioni scientifiche (nel rispetto ad es. del principio di non contraddizione o del « *tertium non datur* ») ⁽¹⁸⁾, cui tende ogni disciplina e non soltanto la « Giurisprudenza dei concetti », è condizione assolutamente necessaria della giustezza (e quindi della giustizia) di quelle affermazioni; se non si osservano le regole di questa logica classica ci si trova nell'impossibilità assoluta di affermare qualcosa di sensato su qualsivoglia oggetto ⁽¹⁹⁾. La oggettivazione invece che il « metodo storico-naturale » vuol fare delle correlazioni interne del dover essere giuridico non rappresenta niente più che una conclusione per analogia dalle relazioni esistenti tra cose e avvenimenti nel mondo sensibile a quelle tra le condizioni del dover essere. Dal momento che questa conclusione non può essere verificata, le metafore naturalistiche non servono a dirci nulla (né di vero né di falso) sui contenuti delle norme; esse possono rappresentare al massimo sussidi prospettici per la individuazione (*inventio*) di soluzioni fruttuose. Nella capacità creativa di tali metafore si manifesta quindi, non la materiale realtà delle fattispecie giuridiche, bensì la ricchezza e la forza del pensiero giuridico nella ricerca, illustrazione e motivazione delle proprie prese di posizione di fronte ai problemi.

b) Il sistema del Positivismo giuridico è un sistema chiuso che concepisce se stesso come privo di lacune ⁽²⁰⁾. Con ciò

di una questione circa « le somiglianze tra la causalità di avvenimenti percepibili e le condizioni della finalità dell'azione umana » — dove la relazione tra causalità e finalità umana non è altro che un tipico presupposto naturalistico della Giurisprudenza degli interessi (cfr. *infra*, p. 321) e dunque non si tratta più di una analogia ontologica.

⁽¹⁸⁾ Su quanto segue v. già WIEACKER, *Jurist. Sekunde*, cit., pp. 443 ss., 447 s. (con riferimento al contenuto di giustizia della concezione della successione temporale in quella particolare figura giuridica: e dunque non un principio di logica materiale).

⁽¹⁹⁾ Cfr. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it., Milano 1970, pp. 59 ss. e *passim*. Una verifica di questa constatazione dal punto di vista della nuova teoria della logica delle affermazioni non può essere intrapresa in questa sede; v. per tutti U. KLUG, *Juristische Logik* ², Berlin 1966.

⁽²⁰⁾ È questa una rivendicazione che si trova già implicita nella idea di una scienza del diritto sistematica quale quella degli inizi dell'Ottocento; essa fu avanzata esplicitamente già da A. FEUERBACH (VICÉN, *Sobre los origines*, cit., *supra* nt. 3) e da Savigny (nel primo volume del *Sistema* [1839], pp. 267 s., 296 s. « Unità e compiutezza dell'intero complesso delle fonti giuridiche ») e in seguito portata avanti soprattutto da C. F. v. Gerber (1823-1891; cfr. WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 100 ss., 161 ss.; PORZIO, *Formalismo*, cit., pp. 343 ss.) anche più

non s'intende ovviamente la non-lacunosità delle norme giuridiche positive. È piuttosto la collocazione dei concetti nella piramide concettuale ed il loro contesto logico-sistematico ad offrire la possibilità di colmare continuamente le lacune legislative tramite una « costruzione produttiva ». È proprio a questa pretesa che va ricondotto l'incessante lavoro di lima e di mola intorno ai vari concetti giuridici fino alla loro completa riduzione in conformità al sistema. Una volta condotto a termine questo lavoro scientifico sui concetti, sarà possibile e sufficiente per qualsivoglia caso reale la sua sussunzione logica sotto un principio o una categoria. In tal modo la funzione del giudice si riduce necessariamente al mero atto dell'esatto inquadramento logico della fattispecie. È per questo che critici del Positivismo come Heck e Isay parlano ironicamente del giudice come dell'« automa della sussunzione »; ed in effetti c'è in tutto ciò qualcosa che potrebbe far pensare, anche se alla lontana, alle reazioni programmate degli attuali elaboratori elettronici. Nemmeno in presenza di apparenti « lacune » (di cui ovviamente un efficiente impegno teorico diminuirà le probabilità) gli organi giudicanti produrranno nuovo

tardi ha continuato a rappresentare il marchio di fabbrica del Positivismo giuridico più rigoroso (il postulato corrisponde, secondo SCHÖNFELD, alla pretesa della Matematica di dover dare risposta a qualsiasi problema purché sensato: DAVID HILBERT, *Das axiomatische Denken*, in: *Mathem. Annalen*, LXXVIII [1918], p. 412). E esso sarebbe dovuto cadere con l'avvento del Positivismo legislativo vista l'evidente incompletezza delle codificazioni; la questione continua tuttavia ad esistere come problema della natura topica (aperta) o assiomatica (chiusa) del sistema del Diritto. Sul problema delle lacune: BERGBOHM, *Jurispr. u. Rphil.*, I, 1892, pp. 367 ss., 384 ss.; ZITELMANN, *Lücken im Recht*, 1903; BRÜTT, *Kunst der Rechtsanwendung*, 1907, pp. 74 s.; STAMMLER, *Theorie der Rechtswiss.*, 1911, pp. 641 ss.; KORNFELD, *Soziale Machtverhältnisse*, 1911, pp. 123 ss.; ELZE, *Lücken im Gesetz*, 1916; HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, 1914, pp. 162 ss.; EHRLICH, *Juristische Logik*, 1918, pp. 135 ss., 215 ss.; JUNG, AcP, CXVIII (1920), pp. 107 ss.; BURCKHARDT, *Die Lücken des Gesetzes*, 1923; Eugen HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung*, 1921, p. 352. Recentemente inoltre: ENGISCH, *Festschr. Sauer*, 1950, pp. 85 ss.; ID., *Introduzione*, cit., pp. 217 ss. e *passim*; LARENZ, *Festschr. Nikisch*, 1958, pp. 275 ss.; ID., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin 1960, pp. 279 ss.; KLUG, *Jur. Logik*, cit.; ID., *Rechtslücke u. Rechtsgeltung*, in: *Festschr. Nipperdey*, I, 1965, pp. 71 ss.; Arthur KAUFMANN, *Analogie u. « Natur der Sache »*, Karlsruhe 1965, pp. 1 ss.; CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 1964.

diritto: seppur sotto tali sembianze, essi non faranno in realtà che portare alla luce soluzioni latenti implicite nel sistema.

Il dogma dell'assenza di lacune è stato oggi in linea di massima abbandonato. Va detto tuttavia che i suoi critici hanno preso in generale come punto di riferimento il tardo Positivismo legislativo, riguardo al quale la lacunosità delle norme è di tutta evidenza; al contrario però non va ignorato che l'ordinamento giuridico nella sua interezza, scritto e non scritto (quest'ultimo dal Positivismo legislativo riconosciuto soltanto entro limiti rigorosi), è per definizione senza lacune, per lo meno fintanto che si tenga fermo al principio che ogni decisione di qualsivoglia caso, per quanto nuovo e straordinario, rappresenta una decisione giuridica. Nei confronti di questo Positivismo scientifico non legislativo la critica di cui sopra potrà trovare una giustificazione solo nei limiti in cui essa muova il rimprovero di far valere, per stabilire il diritto applicabile, unicamente criteri logico-giuridici senza aperture a punti di vista diversamente orientati da questa logica di sistema. Ma anche in questo caso — pure a prescindere dal continuo richiamo ai rapporti della vita reale attraverso procedimenti induttivi, cui nessuna valida giurisprudenza concettuale si sente di rinunciare — si mancherebbe di considerare che lo stretto vincolo del giudice alla dottrina in un ordinamento privo di codificazione non ha altro scopo che di garantire la neutralità del giudizio attraverso la prevedibilità e la certezza dell'applicazione del diritto. Quella dell'assenza di lacune è dunque una finzione (cosa che, del resto, il Positivismo più serio non ha mai negato⁽²¹⁾), ma una finzione consapevole motivata da riflessioni di politica del diritto⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ Il pauroso attaccamento del *БЕРГВОМ* (*supra*, nt. 20) rappresenta una eccezione.

⁽²²⁾ Con il suo procedimento costruttivo e con il suo dogma della sussunzione il Positivismo giuridico del XIX secolo si trova in deciso contrasto con altre culture giuridiche positivistiche cioè non condizionate da una riflessione consapevole su regolativi metafisici o sociali. Glossatori e Commentatori ad es. fondano le loro decisioni sull'autorità del *Corpus Iuris* (o della Glossa), sulla *communis opinio*, su figure argomentative di natura esegetica e su topoi (v. l'approfondito lavoro di L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1965, pp. 77 ss.). I giuristi inglesi si richiamano alla tradizione e ai precedenti (la cui applicazione presuppone già almeno un giudizio di similarità). I giuristi romani si rifanno volentieri per la dimostrazione dell'evidenza dei loro responsi, oltretutto all'*auctoritas iurisconsultorum* e al *ius receptum* (LOMBARDI, *Saggio*, cit., pp. 17 ss.), ad argomenti logico-materiali e «storico-naturali»; essi rifiutano tuttavia espressamente la deduzione di responsi (*ius*) mediante sussunzione sotto regole generali o premesse maggiori (per la difficile interpretazione di D. 50, 17,

3. A questo vincolo del giudice alla dottrina corrisponde l'ideale di formazione scientifica del Positivismo ⁽²³⁾. Anche al Positivismo giuridico infatti, come ad ogni altra concezione particolare del diritto, corrisponde un proprio programma di formazione professionale del giurista. Si tratta in fondo dello stesso che, nonostante tutte le crisi esterne ed interne del diritto e dei giuristi, è rimasto ancor oggi operante. Il futuro giurista prima di qualsiasi contatto con la pratica riceve dalle cattedre universitarie, dopo propedeutiche lezioni storiche, il materiale ordinato con criteri di successione sistematica e fatto oggetto di rigorosa elaborazione concettuale. Egli avrà poi opportunità di fare esercizio di applicazione pratica non su casi concreti o almeno su atti processuali bensì su fattispecie liquide, cioè su casi simbolici rispetto ai quali è suo compito precipuo il loro esatto

1 pr. cfr. BEHRENS, ZSS, RA, LXXV (1958), pp. 353 ss.; KASER, *Zur Methode d. röm. Rechtsf.*, Göttingen 1962, pp. 61 f.; da ultimo HAUSMANINGER, cfr. RIDA ³, XII (1965), pp. 507 s.). Per simili ordinamenti giuridici, in considerazione della loro concezione di diritto e della funzione sociale del diritto giurisprudenziale, il postulato dell'assenza di lacune non può che rappresentare un corpo estraneo.

Il Positivismo giuridico si accorda invece con tutte quelle altre culture giuridiche che si trovano in contrasto con il pensiero « giusnaturalistico » (di qualsiasi fattura): è a questo pensiero che si deve infatti la verifica della legge e del diritto alla prova di principi generali e materiali di un'etica sociale non positiva (ed è per questo che esso viene perseguito fin negli angoli più riposti e con acredine rivelatrice da epigoni del Positivismo quali BERGBOHM). Del pari il Positivismo si oppone anche a quelle vitali concezioni giuridiche pre-scientifiche che fondano le loro decisioni sulla tradizione, la consuetudine, le forme di vita o le irriflesse convinzioni dei consociati (cfr. per il più antico diritto tedesco *supra*, I, pp. 41 e 147); e infine esso si pone anche contro il Naturalismo giuridico che è abituato a concepire il diritto come strumento pianificato per la soddisfazione di interessi economici, sociali o politici dei singoli, di gruppi o dell'intera società, facendo dipendere da tali interessi il contenuto della decisione (pp. 154 s.; 339 ss.).

⁽²³⁾ RADBRUCH, *Rechtsphilos.*⁴, 1950, pp. 128 s., 168 ss.; FORSTHOFF, *Zges Staatsw*, XCVI (1936), pp. 55 s., ed ora soprattutto le precise constatazioni del gruppo di lavoro per la riforma dell'istruzione giuridica: *Die Ausbildung der deutschen Juristen. Darstellung, Kritik und Reform*, ed. da G. HUSSERL, W. KUNKEL ed altri, 1960, pp. 88 ss., 232 ss.; qui anche un quadro dell'istruzione giuridica all'estero: pp. 9 ss. (Stati Uniti, Inghilterra), pp. 26 ss. (Francia), pp. 43 ss. (Austria, Svizzera, Olanda, Svezia, Belgio).

inquadramento come pretese giuridiche (*qualis sit actio*). Scopo analogo persegue il congegno del primo degli esami di Stato che in Germania il giurista è chiamato a sostenere nel corso della sua formazione professionale.

Questo ideale educativo, spesso criticato, perfino deriso, certo paurosamente unilaterale, aveva tuttavia originariamente un fondamento morale (in senso pratico) e giuridico-politico: il suo « prodotto » avrebbe dovuto essere il funzionario dello Stato votato al concetto kantiano del dovere ed imbevuto di cultura scientifica ed umanistica. Alla preparazione di un tale tipo di servitore dello Stato era funzionalizzato il rinnovamento della Università tedesca nello spirito dell'ideale humboldtiano di cultura il cui marchio di fabbrica avrebbe dovuto essere rappresentato dalla nuova Università di Berlino. In questo senso Savigny aveva descritto nel « *Beruf* » la formazione del giurista al servizio dello Stato; in vista di questo compito egli doveva conoscere di storia e al tempo stesso essere in grado di praticare una scienza del diritto « filosofica ». Il prestigio che derivava al giurista da un tale complesso di formazione morale e intellettuale riposava dunque sulla considerazione di cui la scienza del diritto godeva tra i governanti e nell'opinione pubblica colta. Se il ceto tedesco dei giuristi aveva già raggiunto una sua integrità morale nell'austero clima universitario dei tempi di Guglielmo I e di Federico il Grande (o dei loro equivalenti negli altri territori), esso acquisterà il proprio prestigio spirituale soltanto da quel rinnovamento della Giurisprudenza in senso kantiano e neumanistico che l'ambiente culturale tedesco aveva operato intorno al 1800 ⁽²⁴⁾. Solo così diviene comprensibile il quasi inesauribile credito pubblico goduto dalla scienza giuridica fino alla fine del secolo scorso; e allora diverrà anche chiaro il grado della crisi sociale e ideale in cui si dibatte il giurista accademico a partire dalla fine dell'ideale umanistico di cultura.

⁽²⁴⁾ Sulla storia dell'etica professionale del giudice a partire dal 1500 v. l'ottimo lavoro del DÖHRING, *Gesch. d. deutsch. Rechtspflege* cit., pp. 88-104 (passaggio da un orientamento religioso ad uno secolare, atteggiamento differenziato nei confronti dell'Illuminismo, infine « nuova fondazione dell'etica del giudice » all'epoca dell'Idealismo tedesco). Per l'etica dell'avvocato cfr. ID., pp. 156-165.

II. 1. Anche la funzione giuridico-politica originaria del Positivismo scientifico si è andata tramutando fino a diventare irricognoscibile sotto la spinta dei rivolgimenti sociali e politici degli ultimi cento anni e della critica ideologica che ha fatto loro seguito. Ed era inevitabile che in un'epoca di conflitti ideologici e sociali non si potesse più giudicare serenamente un indirizzo giurisprudenziale escludente per principio ogni « riferimento politico, sociale o economico » (25). Come logica conseguenza necessaria il formalismo della scienza del diritto ha potuto suscitare, come contrasto, un naturalismo sociale e politico (*infra*, pp. 150 ss.; 314 ss.). In realtà oggi si tende a trascurare che la stessa neutralità del Positivismo giuridico racchiude in sé un principio valutativo e quindi una scelta politica e di etica sociale: una scelta che si esprimeva nell'inquadramento costituzionale della giurisprudenza entro la cornice dello Stato di diritto del XIX secolo — come conferma, del resto, l'irreprensibile senso civico e la disciplina morale dei fondatori e dei seguaci del Positivismo. Il presupposto necessario di un tale atteggiamento era costituito dal venir meno di quei principi di giustizia una volta religiosamente fondati e già chiaramente evidenti nel Formalismo del tardo Giusnaturalismo laico e infine nel fallimento della metafisica idealistica del diritto

(25) Le condizioni morali, sociali e politiche della realizzazione del diritto tramite applicazione del diritto positivo sono state vistosamente trascurate dalla scienza tedesca del diritto privato, certo come conseguenza del suo ideale formalistico; rappresentano un'eccezione a questo riguardo all'interno della scienza giuridica le correnti naturalistiche: da Jhering, attraverso la Scuola del diritto libero fino alla Giurisprudenza degli interessi. Altrimenti la scienza del diritto ha preferito abbandonare questo campo alla Sociologia e alla Critica sociale — in contrasto con il pensiero giuridico americano e scandinavo; per tutti ROSCOE POUND, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, in: *Harvard Law Review*, XXIV/XXV (1911), pp. 591 ss. (una esposizione di questo modo di vedere si trova in quasi tutte le opere principali di Pound); C. K. ALLEN, *Law in the Making*², 1946; cfr. anche FRIEDMANN, *Legal Theorie*², 1947, pp. 125 ss.; ulteriore letteratura europea *infra*, pp. 327 s. e nt. 38. Per la Germania almeno EHRlich, *Soziologie des Rechts*, 1904; KORNFELD, *Soziale Machtverhältnisse*, 1911; ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1927, e, ancora insuperato, MAX WEBER, *Sociologia del diritto*, in: *Economia e società*², II vol., trad. it., Milano 1974, pp. 1-201; su cui da ultimo ENGISCH, *Max Weber als Rechtsphilosoph und Rechtssoziologie*, in: *Münchener Gedächtnisschrift für M. Weber*, Berlin 1966, pp. 67 ss.

dell'ultimo Hegel: questa situazione tuttavia, che ha significato la dipendenza definitiva del diritto positivo da surrogati della idea di giustizia, non è stata indotta dai fondatori del Positivismo scientifico e non può pertanto essere posta a loro carico.

La funzione indiretta di surrogato del principio di giustizia derivava infatti dalla neutralizzazione della Giurisprudenza come attività ormai responsabile soltanto di fronte a sé stessa. La risposta dello Stato di diritto borghese al problema del rapporto tra Stato e società si concretizza nel vuoto di potere tollerato nell'ambito dell'ordinamento giuridico borghese. Questo vuoto significa per il giudice una necessaria perdita di forza: *pouvoir neutre, pouvoir nulle*. Naturalmente con il vincolare il giudice a principi scientifici precisi, verificabili ed accettati dall'opinione pubblica lo Stato di diritto raggiunge pure il risultato di bandire dal campo della amministrazione della giustizia anche l'intero spettro dei contrastanti interessi sociali ed economici di quella società liberista, il cui principio fondamentale di funzionamento è proprio costituito dal regolamento degli interessi in conflitto. Con ciò però è riuscita al Positivismo la piena applicazione delle regole del gioco tipiche di quella società, in particolare della composizione dei contrasti attraverso regolamentazione formale anziché mediante aperte prove di forza, profilandosi così quale corifeo di giustizia in un'epoca in cui una comune coscienza giuridica ha ormai cessato di esistere.

Non va tuttavia taciuto che anche quella società liberista costituiva pur sempre l'espressione, seppure sbiadita, di una materiale concezione etico-sociale: quella del tardo Giusnaturalismo laico e dell'etica kantiana della libertà. Soltanto allorché questo sottofondo scompare completamente, il Positivismo diventa fine a sé stesso.

La Giurisprudenza specializzata diventa una sorta di camera di compensazione: innanzitutto nel rapporto tra Stato autoritario e società borghese; in seguito, e fino ad oggi, nella lotta tra le classi, tra le ideologie e le confessioni, tra le organizzazioni economiche e professionali, tra le parti contrapposte nei conflitti di lavoro. E infatti in una società pluralista soltanto il regolamento formale offerto dal diritto positivo può avere pretese di fungere da istanza arbitrale. Il fondamento di questa posizione si trova

già implicito nei principi dell'ordinamento giudiziario statale: la separazione dei poteri, la indipendenza del giudice e il suo essere vincolato al diritto (come prodotto sia della scienza giuridica che del legislatore).

2. La valutazione negativa, oggi diffusa, del Positivismo giuridico necessita dunque di una revisione. Destituita di ogni fondamento è l'interpretazione che tende ad accomunare questo Positivismo a quel Positivismo legislativo di cui si sono fatte negli ultimi decenni terribili esperienze e che è ormai irrimediabilmente compromesso. Il pericolo infatti che la demagogia fondata su una maggioranza casuale o il regime che si richiami alla legittimazione del proprio potere estorta al popolo da lui oppresso riescano ad elevare a legge il loro crudo interesse era escluso fin dall'inizio proprio dalla indipendenza del Positivismo scientifico dalla legge ⁽²⁰⁾.

Ancora una circostanza è necessario tener presente. In un mondo come il nostro, caratterizzato da continui rivolgimenti sociali ed economici, può apparire come un invito al rifiuto di ogni responsabilità la regola del Positivismo secondo la quale il giurista « come tale » deve astenersi da qualsiasi valutazione etica, sociale od economica. Eppure si tratta del presupposto comune a tutte le concezioni del diritto che abbiano ritenuto il loro oggetto come un valore autonomo senza volutamente ed immediatamente richiamarsi ad istanze metagiuridiche (religione, dottrine etiche, ideologie). Tutti gli ordinamenti giuridici più saldi e du-

⁽²⁰⁾ Una caratteristica simpatia del Positivismo concettualista, da Puchta a Laband, per le forze conservatrici o reazionarie della società del XIX secolo (così WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 135 ss., 168 ss.; Formalismo come « Escapismo », comoda scarpatoia) non mi sembra (almeno al di fuori della scienza del diritto pubblico) provata in modo stringente. Contro di essa depone già la collocazione politica di Mommsen, di Jhering e della magistratura tedesca prima della fondazione del Reich; più cauto anche PORZIO, *op. cit.* (*supra*, nt. 3), pp. 190 ss., 294 ss. e *passim*; specialmente p. 297. È tuttavia esatto che l'atteggiamento del Positivismo corrisponde precisamente al tipico compromesso costituzionalista tra « monarca e democrazia » (WILHELM, *Metodologia*, cit., p. 177) cioè tra Stato e società; ed altrettanto vero è il fatto della sua autoidentificazione con la società a lui contemporanea.

raturi si sono fondati su questa autonomia: il romano come l'inglese, la giurisprudenza medievale come in generale gli ordinamenti prescientifici di ogni società ben organizzata. Tutti hanno sottinteso la giustizia immanente del diritto vigente ed hanno confidato nella sua attuazione a seguito dell'applicazione di criteri generali quali l'osservanza della tradizione, dell'autorità, della logica di conclusioni e concetti ⁽²⁷⁾. All'osservatore odierno la maggior parte di questi procedimenti ricognitivi di diritto possono sembrare giustificazioni acritiche di situazioni preesistenti; in ogni caso essi presuppongono l'esistenza, al di là di ogni diritto positivo, di convinzioni giuridiche comuni quali si lasciano ravvisare per la società romana o in pieno Medioevo. Ciò non toglie tuttavia che essi conducessero a risultati che, per quanto basati su fondamenti metagiuridici (teologici, morali o ideologici), avessero un loro carattere di giustizia nei limiti in cui rappresentassero la garanzia dell'applicazione costante di principi radicati nella coscienza giuridica di una società. E precisamente questo imbrigliamento dei conflitti sociali attraverso un regolamento giuridico autonomo costituisce nei tempi più antichi il vero contributo dei giuristi europei, quello che ha dato al mondo occidentale il suo inconfondibile carattere legalistico ⁽²⁸⁾.

3. La Pandettistica è stata capace di soddisfare queste esigenze fintantoché le sue concettualizzazioni fondamentali si sono basate su un tipo di etica del *Dovere* e della *Libertà* che trovava rispondenza nella coscienza morale della maggior parte dei contemporanei. Soltanto questo le ha permesso in linea di massima di incanalare giuridicamente i grandi cambiamenti prodotti dalla rivoluzione industriale a partire dalla metà del secolo e di conservarsi alla meno peggio come istanza ordinatrice formale fino

⁽²⁷⁾ Un tentativo di caratterizzazione e di interpretazione in chiave psicologico-sociale dell'atteggiamento di culture giuridiche altamente sviluppate, ritroso all'aperta riflessione sulla giustizia astratta, è presente, sull'esempio della giurisprudenza romana, in WIEACKER, *Vom röm. Recht*², Stuttgart 1961, pp. 148 ss. e soprattutto pp. 75 ss. Ancora più approfondito ora L. LOMBARDI, *Saggio sul div. giurisprudenziale*, cit., pp. 1-76.

⁽²⁸⁾ Cfr. *supra*, I, p. 88.

alla crisi europea del 1914. Alla lunga tuttavia essa, come del resto lo Stato di diritto borghese di cui era al servizio, non riuscì ad essere all'altezza dei successivi sviluppi dell'economia e della coscienza sociale nel XIX secolo; al contrario essa divenne addirittura uno strumento atto a mantenere situazioni d'ingiustizia sociale. L'astrattezza del diritto privato e il principio dell'autonomia privata che rendevano possibili le « libere » contrattazioni in materia di lavoro e di locazione, l'illimitato indebitamento delle persone e dei suoli, la divisione ereditaria e la polverizzazione del patrimonio, rappresentava un vantaggio per gruppi economici finanziari, commerciali ed industriali in espansione a scapito delle professioni e delle classi meno privilegiate dal punto di vista del capitale, a causa delle loro sfavorevoli condizioni di partenza. Il cosciente ed espresso atteggiamento di sfavore dell'ordinamento giuridico del XIX secolo nei confronti non soltanto del lavoro dipendente ne sottolinea in maniera decisa il fallimento. Mentre il carattere reazionario del diritto regolante i rapporti di lavoro agricolo e in genere di lavoro dipendente stabiliva la coercibilità *manu militari* dell'obbligazione del lavoratore ponendo notevoli limiti alla sua libertà, l'espresso divieto di ogni forma di coalizione operaia impediva qualsiasi accordo salariale o forme di solidarietà per il caso di licenziamento o misure di lotta sindacale. Questo processo si era andato svolgendo con la tacita approvazione della borghesia che anzi ne aveva promosso lo sviluppo nell'ambito della sfera dei propri interessi. In tal modo divenne possibile quella autoidentificazione del mondo imprenditoriale con l'intera società, che costituisce il peccato originale del secolo XIX. Le concezioni sociali del mondo moderno che rifiutano il Liberalismo socio-economico del XIX secolo portano a condividere il rimprovero, anticipato da Marx ma poi ripreso da tutti i teorici più responsabili della fine del secolo, che la Pandettistica, con i suoi principi dell'autonomia contrattuale e della libertà del dominio, si sia fatta strumento della società di classe borghese. E tuttavia tale rimprovero, almeno nella versione romantica e nazionalista secondo cui il male sarebbe derivato da una « seconda » o da una « postreazione » del diritto romano, è chiaramente infondato. Proprio le forme giuridiche infatti specifiche del capitalismo (società di capitali, credito ipotecario, titoli

di credito, il regolamento del commercio all'ingrosso) non possono essere considerate creazioni né del diritto romano né della Pandettistica romanistica. Pertinente è invece la critica che questa non sia riuscita ad impedire l'abuso del diritto privato astratto. La Pandettistica corrispondeva allo spirito dei suoi tempi e va quindi necessariamente considerata in un giudizio storico generale su quei tempi; giudizio cui del resto nessuna epoca si può sottrarre.

Nonostante le tendenze conservatrici della maggior parte dei suoi fondatori, il Positivismo scientifico si trovava in inconsapevole armonia con le rivendicazioni politiche ed economiche dell'età del Liberalismo. I concetti fondamentali di autonomia privata, di diritto soggettivo, di proprietà, di pretesa giuridica che erano stati ripresi dalla dottrina del diritto di Kant andarono incontro agli interessi economici della classe imprenditrice più di quanto essa ne fosse cosciente. Il classicismo apparentemente astratto del suo linguaggio, ignorando le tradizionali concrete distinzioni di ceto e di professione, favorì le tendenze alla razionalizzazione della società emerse dalla Rivoluzione industriale.

III. 1. Nella particolare situazione della Germania d'allora la Pandettistica ebbe anche ad assumersi una missione di politica nazionale. Nel persistente particolarismo giuridico della Confederazione tedesca e degli esordi del Reich bismarckiano, ad essa si dovette il raggiungimento dell'unità in dogmatica, in dottrina e in giurisprudenza anche al di fuori dell'ambito d'applicazione del Diritto comune. In tal modo essa anticipò, e con ancor maggiore libertà e produttività scientifica, la unificazione del diritto raggiunta più tardi con il BGB. Le codificazioni del XIX secolo, dal Codice commerciale tedesco alla legislazione giudiziaria del Reich allo stesso BGB, sono la creazione più autentica di quella rinnovata scienza giuridica che, del tutto in linea con le previsioni di Savigny e contro il Thibaut, aveva reso la Germania matura per una codificazione unitaria nazionale intrecciando un discreto ma saldo legame di unità tedesca.

2. La Pandettistica avrebbe tuttavia ben presto superato i confini della Germania. In Svizzera la scienza del diritto pri-

vato⁽²⁰⁾, dopo gli studi del Bachofen presso Savigny e a seguito dell'opera di un altro allievo di Savigny, il Keller, nonché degli esordi privatistici del Bluntschli a Zurigo, divenne una delle irradiazioni più feconde di entrambe le correnti della Scuola storica, costantemente vivificata da un continuo scambio di studiosi pur nel persistente carattere autoctono. Il codice zurighese di diritto privato del Bluntschli (1853-1856), la disciplina delle obbligazioni del 1887, lo stesso esemplare codice civile di Eugen Huber non sono pensabili, in una atmosfera dominata da un pensiero giuridico molto più materiale, senza il contributo della Pandettistica il cui frutto più maturo in tema di legislazione è forse proprio lo ZGB. In Austria invece la Scuola storica prese piede più lentamente, soprattutto a partire dalla riforma del ministro Thun-Hohenstein (*supra*, I, p. 518)⁽²⁰⁾; ciò non ostante seppe svilupparsi, ad opera di Hasenöhr, Unger⁽²¹⁾, Exner e dei loro allievi, in un fruttuoso lavoro di critica all'ABGB. Nella storia dei diritti dell'Antichità Ludwig Mitteis acquisì una posizione di primo piano.

3. Già fin dagli inizi inoltre la Pandettistica prese a far risentire i suoi effetti al di là dello spazio linguistico e culturale tedesco⁽²²⁾. Il suo metodo e la sua sistematica esercitarono il loro influsso in modo particolare in Ungheria e nell'Europa sudorien-

(20) Su cui in particolare A. B. SCHWARZ, *Das röm. Recht and der Univ. Zürich im ersten Jh. ihres Bestehens*, Zürich 1938; ID., *Andreas von Tuhr*, Zürich 1938; KOSCHAKER, *L'Europa e il dir. rom.*, cit., pp. 450, 467; E. GENZMER, ZSS, RA, LXVII (1950), pp. 605 s.

(20) V. in generale VON MAYR, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, p. 24; EHRENZWEIG, *Syst. d. österr. allgem. Privatrechts*, I, § 8; RABEL, *Festschr. z. Jahrhundertfeier des ABGB*, II, 1911, pp. 823 ss.; A. B. SCHWARZ, *op. cit. (supra)*, nt. 31), pp. 434 s.; KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., p. 450; cfr. anche *supra*, I, p. 518 alle note 60 e 61.

(21) Sull'incontro di Unger con le opere di Savigny, v. LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III.2, pp. 917 s.

(22) Su quel che segue v. in generale A. B. SCHWARZ, *Einflüsse deutscher Zivilistik im Ausland*, in: *Symbolae Frib. in hon. O. Lenel* (senza data, ma 1935), pp. 425 ss. (ora anche *Rechtsgesch. u. Gegenwart*, in: *Ges. Schriften*, 1960, pp. 26-72; KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., p. 467 (Danimarca), pp. 373 ss. (Inghilterra), pp. 467 s. (Francia, Italia), p. 227 (Giappone), p. 229 (Russia) e pp. 221 s. (Stati Uniti); da ultimo THIEME, *Die dtisch. histor. Rechtsschule Savignys u. ihre ausländ. Jünger*

tale, specialmente in Grecia ⁽³³⁾. Ma anche nei centri tradizionali della scienza giuridica europea essa non tardò a mostrare interessanti sviluppi. In Belgio le aveva aperte le porte un allievo di Savigny, il Warnkönig ⁽³⁴⁾. Anche in Italia, nella brillante rinascita della dogmatica romanistica e della storia del diritto romano dopo il raggiungimento dell'unità nazionale nel 1861/70, essa non mancò di importanza. Nella stessa Francia ⁽³⁵⁾, non ostante le discordie fra le due nazioni a partire dal 1870, è constatabile una sua certa influenza, seppure in tono minore. In Russia ⁽³⁶⁾ e nei paesi scandinavi ⁽³⁷⁾ si fecero sentire soprattutto influssi metodologici. Perfino l'Inghilterra ⁽³⁸⁾, che pur partecipando degli ideali di cultura europei aveva sempre negato dalla fine del Medioevo in poi accesso ai metodi giuridici continentali, ne fu toccata tramite la significativa, seppur isolata, personalità di Austin ⁽³⁹⁾ e la mediazione di storici del diritto quali Pollock, Maitland ed Holdsworth. Ma se già dal XIX secolo legislazione e codificazioni mitteleuropee cominciarono a far sentire i loro effetti in Oriente

(conferenza tenuta in Preßburg nel 1966 al IX Convegno degli storici del diritto ungheresi e cecoslovacchi).

⁽³³⁾ KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., p. 226 nt. 2, ed ora in particolare Joh. SONTIS, ZSS, RA, LXXVIII (1961), pp. 355 ss.

⁽³⁴⁾ 1794-1866, professore in Lüttich (1817), Löwen (1827), Gent (1831), Freiburg (1836) e Tübingen (dal 1844 in poi); cfr. LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III.2, pp. 293 e 551 s., ed ora a fondo Gisela WILD, *Leop. Warnkönig etc. Ein Rechtslehrer zw. Naturrecht u. hist. Schule*, Karlsruhe 1961.

⁽³⁵⁾ SCHWARZ, *Einflüsse*, cit., pp. 436-450, con ulteriori indicazioni.

⁽³⁶⁾ SCHWARZ, *Einflüsse*, cit., pp. 474 ss.; KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., p. 230 (Savigny e Jhering), cfr. anche pp. 230 s. (una moderna valutazione russa del diritto romano).

⁽³⁷⁾ In maniera notevole soltanto in Danimarca. Savigny influenzò soprattutto il suo giovane contemporaneo Ørsted, il fondatore della scienza giuridica danese e scandinava (KOSCHAKER, p. 467, JØRGENSEN, *Traek af Privatrettens Uvikling og Systematik*, Aarhus 1966, pp. 21 ss.; sulle impressioni, da semplice uditore di Savigny, del politico danese Orla Lehmann (1833/34) v. Erik WOLF, *Rechtsdenker*, cit., p. 501). Anche il Romanticismo nazionalista nordico condusse a riserve nei confronti del diritto romano analoghe a quelle dei Germanisti tedeschi.

⁽³⁸⁾ A. B. SCHWARZ, *Einflüsse*, cit., pp. 451-470.

⁽³⁹⁾ Su cui v. soprattutto il bello schizzo biografico di A. B. SCHWARZ, *John Austin and the German Jurisprudence of His Time*, in: *Politica*, I (1934), pp. 178 ss. (trad. ted. ora: *Rechtsgesch. u. Gegenwart*, Karlsruhe 1960, pp. 73-92).

e nei Paesi latino-americani, così da documentare l'esistenza di una tradizione giuridica « mitteleuropea » accanto ad una « francese » e ad una anglosassone ⁽⁴⁰⁾, ciò può essere considerato una conseguenza delle pacifiche conquiste tramite le quali la scienza tedesca del diritto privato restituiva o passava ad altri quello che da secoli era andata ricevendo da altre nazioni: nel XIII e fino al XVI secolo dall'Italia, nel XVII e XVIII secolo dall'Olanda, nel XVI e di nuovo agli inizi del XIX secolo dalla Francia.

IV. 1. La Pandettistica ha dato alla Germania una numerosa schiera di classici della scienza civilistica la cui fama si è conservata oltre i confini del loro tempo. Tenuto conto della produttività ideale dei suoi aspetti teoretici e dell'alto livello stabilito dai suoi maggiori esponenti è facile comprendere come anche tecnici di limitata forza spirituale potessero offrire ottime prestazioni mentre i talenti migliori riuscissero a raggiungere risultati eccezionali. Proprio questa ricchezza rende difficile una esposizione selettiva ed una caratterizzazione sommaria. Per nettezza di contorni e per generale efficacia di pensiero risaltano, della generazione successiva a Puchta, soprattutto i seguenti Maestri ⁽⁴¹⁾: V a n g e r o w (1808-1870), di cui vanno ricordati l'ampio uditorio delle sue celebrate lezioni di Heidelberg e il successo del suo manuale di Pandette, ristampato numerose volte ⁽⁴²⁾; Aloys B r i n z a Monaco (1820-1887), uno dei primissimi dogmatici tedeschi del diritto civile, dotato di geniale originalità, di fantasia costruttiva e di penetrante intelletto; Ernst Immanuel B e k k e r (1827-1916) ⁽⁴³⁾, notevole per la ricchezza del suo senso giuridico e per

⁽⁴⁰⁾ *Infra*, pp. 226 ss.

⁽⁴¹⁾ Vita ed opere, con indicazioni di letteratura contemporanea, in: LANDSBERG, III.2, pp. 602 ss. (Vangerow; note, 264); pp. 842 ss. (Brinz; note, 352 ss.).

⁽⁴²⁾ STÖLZEL, *Schulung für d. civil. Praxis*, 1894, pp. 29 s.; A. B. SCHWARZ, *Einflüsse* cit., p. 468 e nt. 1; KIESSLING, *K. A. v. Vangerow*, in: *Lebensbilder aus Kurhessen u. Waldeck*, IV, 1950, pp. 387 ss.

⁽⁴³⁾ LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III.2, pp. 692 s., 847 ss.; GRADENWITZ, ZSS, RA, XXXVII (1916), pp. VII-XXXII; FRANTZ DAHL, *Juridische Profiler*, Kopenhagen 1920; DÖHRING, *Geschichte*, cit., p. 374.

l'ampia cultura; da ultimo, già alla fine dell'epoca, *Regelsberger* ⁽⁴⁴⁾ (1827-1916, in Göttingen dal 1892), di cui va ricordata la maturità e sagacità dell'analisi. Al sobrio e chiaro *Arndts* ⁽⁴⁵⁾, il cui manuale di Pandette (1852) raggiunse ben 14 riedizioni, lo *Jhering* poteva certificare per ischerzo di non aver superato l'esame di ammissione nel cielo dei concetti perché le sue formulazioni « non sono sufficientemente teoriche, facendo egli troppe concessioni alle necessità della vita pratica a scapito della teoria pura » ⁽⁴⁶⁾. In modo ancora più evidente possono riscontrarsi senso pratico del diritto e attenzione per le esigenze della realtà quotidiana in *Heinrich Dernburg* ⁽⁴⁷⁾ (1829-1907); si deve a lui l'applicazione del metodo pandettistico all'ALR che invece la Scuola storica aveva finora abbandonato all'elaboratore pratico. Le « *Pandette* » del *Dernburg* mostrano quanto senso del reale può essere contenuto nel Positivismo, quante possibilità gli siano insite di comprendere ed incrementare la prassi muovendo dalle condizioni che la determinano.

2. Un'altra figura seppe lasciare ogni altro dietro di sé, non per sagacia ed originalità ma per l'obiettività disciplinata, per la composizione classicamente armonica e concludente dei risultati, per l'influsso dominante su giurisprudenza e legislazione: *Bernhard Windscheid* ⁽⁴⁸⁾ (1817-1892).

Nato a Düsseldorf, passato — sotto l'influsso del Savigny — dalla Linguistica al Diritto, *Windscheid* difese la sua tesi di dottorato a

⁽⁴⁴⁾ LANDSBERG, III.2, p. 853 (nt. 358).

⁽⁴⁵⁾ LANDSBERG, III.2, pp. 493 ss.

⁽⁴⁶⁾ *Serio e faceto nella Giurisprudenza* (tr. it. G. Lavaggi, Firenze 1954): Nel cielo dei concetti (p. 277).

⁽⁴⁷⁾ Dal 1873 in poi a Berlino: LANDSBERG, *Geschichte* cit., pp. 931 ss.; SECKEL, *Gedächtnisrede*, 1908; A. B. SCHWARZ, *Andreas v. Tuhr*, Zürich 1938, pp. 39 ss.; e soprattutto SINZHEIMER, *Jüd. Klassiker d. dt. Rechtswiss.*, Amsterdam 1938, pp. 73 ss.; ivi anche notazioni biografiche su Unger, Laband ed Ehrlich, significative per l'intera epoca.

⁽⁴⁸⁾ Pregevole già LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III.2, pp. 854 ss. (361 ss. delle note) e *AllgDtBiogr*, XLIII (1898), pp. 423 ss.; inoltre OERTMANN, in: *Windscheids Gesamm. Reden u. Abh.*, 1904, pp. 1 ss.; M. RÜMELIN, *B. W. und sein Einfluß auf PrR u. PrRwiss*, 1907; Rich. SCHMIDT, in: *Festg. d. DJZ z.*

Bonn su un tema di diritto franco-renano. Nel 1847 divenne professore a Basilea e nel 1852 si spostò a Greifswald (dove nacque l'amicizia con Jhering che avrebbe dovuto durare per tutta la vita). Nel 1858 si recò a Monaco (ove si legò d'amicizia a Geibel e Heyse, gli epigoni della poesia altoborghese), poi nel 1871 ad Heidelberg e nel 1875 a Lipsia. Negli anni dal 1880 al 1883 fece parte della Prima commissione per la preparazione del BGB. Tra le sue opere vanno segnalate per la loro importanza: « *La teoria della presupposizione* » (1850: un tentativo di giustificazione volontaristica della *clausola rebus sic stantibus* nella Pandettistica); « *L'actio del diritto romano dal punto di vista del diritto civile* » (1856: fondazione scientifica del moderno concetto di diritto soggettivo sotto il profilo materiale); le conferenze sul « *Diritto romano in Germania* » (1885: dignitosa ed obiettiva difesa da attacchi germanistici) e su « *Savigny* » (1879: professione di fede e inconsapevole autointerpretazione).

Opera principale di Windscheid rimangono tuttavia le « *Pandette* » (dal 1862; la settima e ultima edizione curata dall'autore appare nel 1891). Esse divennero in breve la riconosciuta autorità scientifica per la prassi giuridica. Questo loro ruolo eccezionale era dovuto al fatto che, in mancanza di una codificazione, il manuale del Windschied rappresentava l'ultima istanza scientifica per la prassi del Diritto comune. I grandi commentari che più tardi le avrebbero rimpiazzate, non erano ancora possibili in assenza di codici; e senza un tribunale civile supremo mancava nella Confederazione tedesca un'istanza giurisdizionale superiore, pur esistendo corti di secondo grado di notevole prestigio scientifico ⁽⁴⁹⁾. In tal modo poté concentrarsi nel rinomato manuale di Pandette una somma di autorità che oggi si riparte su fattori di diversa natura: la legge, la Corte suprema, il grande commentario, il manuale ⁽⁵⁰⁾.

500jähr. Jubil. Univ. Leipzig, Berlin 1909, pp. 115 ss.; PLANCK, *cod.*, pp. 103 ss.; SIBER, *cod.*, pp. 116 ss.; Erik WOLF, *Rechtsdenker*, cit., pp. 591 ss. (opere, pp. 619 s.; letteratura, pp. 620 s.); WIEACKER, DR 1942, 1440 ss. (adesso, con qualche ampliamento, in *Gründer u. Bewahrer* cit., pp. 181-196); LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 29 ss.; utile anche PORZIO, *Formalismo*, cit., pp. 320 s. e *passim*.

⁽⁴⁹⁾ Sugli sforzi per il raggiungimento di una unitarietà della giurisprudenza all'interno della Confederazione dei Territori tedeschi cfr. HANACK, *Der Ausgleich diverg. Entscheid. in d. oberen Gerichtsbarkeit*, Hamburg-Berlin 1962, pp. 11 ss.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. WIEACKER, *Gründer u. Bewahrer*, cit., pp. 185 s.

Questo ruolo dell'opera nella prassi contribuì a determinarne la struttura esauriente ed armonica, basata sul vaglio e la elaborazione di tutte le tradizioni dogmatiche riconosciute e sulla decisa esclusione di ogni orpello antiquario od esegetico. Windscheid fu in grado di esaudire queste aspettative con l'analisi coscenziosa, la convincente proiezione della tradizione sul piano di un sistema chiuso ⁽⁵¹⁾, il chiaro inquadramento dei risultati accettabili e l'acuta capacità di giudizio nella scelta delle soluzioni praticabili. Così alla fine dell'indirizzo pandettistico si colloca una *Summa* del diritto privato — paragonabile agli ampi commentari del giurista romano Ulpiano o alla *Glossa ordinaria* — il cui prestigio generalizzato servì a propagare la validità della Pandettistica fin nei Paesi più lontani. E in Germania l'opera fu all'origine della chiamata di Windscheid, e del suo influsso preponderante nella Prima commissione per la redazione del BGB ⁽⁵²⁾.

Il carattere tutto personale che emana da questo lavoro del Windscheid ⁽⁵³⁾ testimonia del perdurare delle forze morali del Positivismo giuridico. L'antico concetto kantiano di Dovero, il senso di diritto e di ordine della vecchia borghesia, una rigorosa concezione della forma, perfino una ideale sensibilità per la bellezza: tutto ciò concorre a dar corpo al suo classico capolavoro di cui è degno complemento la chiarezza della lingua. Fautore di una rigorosa concettualità ed avversario di una politica del diritto asservita all'interesse, Windscheid si schierò contro la necessaria partigianeria dell'azione politica quotidiana non soltanto per un atteggiamento tutt'altro che vitale di timore e di estraneità nei confronti della realtà (cui fanno chiaramente cenno alcuni tratti della sua personalità ⁽⁵⁴⁾) bensì per una sua avversione religiosamente, moralmente e culturalmente fondata.

⁽⁵¹⁾ Insufficiente SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., p. 526. Approfondisce invece il senso di questa idea della sistemata LARENZ, *Storia*, cit., pp. 33 s.

⁽⁵²⁾ PLANCK, *supra* nt. 48; THIEME, DJZ, XXXIX (1934), pp. 968 s.

⁽⁵³⁾ Un attento ritratto in Erik WOLF, pp. 595 ss.; un po' diverso nei dettagli WIEACKER, *Gründer u. Bewahrer*, cit., pp. 189 s.

⁽⁵⁴⁾ Sulla timidezza, quasi masochista, del giovane Windscheid vedi ora le notizie di LESNER, B. *Windscheids Tagebuch aus d. Jahren 1837 bis 1843*, in: ZSS, RA, LXXXIII (1966), pp. 382 ss.

V. Tenuto conto della collocazione del Positivismo giuridico nel sistema di equilibri politici dello Stato di diritto borghese, appare evidente che ogni turbamento di quell'armonia doveva necessariamente ripercuotersi su di esso, sia che provenisse dalle affermazioni di potere dello Stato autoritario, o dagli interessi economici della società liberale o infine dalle nuove ideologie sociali o rivoluzionarie. Gli avversi indirizzi utilitaristici o sociali della seconda metà del secolo non riuscirono ad affermarsi immediatamente nella prassi giuridica, sia perché il prestigio morale e giuridico goduto dai giuristi continuava a fungere da legittimazione per il Positivismo, sia perché le tradizioni e la fedeltà alle leggi caratterizzanti la magistratura furono in grado per lungo tempo di costituire un baluardo contro la tentazione di optare per le rivendicazioni ideologiche di singoli gruppi sociali. E tuttavia, nel metodo e nella motivazione dell'attività giuridica, si fece lentamente strada un mutamento di clima. È inoltre necessario, prima di procedere oltre, richiamare all'attenzione la circostanza che la egemonia della teoria privatistica sulla prassi non ebbe mai carattere di assolutezza. Essa trovò fin dall'inizio il proprio limite o negli elementi tradizionali autoritari dello Stato, o in quelli assistenziali preludenti allo Stato sociale della metà del XX secolo.

1. Alle tradizioni autoritarie dello Stato territoriale tedesco è riuscito fino ad oggi di sottrarre ampi settori del diritto all'influsso di una teoria privatistica strettamente orientata ai principi dello Stato di diritto e del generale senso civico, senza per questo affaticarsi alla ricerca di una congrua giustificazione ideale. Il rappresentante più notevole di questi ambiti riservati è stata fino ad oggi — e non soltanto, né in misura particolare, in Prussia — la tradizione plurisecolare della Pubblica amministrazione. All'interno dello stesso diritto privato riuscirono a sottrarsi fino al 1918 ai generali principi privatistici della libertà e dell'uguaglianza il « diritto privato della Corona » e il diritto dei fedecomessi e dei possedimenti nobiliari; nell'ordinamento del lavoro il diritto regolante i rapporti dei dipendenti domestici e le prestazioni lavorative nell'agricoltura.

Accanto a questi tratti conservatori, a volte perfino reazionari, ve ne erano tuttavia altri più socialmente orientati e quindi più ricchi di avvenire. Il regime pubblico dei suoli ad es., con le sue limitazioni del diritto di proprietà, i regolamenti edilizi, le disposizioni a tutela del patrimonio forestale, il credito agrario, i divieti di divisione e di frazionamento dispersivo, il favore per la successione ereditaria globale, rimase sempre in perdurante interiore contrasto con i principi del diritto civile. La legislazione per l'edilizia sociale, sviluppatasi dopo la prima guerra mondiale, ha potuto immediatamente riallacciarsi a questa tradizione; nello « Stato sociale di diritto » del presente questi elementi fanno sentire i loro effetti come non mai ⁽⁵⁵⁾. Anche il passaggio dall'ordinamento patriarcale a quello della previdenza ed assistenza nei confronti della gioventù non ha mai attraversato una fase propriamente liberale. Egualmente l'ordinamento catastale, in senso formale e materiale, basato sul ruolo dell'imposta fondiaria, così come il diritto minerario, è un eccellente portato dell'amministrazione prussiana della giustizia, completamente al di fuori della fondamentale tradizione di Diritto Comune dell'ordinamento privatistico e soltanto tardi ed imperfettamente inquadrato dalla Pandettistica. In questo contesto vanno infine anche considerate le riserve di natura giuridico-regionale delle disposizioni introduttive al BGB e tutte quelle materie che soltanto una interpretazione in chiave storica del concetto di « controversia civile » permette di attribuire alla competenza dei tribunali ordinari. Questi potenti bastioni della tradizione autoritario-sociale mostrano all'evidenza quanto imperfettamente la liberale ed astratta cultura giuridica della Pandettistica sia riuscita a permeare di sé lo spirito del diritto tedesco — non sempre, a dire il vero, a scapito dei risultati materiali, considerato che in Germania si è soliti attendersi la realizzazione della giustizia sociale dall'autorità dello Stato, cioè dalla burocrazia, anziché della iniziativa dei gruppi.

2. Non mancarono comunque correnti contrarie alla Pandettistica che si dessero un fondamento ideologico. Esse concordavano tutte nella critica, per lo più troppo semplificata, che la

(55) *Infra*, pp. 287 ss.

scienza giuridica dominante avesse isolato l'attività di applicazione del diritto dalla « realtà », che avesse posto il concetto o addirittura il diritto in senso formale al di sopra della vita anziché porre quello al servizio di questa; e simili. Tali rimproveri sono sicuri di ottenere in qualsiasi epoca pubblica risonanza, e non soltanto per il loro palese contenuto di verità. Nel caso specifico tuttavia aveva cominciato dalla seconda metà del XIX secolo a farsi strada la convinzione di fondo che il diritto fosse una funzione della realtà. Essa si rifaceva già allora a quel Naturalismo che nel nostro secolo avrebbe dovuto inondare o addirittura sommergere gran parte della tradizione giuridica. Nel complesso essa si ricollegava nel XIX secolo al Positivismo delle scienze naturali che, fondato dal Comte, doveva poi essere adibito nelle grandi scoperte di Darwin alla spiegazione della vita naturale e nelle opere di Nietzsche alla spiegazione della morale (*infra*, pp. 315 s.). La reiterata critica filosofica al Positivismo giuridico fu ben presto soffocata in un'epoca come quella, di cui il « *Bouvard et Pécuchet* » di Flaubert doveva divenire satira terribile; soltanto nel nostro secolo essa avrebbe conosciuto nuova fortuna ⁽⁵⁶⁾.

In questi presupposti negativi riuscivano a trovare un punto di accordo tutti i diversi indirizzi, altrimenti, come sempre succede quando le fondamenta ideali di una preesistente struttura sociale vengono a mancare, aspramente in contrasto fra loro. Il settore dove lo spirito dei tempi nuovi si esprimeva con più immediatezza era la critica che l'Utilitarismo individualista muoveva al tramontante Idealismo e al realismo concettuale della dottrina giuridica dominante. Questi epigoni del tardo Illuminismo, da Jeremy Bentham fino a J. Stuart Mill ⁽⁵⁷⁾ e a Jhering, si mossero tuttavia ancora all'interno di quel Liberalismo di cui anche la Pandettistica era strumento. Un'altra corrente, di indirizzo autoritario, si volse invece proprio contro questo Liberalismo dandosi un fondamento storico-metafisico e circondandosi di un'aura nazionalistica che essa cercava di ricondurre equivocamente all'appello romantico in favore di un Diritto tedesco. Il movimento critico socialista infine, in veste marxista, prese di

⁽⁵⁶⁾ *Infra*, pp. 353 ss.

⁽⁵⁷⁾ Una pandramica (unilaterale) in SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., pp. 68 ss.

mira, con il metodo della dialettica hegeliana e dal punto di vista del Materialismo economico, sia l'Individualismo liberale che il Formalismo idealista della Privatistica dominante. E ad esso si affiancarono, nonostante ogni differenza, i teorici borghesi del Socialismo economico.

3. La situazione dei rapporti di potere nello Stato e nella società del XIX secolo impedirono a questa critica socialista (*infra, sub c*), senza dubbio la più ricca di conseguenze, di avere ripercussioni dirette su dottrina e giurisprudenza. Entrambe le altre correnti critiche al contrario trovano i loro rappresentanti in due dei maggiori esponenti della scienza giuridica della seconda metà del secolo: Jhering e Gierke.

a) Rudolph von Jhering⁽⁵⁸⁾ (1818-1892), nato ad Aurich da una famiglia in cui fino dal XVI secolo sono testimoniati funzionari e giuristi, pronipote di Conring, si dedicò in un primo tempo all'attività scientifica mosso soltanto da motivi contingenti. Abilitato alla docenza in Berlino nel 1843, seguì le successive chiamate alle Università di Basilea (1845), Rostock (1846), Kiel (1848) e Gießen (1852). In questo periodo comincia a svilupparsi quella produzione scientifica il cui prestigio doveva portarlo nel 1868 a Vienna. Dal 1872, nel pieno della sua fama di Maestro e di Autore, si ritirò a Göttingen dove rimase fino alla morte. Nella sua personalità vitale e raffinata, aperta allo stimolo intellettuale quanto all'irritazione, si compendiano auten-

(58) LANDSBERG, III.3, pp. 788 ss.; HURWICZ, *R. v. Jhering u. die deutsche Rechtswissenschaft*, 1911; Max RÜMELIN, *R. v. Jhering*, 1922; WIELAND, *Andr. Heusler u. R. v. Jhering*, Basel 1935; WIEACKER, *R. v. Jhering. Eine Erinnerung zum 50. Todestage*, Leipzig 1942; ID., *R. v. Jhering*, in: *Die großen Deutschen, Dtsch. Biographie*, V, Berlin 1957, pp. 331 ss.; ID., *Gründer u. Bewahrer*, cit., pp. 197-219; SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., pp. 447 ss.; pp. 514 ss.; BOEHMER, *Grdl.*, II.1, 1951, pp. 132 ss.; WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 86 ss. e 123 ss.; LARENZ, *Storia*, cit., pp. 29 ss., 55 ss.; VICÉN, pp. 21 ss.; PASINI, *Saggio sul Jhering*, Milano 1959; BARATTA (*supra*, nt. 3), pp. 93 ss. Una biografia approfondita e non acritica in Erik WOLF, *Rechtsdenker*, cit., pp. 622 ss. (ulteriore letteratura *eod.*, p. 666 ss.). Importanti documenti sulla sua vita: *Briefe und Erinnerungen*, ed. da Biermann, Berlin 1907; *R. v. Jhering in Briefen an seine Freunde*, ed. dalla figlia Helene Ehrenberg, Leipzig 1913. Una selezione istruttiva ora in RASCHE, *Der Kampf ums Recht. Ausgewählte Schriften mit einer Einleitung von G. Radbruch*, 1963; ivi il breve schizzo autobiografico «*Kurze Lebenslauf*» (pp. 445 ss.). La grafia Ihering (invece di Jhering), prodotto di diversi malintesi, sarebbe bene che fosse evitata.

tica mentalità di giurista, poderosa e plastica fantasia, vivo senso per i compiti pratici e sociali del diritto; egli appartiene a quella minoranza tra i giuristi d'ogni epoca la cui produzione letteraria, sia per i pregi intrinseci sia per la sua armonia con lo spirito dei tempi, cercò e raggiunse il grosso pubblico. Come opere maggiori di Jhering — accanto a singoli contributi dogmatici particolarmente significativi apparsi negli « *Jahrbücher für civilrechtliche Dogmatik* » (« *Jherings Jahrbücher* ») — vanno ricordate: « *Lo spirito del diritto romano nei gradi della sua evoluzione* » (dal 1852); « *Lo scopo nel diritto* » (in due volumi, 1877-1884); « *Il valore nel possesso* » (1889). Una diffusione ancora maggiore ebbero il famoso saggio su « *La lotta per il diritto* » (1872) e le satiriche « *Lettere confidenziali di un incognito ai redattori della Rivista Giudiziaria Prussiana* » (1861-1866) che nel 1884, insieme con altri saggi di temperamento, vennero ripubblicate in « *Serio e faceto nella Giurisprudenza* ».

In questo amico e coetaneo di Windscheid il rovesciamento del Positivismo giuridico nel Naturalismo trova una immediata espressione biografica. Cresciuto alla scuola di Puchta ⁽⁵⁹⁾, allontanatosi sempre più, come la maggior parte dei suoi contemporanei, dall'ideale di un fondamento metafisico del diritto, Jhering è riuscito nella prima fase della sua attività ad arricchire la Dogmatica di scoperte decisive ⁽⁶⁰⁾ mettendo a frutto la sua fantasia costruttiva e la sua sensibilità per la chiarezza ed evidenza delle soluzioni giuridiche. A quel tempo egli descriveva ancora e celebrava l'arte della costruzione giuridica come « *Giurisprudenza superiore* »; particolarmente indicativa della ingenuità e al tempo stesso della produttività di questo modo di pensare avente a scopo l'evidenza ⁽⁶¹⁾ è la sua trascinate esposizione del « *metodo storico-*

⁽⁵⁹⁾ Sui suoi rapporti con Puchta cfr. WILHELM, *Metodologia*, cit., p. 75; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 27 s.; cfr. *supra*, p. 80, nt. 78.

⁽⁶⁰⁾ WOLF, *Rechtsdenker*, cit., p. 639; pregevole LARENZ, *Methodenlehre*, cit., pp. 315 s. La più significativa di queste scoperte è quella della *culpa in contrahendo*: JherJb, IV (1861), pp. 1 ss.; cfr. anche RASCHE, *Der Kampf*, cit., pp. 175 ss., 181 ss.

⁽⁶¹⁾ Ciò vale soprattutto per gli ideali costruttivi della « *economia* » e della « *bellezza* » (in senso giuridico) che Jhering pone accanto alla libertà da contraddizioni, originariamente bandiera della Scuola storica poi ripresa particolarmente da Puchta. Anche la concezione della « *costruzione produttiva* », già presente in Puchta e nel tardo Savigny (*supra*, p. 37 nt. 83), viene illustrata in tutta la sua evidenza soltanto da Jhering, che la trasforma in realtà con le sue scoperte

naturale»⁽⁶²⁾. Nei primi volumi (ed edizioni) dello « *Spirito del diritto romano* » Jhering interpreta in questo senso anche il modo di operare dei giuristi romani nei quali egli — come ogni storico « produttivista » del diritto — avvertiva qualcosa di idealmente vicino.

Ma dalla fine degli anni Cinquanta cominciò a farsi sentire in Jhering una tendenza critica nei confronti della « Giurisprudenza dei concetti » che trovò sfogo in un primo tempo nel pungente scherno delle anonime « *Lettere confidenziali* » contro l'assurdità della Giurisprudenza concettuale e costruttiva⁽⁶³⁾. Questo processo di disinganno fu messo in moto in Jhering dalla sua personale esperienza della illusorietà dei propri modelli ideali. Esso fu anche favorito dall'abbandono definitivo da parte di Jhering sia della metafisica idealistica kantiana del diritto sia della metafisica storica del Romanticismo e contemporaneamente dall'affermarsi di un potente bisogno di considerazione del reale che, col crescere della maturità, lo faceva volgere sempre più dalle fantasie logiche al concreto sociale. Questi suoi nuovi orientamenti corrispondevano del resto pienamente allo spirito dei tempi. L'esperienza personale di Jhering non consente soltanto deduzioni sulle vicende del suo sviluppo scientifico ma si pone a modello per l'interpretazione di un'epoca: questa del passaggio dal sogno alla realtà è un'esperienza che accomuna — nella soddisfazione o nel raccapriccio — tutti i pensatori più originali della metà del secolo.

È questa la trama sottesa a tutte le opere più tarde di Jhering. Già gli ultimi volumi e le edizioni successive dello « *Spirito del diritto romano* » dedicano sempre più spazio ai presupposti sociologici del diritto (romano) che Jhering riesce a cogliere, se non sempre in modo storicamente esatto, tuttavia nella giusta prospettiva. Celebre è la definizione del diritto soggettivo come « il

dogmatiche. Non è quindi del tutto adeguata la definizione in WOLF, *Rechtsdenker*, cit., p. 639, come « estetismo concettuale neumanistico ».

(62) *Supra*, nt. 13 ss.

(63) Su questo mutamento di rotta WIEACKER, *Jhering*, 1942, pp. 32 ss.; WOLF, pp. 642 ss.; WILHELM, *Metodologia*, cit., pp. 86 ss., 123 ss.; LARENZ, *Storia*, cit., pp. 55 ss.; PORZIO (*supra*, nt. 3), pp. 322 ss.

riconoscimento della forza del volere diretto alla soddisfazione di interessi degni di tutela » (64). In « *La lotta per il diritto* » (1872) egli si spinge già ad una considerazione del diritto come strumento per l'affermazione del potere e dell'interesse. « *Lo scopo nel diritto* », potente espressione dei tempi anche se dilettantesco dal punto di vista filosofico, si fregia del banale quanto monumentale motto: « il fine è la scintilla creatrice del diritto ». Sia titolo che motto erano perfettamente giustificati: se il diritto infatti ha da spiegarsi causalmente dalla realtà sociale, esso non può che essere *m o t i v a t o* da scopi umani; giacché ogni determinata azione dell'Uomo è al tempo stesso causale e diretta ad un fine (65). Ovvamente né a Jhering né ai suoi contemporanei riuscirà di fissare il soggetto di questo fine che verrà concepito ora come scopo individuale ora invece, in un ardito linguaggio figurato, come traguardo sociale e infine addirittura come senso immanente della vita e dell'Essere, certo in analogia all'«inganno della ragione» di Hegel, senza la cui dialettica degli opposti come motore dello sviluppo nemmeno il non-filosofo Jhering potrebbe essere compreso. Così come per il suo giovane contemporaneo Nietzsche esiste una genealogia della morale, c'è anche per Jhering una genealogia del diritto (66).

Il semi-inconsapevole sfondo di questo pensiero si può capire soltanto sulla base della chiara affinità, o se si vuole dipendenza, che esiste tra le sue rappresentazioni e il Positivismo sociologico del Comte, l'Utilitarismo di Jeremy Bentham e le idee evoluzioniste di Darwin; la stessa parola d'ordine « lotta per il diritto » non sarebbe concepibile senza lo *struggle for life*, la « lotta per

(64) *Geist*, IV⁴, 1888, §§ 59, 60.

(65) Sulla storia del diritto Jhering farà prova di queste idee soltanto negli scritti più tardi: nel « *Besitzwille* » (1889), nella « *Vorgeschichte der Indoeuropäer* » (1892) e nell'opera postuma « *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts* » (1894).

(66) Vedi WIEACKER, *GuB*, cit., pp. 205 ss., 211 s.; ivi anche sul (limitato) influsso di Jhering sulla *Genealogia della morale* (1883) di NIETZSCHE; cfr. pure *infra*, p. 318 e nt. 23. La vitalistica genealogia del diritto di Jhering non ha più nulla a che fare con la logica « genealogia dei concetti » del Puchta (cfr. LARENZ, *Storia*, cit., p. 20: si tratta qui di un interessante esempio di evoluzione del significato di una parola d'ordine già nei pochi decenni del passaggio dal Formalismo al Naturalismo).

l'esistenza » (come già allora fu tradotto in Germania). Il seme dell'autodistruzione era tuttavia già insito nell'essenza stessa del Positivismo giuridico. Esso aveva infatti bandito dalla propria coscienza metodologica il presupposto di una idea vincolante del diritto situata al di là della sfera positiva; e dacché la costruzione giuridica aveva perduto la possibilità di trovare in quella la sua legittimazione, la spiegazione del diritto non poteva derivare, in un'epoca di impavido senso della realtà, che da cause reali. Da ciò doveva discendere necessariamente la motivazione del diritto in vista dello scopo: ché la spiegazione causale dell'azione umana non può che essere una spiegazione in funzione di (determinati) fini anch'essi umani ⁽⁶⁷⁾. Formalismo giuridico e Naturalismo sono fasi necessariamente successive di una visione del diritto svincolata da ogni principio giuridico meta-positivo e per questo alla ricerca di surrogati. L'*iter* scientifico di Jhering è il simbolo vivente di questo processo.

Un sintomo di ciò è la sua particolare accentuazione dello scopo. Poiché il diritto positivo è in effetti sempre (anche) espressione di potere e di interesse, se si abbandona un principio ideale di diritto come punto centrale di riferimento, la determinazione dei suoi contenuti dovrà essere lasciata in balia degli interessi umani in lotta fra di loro. La teoria giuridica del Materialismo economico cerca di individuare l'interesse determinante mediante l'applicazione di una « legge » dialettica della storia. Laddove questa soluzione metodologica non venga accettata, la determinazione dell'interesse è destinata a rimanere sospesa in aria. Lo stesso Jhering oscilla sintomaticamente tra « vantaggio » dell'individuo e della società, di cui, da bravo seguace del Liberalismo classico, sembra aver scoperto soltanto tardi la inevitabilità del conflitto ⁽⁶⁸⁾. In seguito il piatto della bilancia doveva scendere a sfavore degli interessi della collettività, facendo luogo ad una concezione del diritto come vantaggio della società o dei gruppi di volta

⁽⁶⁷⁾ Sugli sviluppi successivi nella scienza del diritto (Scuola « moderna » del diritto penale, Giurisprudenza degli interessi, Giurisprudenza sociologica e Scuola del diritto libero) v. *infra*, pp. 326 ss.

⁽⁶⁸⁾ Sul colloquio della vecchiaia del 1891 (*Briefe* ecc., cit. [*supra*, nt. 58], pp. 453 ss.), quasi un presentimento del futuro, cfr. WIEACKER, *Jhering*, 1942, p. 41. A questo proposito giustamente fa notare il WELZEL, *Diritto naturale*, cit., pp. 289 s., che la descrizione di Jhering della nascita del diritto dalla « forza divenuta consapevole del proprio vantaggio » (*Lo scopo nel diritto*) si avvicina « a capello » alla concezione di Marx del rapporto tra diritto e Stato.

in volta trionfanti oppure, ancora meno chiaramente e più demagogicamente, come « utile comune » o « vantaggio del popolo », che, rovesciando il motto solenne « la Giustizia giova al popolo » nell'altro che « è diritto tutto ciò che giova al popolo », avrebbe finito per annientare diritto e popolo nello stesso tempo. Ricade su Jhering, come rappresentante dell'intera categoria, la responsabilità per l'avvio di un tale rivolgimento senza avere acquisito una chiara consapevolezza della sua portata — così come è suo merito l'aver schiuso, primo tra i giuristi, la dimensione sociale del diritto privato senza la quale ogni politica del diritto si renderebbe impossibile.

b) Una generazione più tardi va ascritta a merito del Gierke, che chiaramente risente l'influsso di concezioni ormai anacronistiche, una netta presa di posizione per il momento collettivo.

Otto von Gierke ⁽⁶⁹⁾ (1841-1921), figlio di un magistrato prussiano della Pomerania, conseguì l'abilitazione all'insegnamento nel 1866 a Berlino presso il germanista Homeyer e fu chiamato dapprima a Breslavia nel 1872 e poi ad Heidelberg nel 1884; dal 1887 insegnò con sempre crescente successo a Berlino. Opere significative: il lavoro giovanile, un po' pedante, sul « *Humor nel diritto tedesco* », chiaramente in concorrenza con il, senza dubbio migliore, « *Poesia nel diritto* » di Jacob Grimm; il « *Diritto delle cooperative* », che, concepito a partire dal 1868, lo accompagnò praticamente per tutta la vita, una delle monografie più poderose della letteratura giuridica moderna; il libro su Althusio ⁽⁷⁰⁾; il lavoro, fondamentale per i più recenti orientamenti della teoria delle società, su « *La teoria delle cooperative e la giurisprudenza della Corte suprema del Reich* » (1887); il libello su « *Il progetto di codice civile e il diritto tedesco* » ⁽⁷¹⁾ e infine il « *Manuale di diritto privato tedesco* » (1895-1907), il gravoso compendio di tutta la sua opera. Le notevoli conferenze universitarie su « *Il carattere delle società di persone* » (1902), « *I compiti sociali del diritto privato* » e « *Morale e diritto* » (1916-17) ⁽⁷²⁾ rappresentano il bilancio di altrettanti settori della sua attività.

⁽⁶⁹⁾ LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III.3, pp. 912 ss.; U. STUTZ, ZSS, GA, XLIII (1923), pp. VI-LXII; Alfr. SCHULTZE, JherJb, LXXIII (1923), pp. I-XLVII; GURVITSCH, *Logos*, XI (1922/3), pp. 86 ss. (tre necrologi); KRUPA, ARSP, XXXII (1938/9), pp. 454 ss.; Id., *O. v. Gierke u. das Problem der Rechtsphilosophie*, 1940; WÜRTEMBERGER, *Geistige Welt*, III (1948/9), p. 3; FRIEDMANN, *Legal Theory* ², pp. 171 ss.; Erik WOLF, pp. 669 ss. (opere: pp. 709 ss.; letteratura: pp. 711 s.); BOEHMER, *Grdl.*, II.1, pp. 155 ss.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. *supra*, I, p. 435.

⁽⁷¹⁾ *Infra*, p. 180.

⁽⁷²⁾ V. Erik WOLF, *Quellenb. z. neueren Privatrechtsgeschichte*, 1949.

Nella arcaicizzante, fisicamente e moralmente poderosa figura di Gierke le concezioni ricche d'avvenire in tema di compiti sociali dell'ordinamento giuridico o di strutturazione della stessa società vengono soltanto raramente adombrate dall'eredità storico filosofica del Romanticismo o dal *pathos* nazionaldemocratico. Queste incrinature del contorno vanno ricondotte allo spirito dell'epoca, carico di influssi tardo-romantici ma al tempo stesso socialmente realistico; esse erano contemporaneamente espressione di una personalità in cui profondità creativa e malinconica solennità, non del tutto priva del falso *pathos* di allora, si accoppiavano a sortite furbesche e ad una grande probità. Non si tratta tuttavia qui di una dirittura intellettuale; essa non gli ha mai infatti impedito di superare, sotto la spinta di un sentimento profondo, ogni eventuale contraddizione logica mediante applicazione di ingannevoli formule retoriche. Nella sua originalità Gierke si presenta in molti tratti come agli antipodi del vecchio Savigny, di più salda cultura, o di Jhering, di gran lunga più consapevole e realistico.

Sebbene si fosse allontanato ben presto dagli interessi antiquari del giovanile periodo germanista, Gierke non si distanziò mai del tutto dalle origini romantiche della Germanistica più antica. La filosofia della storia di Schelling e il concetto di organismo conservarono durevolmente il loro influsso ⁽⁷⁸⁾ così come l'empito nazionalista della Germanistica più recente a partire da Georg Beseler. Ma sebbene così schiva a riflettere sulla propria collocazione ideale, la complessa personalità di Gierke si schiuse anche alle correnti più moderne. Agguerrito avversario della Pandettistica, egli si impadronì con sorprendente inconsapevolezza del sistema e delle tecniche concettualizzanti del Positivismo giuridico: la sua teoria delle associazioni e della comunione, che pure era concepita come rottura nei confronti del Positivismo, è sovrac-

⁽⁷⁸⁾ Probabilmente attraverso la mediazione di Georg Beseler (WOLF, *Rechtsdenker*, cit., pp. 689 s.; cfr. anche HOLLERBACH, *Rechtsged. bei Schelling*, 1957; p. 14, nt. 26; p. 275, nt. 2; non mi convince tuttavia l'ipotesi del Wolf circa « l'approfondimento metafisico » dello Storicismo del Dilthey operante su Gierke attraverso l'influsso del Beseler). Sull'influsso di Hegel su Gierke cfr. Alfr. SCHULTZE (*supra*, nt. 67), pp. 1 ss.; SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., pp. 462 s.

carica di formule dottrinali e il *Diritto privato tedesco* rappresenta una nuova vetta di distorsione pandettistica di interpretazioni storico-giuridiche. A fondamento della sua concezione organicistica dello Stato si può ovunque riconoscere il modello costituzionale dell'epoca ⁽⁷⁴⁾. Del pari restarono chiusi nell'ambito di una concezione nazionale dello Stato di diritto sia il suo rifiuto del Liberalismo economico che il suo riconoscimento fruttuoso della produzione giuridica spontanea dei gruppi sociali. La Pandettistica romantica venne da lui combattuta ora come Germanista, ora come « filosofo della vita », ora come politico del diritto socialmente orientato; né è sempre facile decidere quale di questi aspetti abbia avuto un significato decisivo per la vita giuridica del suo tempo.

Ciò non ostante Gierke è un pensatore originale. Le scoperte storico-giuridiche fatte a proposito del suo diritto delle cooperative gli sembrarono assurgere a modello per la interpretazione delle origini dello Stato e del diritto e per il rapporto tra società ed individuo. In coerenza con queste sue idee egli lottò contro entrambi i fronti che vedeva delinarsi dalla dissoluzione della originaria coesione della comunità: da una parte l'onnipotenza dello Stato moderno avviata dall'Assolutismo e resa possibile dalla Rivoluzione francese, e dall'altra l'individualismo favorito nel suo nascere dall'Età dei Lumi e pienamente realizzantesi nella società borghese della Rivoluzione industriale. La formula magica di Gierke atta a scongiurare i pericoli del meccanicismo dello Stato e dell'egoismo individuale è la concezione delle associazioni come « organismo », nella cui sovraordinata « personalità associativa » l'individuo può trovare la sua sistemazione gerarchica. La società si presenta così come una gerarchia di associazioni organicamente crescente, dal singolo alla famiglia alle società agli enti con amministrazione autonoma su su fino allo Stato come modello associativo dell'intero popolo, in cui la contrapposizione di Stato

⁽⁷⁴⁾ Singolare tuttavia l'opposizione di Gierke al formalismo di Laband (cfr. *supra*, p. 97 nt. 116) nella « questione se la realtà sociale ... si possa comprendere in sé stessa, cioè nelle sue condizioni reali, o partendo invece da concetti generali » (WILHELM, *Metodologia*, cit., p. 10).

e cittadino, comunità e individuo, diritto pubblico e privato si risolve nella triade diritto privato, diritto delle organizzazioni sociali e diritto pubblico. La teoria giuridica di Gierke torna ad essere (come nel Giusnaturalismo) una teoria della società che però si atteggia, in maniera indicativa della particolare situazione spirituale tedesca, come tradizionalista e riformista al tempo stesso. Per la coerenza interna di questo modo di pensare, non ostante la predilezione per le colorite gradazioni, è significativo che di esso siano permeate tutte le concezioni di Gierke, non escluse la sua riscoperta di Altusio e la sua lotta contro il primo progetto di BGB. Sotto l'aspetto sociale la sua fecondità è testimoniata dal fatto che ancor oggi, dopo così importanti rivolgimenti, l'idea di un « diritto sociale » è entrata a far parte non solo della realtà tedesca ma anche di quella europea. D'altra parte rimane un punto debole di questa concezione il fatto di orientarsi all'antiquato modello di una società preindustriale senza riuscire ad inquadrare la realtà dei rapporti economici del tardo secolo XIX. Essa acquista pertanto carattere ideologico, addirittura di utopia sociale. È caratteristico ad es. che l'idea di cooperativa del Gierke abbia permesso una coloritura ideologica del grande dibattito pubblico all'inizio del nostro secolo sul problema dei cartelli, ritardando lungamente un inquadramento realistico della loro vera funzione di mercato. Nel tardo quarto volume del « *Diritto delle cooperative* » lo stesso Gierke ammetterà rassegnato che la sua interpretazione si base su una errata proiezione storicizzante.

Egualmente resta aperto il problema, che nasce necessariamente a proposito di un pensiero così appassionatamente figurativo, se la « personalità delle associazioni » del Gierke vada intesa in senso metafisico o in senso naturalistico, come idea o come realtà. Il fatto che egli instancabilmente si sforzi di trarre dirette conseguenze giuridiche da metafore quali « organismo », « organo », « personalità » delle associazioni porterebbe ad inquadrarlo nella tradizione della metafisica sociale del Romanticismo; così come l'orientamento delle sue concezioni secondo il flusso della storia giuridica e della realtà sociale del suo tempo, fa della sua opera il frutto di una teoria empirica e realistica della società. Oggetto precipuo della sua trattazione rimane tuttavia la società pre-industriale. Non è una opzione cosciente quella che Gierke fa in questa direzione: egli aveva infatti preferito sacrificare il rigore metodologico del suo pensiero alla vigorosa espressione

di una volontà etico-sociale e di un nuovo sentimento di vita ⁽⁷⁶⁾. Soltanto così si può comprendere come gli fosse possibile combattere contro la logica giuridica utilizzando il concetto di organismo oppure impegnarsi per un più sociale contratto di lavoro sulla base di fonti giuridiche germaniche. Nella sua teoria della comunione riesce a procedere in maniera talmente libera nei confronti del principio di non contraddizione come altrimenti è dato verificare soltanto nella formulazione teologico-dogmatica del mistero della rivelazione. Forse è già presente in questa grande figura di « uomo con le sue contraddizioni » una scelta interiore per la società del futuro: è un destino suo personale, ma anche dell'intera nazione, il non essere riuscito a liberarsi né dalla tradizione romantica né dal nazionalismo contemporaneo. Otto von Gierke, come tanti altri pensatori, tedeschi appartiene « all'ieri e al domani »; a fargli difetto è « ancora soltanto l'oggi » ⁽⁷⁶⁾.

c) Nella critica socialista al Positivismo giuridico è invece chiaramente avvertibile la scelta per il domani. È vero che Marx, osservatore attento della Pandettistica e rivelatore implacabile della funzione classista del diritto nella società borghese post-feudale, non vedeva alcun motivo per una rifondazione del diritto privato, che per lui non rappresentava altro se non un fenomeno di potere e di coscienza della società alienata che si sarebbe eliminato da solo secondo la legge dialettica della storia. Ma mentre i suoi allievi in Germania e in Russia lo seguono su questa via ⁽⁷⁷⁾, diversa è la posizione del Socialismo non marxista ⁽⁷⁸⁾. Sul diritto

⁽⁷⁶⁾ WOLF, *Rechtsdenker*, cit., p. 595 e nt. 75 difende espressamente Gierke, non ostante ciò, dall'accusa di essersi servito di un inammissibile sincretismo metodologico e di un oscuro linguaggio figurato.

⁽⁷⁶⁾ Come si esprime NIETZSCHE, *Al di là del bene e del male*, trad. it., Milano 1976. Questa celebre interpretazione del « Tedesco nel senso migliore e peggiore » alla luce della testimonianza offerta dal preludio ai « Maestri cantori » di Richard Wagner apre prospettive sorprendenti anche sugli aspetti più nascosti della personalità di Gierke. Nella classificazione di questa posizione a cavallo tra due epoche Erik WOLF si decide giustamente più per il precursore che per l'epigone.

⁽⁷⁷⁾ Approfonditamente Hans BARTH, *Wirklichkeit u. Ideologie* ², 1961; WELZEL, *Diritto naturale*, cit., pp. 290 ss.; BOEHMER, *Grdl.*, II.1, pp. 100 ss., in particolare p. 107 (Marx a proposito della libertà contrattuale), pp. 110 (rapporto tra necessità giusrazionalista e finalismo umano); ulteriore letteratura ivi p. 101; cfr. anche *supra*, pp. 99 s., e *infra*, pp. 232 s., 235 ss. (diritto privato sovietico e tedesco-orientale).

⁽⁷⁸⁾ Sugli inizi del Socialismo nell'Europa centrale e occidentale, da Babeuf

privato borghese e sui suoi sviluppi immediati presero la parola solamente gli esponenti del « Socialismo cattedratico » viennese che non si sentivano legati alla più stretta tradizione giuridica. Nel suo importante lavoro, troppo a lungo trascurato dai giuristi, su « *Il diritto civile e le classi popolari nullatenenti* » (!) (1890; 3^a ed., 1904) il giurista M e n g e r ⁽⁷⁹⁾ si schiera per motivi di principio contro gli ideali giuridici del Positivismo scientifico e del progetto di codice da quelli scaturito (non è un caso che l'occasione sia la stessa che aveva ispirato il manifesto di Gierke contro il primo progetto di BGB). La sua approfondita analisi sociale si allargò a comprendere anche il vantaggio che l'astratto e apparentemente neutrale diritto privato rappresentava per i pionieri ed i beneficiari della Rivoluzione industriale a scapito delle classi sociali economicamente più deboli ⁽⁸⁰⁾; ché in una situazione di disparità di condizioni di partenza l'autonomia giuridica privata, intesa come mera possibilità di sistemazione di rapporti, comporta alla lunga la dipendenza economica degli individui aventi un minor numero di *chances*. Il discorso di Menger, da « socialista cattedratico », aveva di mira più la classe operaia ormai politicamente cosciente che non la classe contadina e la piccola borghesia, che pure, non ostante le divergenze di coscienza ideologica, si trovavano in una situazione del tutto analoga. I risultati della sua analisi erano altrimenti inconfutabili se ricondotti alla situazione del tempo; soltanto a partire dal passato più recente, dopo l'ascesa del Quarto Stato e la sua integrazione nella moderna economia del benessere e della piena occupazione, essi possono

a Weitling, cfr. Thilo RAMM, *Der Frühsozialismus. Ausgewählte Quellentexte*, Kröners Taschenausgaben (s.d., ma 1956), con introduzione (pp. XII-XXXII); su Bakunin, Sorel, Proudhon, cfr. BOEHMER, pp. 113 ss. (con ulteriori indicazioni); su Lassalle cfr. *supra*, p. 99 e nt. 120.

⁽⁷⁹⁾ 1841-1906; dal 1875 professore di Diritto processuale civile in Vienna (cfr. *infra*, p. 180). Notizie biografiche in DÖHRING, *Geschichte*, cit., p. 422; cfr. anche p. 367. Ulteriori indicazioni nello stesso MENERGER, *Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, 1895. La critica del Menger — e questo è indicativo della situazione ideologica — è rimasta per decenni senza eco nella Privatistica tedesca; diversamente che nei dibattiti sociali dell'epoca, come ad es. in quelli della Società per la politica sociale.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. *supra*, p. 139.

considerarsi superati o almeno attenuati. All'epoca di Menger invece le classi « nullatenenti » non solo si trovavano ad essere economicamente svantaggiate, bensì venivano ostacolate proprio dall'ordinamento giuridico nel loro intento di raggiungere con l'autodifesa collettiva una più favorevole condizione di partenza tramite l'autonomia contrattuale e la libertà di associazione (*supra*, p. 139).

L'arte sentenziosa di Anatole France ha saputo fissare le stesse idee in una formulazione brillante laddove, in una invettiva contro la Terza Repubblica, fa parlare il poeta rivoluzionario Choulette (un personaggio che richiama Verlaine) della « *majestueuse égalité des lois qui interdit au riche comme au pauvre, de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain* »⁽⁸¹⁾. Il che non è altro che un'eco più espressiva del Manifesto comunista di Marx del 1847: la Rivoluzione francese « ha spezzato i molteplici vincoli feudali che legano l'uomo ai suoi preposti naturali senza lasciare tra i vari individui altro legame che quello senz'anima del denaro contante ».

In tal modo si poneva il dito su problemi di cui è costretta ancora ad occuparsi senza posa la politica giuridica e sociale del nostro presente. Se infatti la postulata armonia dell'autonomia privata non esiste o viene turbata, la stretta garanzia dell'uguaglianza in ogni occasione si tramuta nell'arma dei più forti contro i più deboli. Ché in ogni società, e particolarmente in una società organizzata, libertà contrattuale significa sempre libertà economica e quindi potere pubblico, destinato necessariamente a limitare o a soffocare la libertà altrui. Come è possibile allora porre all'autonomia privata dei limiti di contenuto tali da salva-

(81) *Il giglio rosso*, cap. VII.1, trad. it., Roma 1965, nel contesto di una invettiva socialista del vecchio comunardo Choulette contro la Grande Rivoluzione i cui frutti sono rimasti privilegio della borghesia del Terzo Stato: « Si, noi siamo cittadini ... Il che significa per i poveri mantenere e custodire i ricchi nel loro ozio. Essi sono tenuti a lavorare all'ombra della paludata eguaglianza delle leggi che vieta al ricco come al povero di dormire sotto i ponti, di mendicare per le strade e di rubare il pane. È questo uno dei vantaggi portati dalla rivoluzione. Ma una simile rivoluzione, fatta da idioti ed imbecilli nell'interesse dei profittatori del patrimonio pubblico nazionale e in ultima istanza per l'arricchimento di contadini avidi e di borghesi strozzini, non è servita ad altro che ad elevare al trono la ricchezza sotto il manto dell'eguaglianza ... E quel che ora vado affermando non può nemmeno essere stampato ».

guardare la giustizia individuale e sociale? Alla fine del XIX secolo le esigenze morali della critica socialista inducono una decisione unilaterale contraria alla autonomia privata: poiché il Naturalismo non conosce una giustificazione metapositiva del diritto soggettivo dei singoli, non gli è difficile in questa situazione sacrificare l'autonomia individuale all'interesse della società; esso risponde cioè sul piano teorico con la abolizione del diritto privato. Oggi si è disposti a riconoscere la unilateralità di una tale opzione perfino nei Paesi socialisti. Il mondo occidentale va ancora alla ricerca, con ideologie sociali e strumenti tecnico-giuridici differenziati, di una soluzione di questo problema fondamentale. Anche la evoluzione del diritto privato tedesco nel nostro secolo si è svolta quasi esclusivamente sotto questo segno ⁽⁸²⁾. La principale legittimazione è presente nella clausola della Costituzione a favore dello Stato sociale (artt. 20 e 28) la cui realizzazione è tuttora rimessa alla politica giuridica e sociale del presente.

⁽⁸²⁾ *Infra*, pp. 278 ss.

DAL POSITIVISMO SCIENTIFICO AL POSITIVISMO LEGISLATIVO

I. Presupposti generali del movimento per la codificazione alla fine del XIX secolo. — II. La legislazione tedesca, regionale e nazionale, sul diritto privato prima della fondazione del *Reich*. — III. Le prime leggi sull'ordinamento giudiziario del *Reich*.

I. 1. Le condizioni per l'egemonia della scienza giuridica tedesca del XIX secolo sul diritto privato contemporaneo riposavano sulla circostanza che la Dogmatica di Diritto comune si era dovuta far paladina di quel codice nazionale tedesco unitario, il cui progetto era stato condannato al fallimento dopo il 1814 dalla Restaurazione e dal programma della Scuola storica. La scienza tedesca del diritto privato divenne così anche in Prussia e (in misura minore) in Austria, i due Paesi con le maggiori tradizioni in fatto di codificazioni giusnaturaliste, tributaria della Pandettistica ⁽¹⁾. Era tuttavia da prevedersi che alla lunga lo

⁽¹⁾ Vedi A. B. SCHWARZ, *Einf. dtsch. Zivilistik im Auslande (Symbolae Frib. O. Lenel)*, p. 432. La esposizione dell'ALR in modelli pandettistici ebbe inizio (dopo il precedente di Savigny che già a partire dal 1819 aveva cominciato a tenervi sopra lezione: *supra*, I, p. 512 e nt. 49) con il commentario del KOCH (1833-1837); con FÖRSTER, *Theorie u. Praxis des Preuss. Privatrechts auf d. Grundlage d. dtsch. Gemeinen Rechts*, 1865-1873, essa si richiamò espressamente alla Pandettistica e trovò infine il proprio coronamento nel brillante «*Preussisches Privatrecht*» del DERNBURG (1871-1878); cfr. LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III.2, pp. 931 ss. Un ruolo analogo svolse per il diritto privato austriaco Joseph UNGER, *System des österreichischen Privatrechts*, 1856-1864: vedi A. B. SCHWARZ, *op. cit.*, pp. 434 s.; KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., pp. 449 s. e *supra*, p. 675 nt. 30. Su C. J. G. S. VON WAECHTER, *Württembergisches Privatrecht*, vedi WINDSCHEID, *Carl Georg v. Waechter*, 1880, pp. 24 s.; LANDSBERG, *Gesch.*, cit., III.3, pp. 613 s.

Stato tedesco, territoriale o nazionale che fosse, non avrebbe fatto a meno di una propria codificazione ⁽²⁾. A partire dalla metà del XIX secolo diversi Stati tedeschi presero ad emanare codici di diritto penale; il regno di Sassonia, anche se tardi, nel 1863, addirittura un codice civile; in altri Stati si pubblicarono almeno dei progetti; e intanto dal 1848 il movimento liberale per l'unità, nonostante la sua sconfitta politica, aveva portato avanti i lavori per la codificazione comune. Il Positivismo giuridico-scientifico cominciava a cedere il passo al Positivismo legislativo: una vittoria questa, soltanto debolmente affiorata alla coscienza della pubblica opinione, dell'ordinamento sulla scienza giuridica, della Nazione politica su quella culturale ⁽³⁾. Ché per la prima volta dopo la Recezione la normazione statale si rendeva autonoma dalla elaborazione giuridica dottrinarla. Al posto di questa subentrava idealmente la « volontà popolare » manifestantesi nella legge, che certamente nello Stato costituzionale non aveva modo di esprimersi né direttamente né liberamente ma soltanto tramite forze storiche o autoritarie. In verità la legislazione fu opera a tratti di una burocrazia ministeriale strettamente orientata in senso scientifico. La legislazione giudiziaria in particolare rimase in tal modo fino alla fine del secolo opera del Positivismo scientifico. Sebbene quindi nello Stato costituzionale la fonte del diritto non fosse più la dottrina ma la legge emanata da Governo e Parlamento, la produzione giuridica continuò ad essere tuttavia monopolio della scienza. È vero che le leggi giudiziarie del *Reich* bismarckiano per lo più non sono state redatte da studiosi, o almeno non soltanto da questi; ma esse sono opera di giudici superiori e di funzionari ministeriali formatisi alla scuola della Pandettistica, con tutto il suo mondo di valori, e il cui modo di vedere pratico non di rado ha contribuito in modo decisivo alla loro buona riuscita. I metodi e i postulati di quell'indirizzo scientifico rimasero anche per essi determinanti: così ad es. il sistema scientifico ed il concetto giuridico, l'assenza da lacune e

(2) Sulla generale avanzata dell'idea di codificazione nel secolo XIX: A. B. SCHWARZ, *Einfl.*, cit., pp. 476 ss.; BOEHMER, *Grundl. des bürg. Rechts*, I, 1950, pp. 1 ss.; F. WIEACKER, *Aufstieg, Blüte u. Krisis der Kodifikationsidee*, in: *Festschr. Boehmer*, 1954, pp. 44 ss.

(3) Così, con contorni assai marcati, già KOSCHAKER, pp. 444 ss.

l'ordinamento giuridico scritto, il vincolo del giudice ai metodi scientifici e la neutralizzazione politica della Giurisprudenza a mezzo di tale idea della scientificità.

Il Positivismo legislativo scientifico (come un simile stadio si potrebbe anche definire) veniva a trovarsi a lungo andare impreparato e indifeso di fronte alla volontà di potere politico di un Legislativo eticamente irresponsabile. Una cultura giuridica conquistata attraverso i secoli era destinata ad essere trascinata e travolta non appena nello Stato della Legge si manifestasse apertamente l'aspettativa, tacitamente presupposta ma non garantita, che la « volontà generale » rappresentata dal Legislativo sia sempre una volontà giusta, che cioè la legalità sia anche garante della legittimità. È vero che le costituzioni continentali hanno sancito diritti fondamentali destinati alla protezione dei singoli o delle minoranze contro la volontà della maggioranza, ma esse hanno fatto ben poco per assicurare il controllo del rispetto di queste garanzie a mezzo di un potere indipendente. Questo corrispondeva alla preponderanza del sentimento giuridico astratto e rivoluzionario della Rivoluzione francese sulle garanzie giuridiche tradizionaliste e formalistiche tipiche della vecchia Europa e ancor oggi del mondo anglosassone. I presupposti morali del Positivismo legislativo furono pertanto già sconvolti ogni qualvolta gli interessi di gruppi potenti, di grandi partiti o di coalizioni partitiche riuscirono a produrre un diritto particolare valido per i loro aderenti, a cui poi il giudice, proprio per i principi dello Stato di Legge, era necessariamente vincolato. Ovviamente nel XIX secolo non si era prevista la degenerazione del Positivismo legislativo a seguito della rovina dello Stato costituzionale. Il cittadino vedeva piuttosto nella legge il saldo bastione contro l'arbitrio dell'Esecutivo dello Stato autoritario, che poteva essere bloccato soltanto nel momento della formazione delle leggi tramite il diritto di deliberazione della rappresentanza popolare.

2. Da questo punto di vista il passaggio dalla scienza alla legislazione fu salutato dai contemporanei come un momento di progresso civile e nazionale. Che anche nazioni moderne possano vivere, pur senza codificazioni, in un ordinamento giuridico munito di ogni garanzia ed altamente sviluppato dimostrano la Pandettistica del XIX secolo ed ancor oggi il mondo anglosassone. Nell'Europa continentale invece la fede nella Ragione dello Assolutismo e la credenza della Rivoluzione francese nella ragionevolezza della volontà popolare avevano preparato la convinzione che una nazione moderna potesse ordinare razionalmente e sistematicamente l'intera sua vita giuridica soltanto per il tramite

di una codificazione. In Germania questa idea era stata lungamente tenuta a freno dal carattere restaurativo e federativo assunto dalla Confederazione tedesca; anche nello Stato federale piccolo-tedesco del Bismarck essa potè affermarsi solo parzialmente sotto la spinta del Liberalismo nazionalista. Ma già subito dopo il 1848 cominciarono i tentativi di realizzare un diritto legislativo tedesco comunitario ancor prima dell'unificazione nazionale, attraverso accordi tra i vari Stati della Confederazione.

3. Le codificazioni tuttavia non sono legate soltanto all'unità dello Stato bensì anche a presupposti ideali. Esse si collocano spesso alla fine di periodi particolarmente produttivi per la scienza giuridica, laddove il lavoro sistematico e concettuale di generazioni ha già preparato in maniera evidente le linee generali e il linguaggio concettuale astratto di un codice razionale. Così come la Glossa di Accursio e lo stesso *Corpus Iuris* costituivano la conclusione di epoche di fioritura scientifica, anche i codici nati dalla Pandettistica, — dal Codice civile sassone a quello svizzero — rappresentano il testamento di un indirizzo della scienza del diritto che trova in essi il suo coronamento. Ciò è dimostrato anche dal profilo cronologico della loro vita: l'istrumentario tecnico di un codice scientifico è il prodotto della tarda maturità di una scienza giuridica mentre la sua utilizzazione è già opera dei primi epigoni.

4. Le codificazioni traggono inoltre la loro linfa vitale da sistemi conchiusi di valori sociali ed economici. Anche codici apparentemente così astratti come quelli del XIX secolo sono il frutto di quella fusione della società borghese con lo Stato nazionale che in Italia, Germania, Svizzera e in molti altri giovani Stati dell'Europa sudorientale e del Sudamerica ha tenuto a battesimo le varie codificazioni ⁽⁴⁾. Non soltanto la storia e il contenuto del BGB tedesco, ma anche il Codice civile italiano del 1865 e il Diritto delle obbligazioni svizzero del 1884 dimo-

(4) Su quel che segue soprattutto BOEHMER, *Grundl.*, cit., I, pp. 1 ss. Sulla (coerente) avversione del Nazionalsocialismo nei confronti di questo concetto cfr. ad es. KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., pp. 529 s. nt. 2, e *infra*, p. 301 nt. 29

strano che i movimenti della borghesia liberale per l'unità nazionale sono stati i portavoce più attivi della codificazione.

Non è un caso che questi codici si diano tutti la denominazione di « civile » (*civil, bürgerlich*). Anche se fino al XVIII secolo « *bürgerliches Recht* » non rappresentava altro che la traduzione di *jus civile* (in senso romano e medievale, in questo secondo caso contrapposto a *jus canonicum*), dopo la Rivoluzione francese e il suo *Code civil* l'espressione si tinse di *pathos* politico passando a designare il diritto di cittadini liberi ed eguali (dei *cives*, dei *citoyens*); e certo non senza fondamento essa fu combattuta dalla reazione prussiana nell'ultima fase di apprestamento dell'*Allgemeines Landrecht* (ALR) ⁽⁵⁾. Sarà lo Stato napoleonico, che trovava già realizzato dalla rivoluzione il livellamento di ceti e province a suo tempo iniziato dall'Assolutismo francese, a dare alla luce nel « *Code civil des Français* » quel diritto privato comune ed uguale di una nazione unificata, senza più stati ed egualitaria, che doveva diventare il modello dei successivi codici nazionali.

La nostra coscienza nazionale tende volentieri a far dimenticare che il programma di codificazione del movimento unitario tedesco (e italiano) altro non è nel suo complesso che una ripetizione di quello napoleonico tra il 1804 e il 1810. Il Terzo stato aspirava anche in Germania ad un codice di diritto privato corrispondente al suo ideale. Ma esso dovette porre un freno al suo *pathos* politico allorché nel 1848 il movimento per l'unità si vide costretto a cercare l'alleanza della Prussia dinastica e autoritaria. Se il § 64 del progetto di costituzione per il *Reich* tedesco del 1848 affidava al potere imperiale il compito « di instaurare l'unità giuridica del popolo tedesco mediante emanazione di codici generali di diritto civile, di diritto commerciale e dei titoli di credito, di diritto penale e di diritto processuale », il testo originario della costituzione del *Reich* di Bismarck del 1871, alla riga 13 dell'art. 4, sostituirà alla menzione del diritto civile soltanto il semplice diritto delle obbligazioni.

L'ideale di diritto dei codici borghesi configurante una società nazionale, unitaria ed egualitaria, retta dal principio di libertà nella proprietà e nelle contrattazioni non era altro, nella realtà sociale del XIX secolo, che un ordinamento privilegiato, ad uso dei pionieri della nuova società del guadagno nascente dalla Rivoluzione industriale ⁽⁶⁾. Ciò doveva necessariamente portare

⁽⁵⁾ *Supra*, I, p. 506.

⁽⁶⁾ Su quanto segue vedi F. WIEACKER, *Das Sozialmodell d. klass. Privatrechtsgesetz. u. d. Entw. d. mod. Gesellschaft*, Karlsruhe 1953, pp. 10 ss., 17.

all'esclusione dai codici del diritto di altri gruppi: non soltanto di quello morente degli antichi ceti fondati sul principio di nascita (il diritto privato della casa regnante, i possedimenti ereditari dell'alta nobiltà, praticamente anche i fedecommessi), ma anche del diritto corporativo dei vecchi gruppi di mestiere (contadini, artigiani, gente di mare, ecc.) e di quello della nuova classe operaia. Soltanto la coscienza di sé della borghesia, che era riuscita a far propria l'unità politica e giuridica della nazione, poteva indurre a non vedere che questa unità giuridica si conquistava fin dall'inizio a prezzo di finzioni.

Ciò è confermato dall'unico ordinamento di diritto speciale che il movimento borghese per l'unità abbia espressamente, e in posizione addirittura privilegiata, recepito nel programma di codificazione. Nel campo del diritto commerciale e dei titoli di credito la classe imprenditoriale borghese, sia dell'industria che del commercio, riuscì ad ottenere un diritto particolare, anche qui sull'esempio napoleonico: un diritto in preponderanza diverso dall'antico diritto dei ceti mercantili (quale riecheggia ancora nello « stato mercantile » dei §§ da 1 a 104 dell'HGB o nel diritto della navigazione) e cioè un diritto con un notevole grado di astrazione, appositamente creato con l'occhio alla funzione commerciale e che sarebbe dovuto diventare, secondo una formulazione felice, « pioniere » del diritto dei traffici in genere della società borghese.

II. 1. Quanto la classe imprenditoriale borghese abbia cercato di portare avanti un comune diritto dei trasporti, del commercio e dei titoli di credito, dimostrano i precedenti politici dei primi progetti e disegni di legge unitari della Confederazione tedesca dopo il 1848. Successivamente all'Ordinamento della cambiale del 1848, le prime codificazioni che il Terzo stato, nonostante la sua sconfitta politica, rivendicò dai governi tedeschi federati furono un comune Codice commerciale (1861) e una bozza di Diritto delle obbligazioni (Dresda 1865). Il carattere tecnico ed astratto di questa disciplina dei traffici favoriva evidentemente l'unificazione giuridica; come dimostrano il Diritto delle obbligazioni svizzero del 1884, il progetto italo-francese di un Diritto

delle obbligazioni del 1931, la comune legislazione europea sulla cambiale a partire dal 1933 e anche gli odierni lavori preliminari per una legislazione europea sulla compravendita. Già nel 1848 i poteri provvisori del *Reich* avevano emanato una disciplina comune della cambiale (*). Fino al 1861 la Corte federale aveva provveduto ad approntare l'*Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* (**) (ADHGB = Codice generale tedesco di commercio) poi approvato dalla Dieta di Francoforte. Non avendo la Confederazione tedesca competenza legislativa, esso entrò in vigore nella maggior parte degli Stati tedeschi come diritto territoriale: allo stesso modo dell'odierno diritto della cambiale, la cui vigenza internazionale riposa sull'adempimento dei trattati tramite leggi di esecuzione nazionali.

La disciplina della cambiale e il Codice di commercio rappresentano già un frutto della scienza del diritto commerciale della prima metà del secolo, il cui sviluppo va ascritto a merito di Germanisti e dogmatici del diritto civile con spiccato orientamento pratico. Entrambe le leggi sono infatti caratterizzate non soltanto dalla loro buona struttura scientifica ma anche da una notevole sensibilità per le esigenze della prassi. Il documento fondamentale in sede di redazione dell'ADHGB è costituito dalla bozza prussiana, opera dell'ottimamente informato e conoscitore di economia Bischof (1851) (**); qui la cooperazione di esperti non giuristi presi dal mondo dell'economia e della finanza si fa sentire in modo più accentuato che non più tardi nel BGB. Dopo lo scioglimento della Confederazione tedesca tutt'e due le leggi continuano ad essere vigenti sia nel *Reich* tedesco che nell'Impero austriaco: la legislazione sulla cambiale in entrambi gli Stati fino alla introduzione del nuovo diritto cambiario internazionale (legge tedesca sulla cambiale del 1933; legge austriaca del 1938); l'ADHGB in Germania fino all'entrata in vigore del Codice di commercio

(*) STOBBE, *Gesch. d. dt. Rechtsquellen*, II, Braunschweig 1864, pp. 490 ss.

(**) GOLDSCHMIDT, *ZHandr.*, V (1862), pp. 204 ss.; STOBBE, *Gesch.*, cit., pp. 492 ss.; THÖL, *Z. Gesch. d. Entwurfs eines Allg. D. HGB.*, 1861; Relazione all'ADHGB., ed. da LUTZ, Würzburg 1858-1867; P. RAISCH, *Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im XIX. Jh.*, Stuttgart 1962.

(*) Su cui vedi THÖL e GOLDSCHMIDT, citt. (nt. precedente).

(ormai coordinato con il BGB) il primo gennaio del 1900, in Austria fino alla sua abrogazione dopo l'annessione del 1938 ⁽¹⁰⁾; in alcuni dei paesi allora appartenenti alla Confederazione tedesca, in particolare in Cecoslovacchia, vige ancor oggi.

2. Nel 1861 ebbero anche inizio, condotti da giudici e Maestri di grido, i lavori preparatori di un Codice generale tedesco delle obbligazioni che portarono già nel 1865 alla pubblicazione della « bozza di Dresda » ⁽¹¹⁾. Ma nell'anno seguente crisi e scioglimento della Confederazione ne impedirono l'entrata in vigore. I suoi notevoli pregi dogmatici ed anche dottrinari ne hanno fatto uno dei fondamenti del diritto delle obbligazioni nel primo progetto di BGB e vanno valutati in quella sede. Non meno diretto è stato l'influsso del progetto di Dresda sulle codificazioni straniere: così ad es. esso è servito stranamente di modello al diritto delle obbligazioni della giovane Repubblica cinese a partire dal 1912.

3. Accanto all'attività legislativa della Confederazione continuavano ad esistere piani di codificazione dei singoli Stati tedeschi. Mentre i progetti della Prussia (1841-42), della Baviera (1860-64) e dell'Assia degli anni Quaranta e Cinquanta ⁽¹²⁾ non giunsero a maturazione in attesa della legislazione della Confederazione, nel 1865 riuscì ancora ad entrare in vigore un Codice civile sassone. Subito molto apprezzato dai giuristi sassoni, esso è opera significativa e caratteristica; se infatti da un punto di vista di politica del diritto lo si può considerare un epigone delle codificazioni territoriali, nelle sue strutture concettuali e sistematiche esso si presenta come precursore, per così dire una sorta di prova generale, del futuro codice tedesco; nel complesso in-

⁽¹⁰⁾ L'HGB tedesco del 1896, introdotto in Austria il 24-12-1938, è rimasto in vigore anche dopo il 1945 con modificazioni che, ponderatamente e con ogni riguardo, ne hanno curato l'adattamento all'ordinamento privatistico austriaco.

⁽¹¹⁾ FRANCKE, *Entwurf eines allgemeinen Gesetzes über Schuldverhältnisse*, Dresden 1866; vedi anche HEDEMANN, *Der Dresdner Entwurf von 1866*, 1935.

⁽¹²⁾ Su cui vedi STOBBE, *Gesch.*, cit., II, pp. 474 s.; 445; VIERHAUS, *Die Entstehungsgesch. d. Entwurfs eines BGB, in Verbindung mit einer Übersicht d. privatrechtl. Kodifikationsbestreb. in Dtschl.*, 1888; SCHUBERT, *Die Entst. d. Vorschriften d. BGB über Besitz etc.*, Berlin 1966, pp. 7 ss.

somma degno di un Paese che così spesso si è trovato all'apice della cultura privatistica tedesca ⁽¹³⁾.

III. Poiché ordinamento giudiziario e processo vanno annoverati tra le più importanti garanzie dello Stato di diritto, è ovvio che a questo settore si sia rivolto il particolare interesse della borghesia liberale politicamente in ascesa. Ancor più che per il diritto privato materiale fece qui da modello, esteriormente ed interiormente, il *Code de procédure* napoleonico che realizzava in sé le esigenze giuridico-politiche del Liberalismo nascente — e ciò vale non ostante ogni autonomia e maturità di pensiero della scienza processuale tedesca.

I. Lo sforzo politico per l'unità e la libertà manifestò con evidenza maggiore il suo punto di confluenza nell'ordinamento giudiziario, la cui unitarietà sembrò rappresentare l'espressione dell'unità politica nell'amministrazione della giustizia: indipendenza del giudice, esatta determinazione dell'*iter* processuale e preciso ancoramento legislativo delle competenze come garanzia dello Stato di diritto. In accordo con le tendenze centralizzatrici degli apparati giudiziari dei territori tedeschi, riuscì ben presto ad aver successo lo smantellamento degli ultimi resti dell'antico ordinamento di Diritto comune — basato sull'opera di *honoratiore*s e di studiosi, operanti in corti di scabini o nei collegi universitari in sede rispondente (Sassonia 1838) — e l'abolizione degli ambiti feudali di giurisdizione speciale nei tribunali per questioni patrimoniali e fondiari ⁽¹⁴⁾. A partire dal 1848,

⁽¹³⁾ Vedi FRANCKE, *Das Bürg. Gesetzbuch für d. Königreich Sachsen* ², 1892; GRÜTZMANN, *Lehrb. d. Sächs. Privatrechts*, I/II, 1887/1889; v. anche il Commentario del SIEBENHAAR, I-III², 1869. Da segnalare l'accoglimento nel codice sassone della sistematica pandettistica e l'apprestamento di una « Parte generale ». Il giudizio di KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., p. 441 (« quasi un manuale di Pandette trasfuso in paragrafi ») non gli fa del tutto giustizia. Da ultimo SCHUBERT, *Die Entstehung*, cit., pp. 8 s.

⁽¹⁴⁾ Sguardo d'assieme in: ENDEMANN, *Der dtsh. Civilprozess*, I, 1878, pp. 1-26; cfr. ora KERN, *Gesch. d. Gerichtsverfassungsrechts*, 1954, pp. 55 ss. Materiali: C. HAHN, *Die gesamten Materialien zu d. GVG u. d. Einführungsgesetz zu demselben*, I/II, 1879.

alle corti giurate, allo scabinato, alle corti speciali per l'artigianato e il commercio cominciò a poco a poco a subentrare la magistratura laica.

2. Nel campo del diritto processuale civile le nuove rivendicazioni politiche della società nei confronti dello Stato trovano espressione più diretta e precoce che non nel campo del diritto materiale. Finora esse non avevano potuto trovare soddisfazione né nella vecchia tradizione processuale del Diritto comune né nell'autoritario ordinamento giudiziario prussiano. Si spiega dunque che di qui si sviluppi un nuovo radicale fenomeno di recezione: l'accoglimento dei principi della procedura civile e penale francese.

Gli ideali dell'ordinamento processuale francese del 1807, e cioè l'immediatezza e oralità, la concentrazione del procedimento e la disponibilità della materia processuale per le parti, erano nati dalla sfiducia nei confronti dei poteri dello Stato e della casta dei giuristi dotti accoppiata alle fede in un attivo senso civico; il loro avversario era costituito dal modello di un processo non pubblico e celebrato in forma scritta, di fronte a giudici provenienti da ceti privilegiati o nominati dal potere costituito e da esso dipendenti. Tutto ciò fece sì che in Germania lo spirito politico della riforma, che con il *Code de procédure* aveva presto preso piede sulla riva sinistra del Reno e comunque anche nel resto del Paese aveva subito trovato grande risonanza, avverasse al tempo stesso il modello di processo del Diritto comune e quello autoritario dell'Assolutismo illuminato prussiano. Contro il carattere mediato e la forma scritta del processo di Diritto comune si invocava la immediatezza ed oralità ⁽¹⁵⁾; contro l'articolazione dell'oggetto del contendere, la concentrazione del procedimento; contro il sistema paternalistico dell'avvocatura nel processo civile prussiano, la libertà di rappresentanza. La libera disponibilità delle parti sull'oggetto del processo (principio di disponibilità) faceva riscontro all'ideale dell'autonomia privata nel diritto ma-

(15) BAHR, *JherJb*, XXIII (1885), pp. 339 ss.; XXIV (1886), pp. 329 ss., ed ora la promettente dissertazione di H. G. KIP, *Das sog. Mündlichkeitsprinzip*, 1925, pubblicata postuma da F. VON HIPPEL.

teriale; e l'accentuazione del ruolo delle parti che l'accompagnava rappresentava il corrispettivo del senso civico liberale ⁽¹⁶⁾. Se già in Francia nella fase prerivoluzionaria era trapelato inizialmente in queste rivendicazioni il ricordo delle antiche libertà « franche », sul suolo tedesco fu la corrente politica della Germanistica, con giuristi dello stampo di Georg Beseler, a farsi portavoce di queste nuove esigenze così come della richiesta di giudici laici.

In stretta connessione con le idee politiche del 1848, e con l'appoggio di una magistratura superiore di sentimenti allora per lo più liberali, questi principi riuscirono ben presto ad affermarsi in leggi e progetti di legge. Essi dominarono già la legislazione processuale di Hannover (1850), di Oldenburg (1857), del Baden (1862), del Württemberg (1868) e della Baviera (1869) così come il progetto del parlamento tedesco del 1864, il progetto prussiano del 1868 e il « Progetto settentrionale » del 1870 (per la Lega dei territori tedeschi del nord), che a sua volta riposava sul « Progetto di Hannover » (1866) ⁽¹⁷⁾, il più importante, grazie al Leonhardt, dei progetti di riforma processuale tedeschi.

3. Analoghi caratteri sono riconoscibili nelle leggi giudiziarie agli inizi del *Reich* bismarckiano che, derivate dai precedenti qui sopra ricordati, rappresentano l'espressione più compiuta del compromesso tra i fondatori dell'impero e il movimento nazional-liberale per l'unità ⁽¹⁸⁾. Per la *Reichs-Civilprozessordnung* ⁽¹⁹⁾ (Ordinamento processuale civile del *Reich*), immediatamente messa

⁽¹⁶⁾ Sui principi della riforma liberale del processo nel XIX secolo vedi in generale: DAHM, *Deutsches Recht*, cit., pp. 484 ss.; BOEHMER, *Grdl.*, cit. (*supra*, nt. 2), I, pp. 109 ss.; DÖHRING, *Gesch.*, cit., *passim* (cfr. l'indice analitico alle voci: Zivilprozess, Justizreform, Liberalismus); per il processo penale Eb. SCHMIDT, *Einf.*, cit., pp. 325 ss.

⁽¹⁷⁾ Editto da STRUCKMANN (1866), con annotazioni esplicative tratte dai verbali della commissione (Wiesbaden 1867). Per la storia dei precedenti cfr. E. KERN, *Gesch. d. Gerichtsverfassungsrechts*, München/Berlin 1954.

⁽¹⁸⁾ Fondamentali i densi ed istruttivi « *Gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen* » editi da C. HAHN, Berlin 1883.

⁽¹⁹⁾ Sulla storia della legislazione processuale vedi HELLWIG, AcP, LXI (1878), pp. 78 ss.; STEIN-JONAS-SCHÖNKE, *Komm. z. ZPO* ¹⁷, 1952, A § 2: *Die Entstehungsgeschichte der ZPO*.

in cantiere, ci si rifece all'appena apparso « Progetto settentrionale » che un'apposita commissione, presieduta dal ministro della Giustizia (prima del regno di Hannover ed ora prussiano) Leonhardt⁽²⁰⁾, rielaborò unitamente ad una bozza di ordinamento giudiziario. Entrambi i progetti furono rivisti da una commissione appositamente creata all'interno della Dieta del *Reich*, la *Reichjustizcommission*, e, dopo l'emanazione avvenuta il 30 gennaio 1877, entrarono in vigore come legge il primo gennaio 1879. Il *Gerichtsverfassungsgesetz* (legge per l'ordinamento giudiziario) servì a superare la struttura territoriale dell'organizzazione giudiziaria, ancora caratterizzata dalla giurisdizione patrimoniale e dai collegi di dottori in sede rispondente, sostituendola con quella tuttora vigente per grandi linee nella Germania odierna. In sostituzione del « *Reichsoberhandelsgericht* » (Corte commerciale superiore del *Reich*) di Lipsia, la prima corte unitaria centrale in Germania in connessione con il nuovo ADHGB, entrò in funzione nello stesso giorno, sempre in Lipsia, il *Reichsgericht* (Corte imperiale), le cui decisioni in materia di diritto civile costituiscono, fino alla brusca soppressione nel 1945, uno dei capitoli più brillanti della prassi giuridica tedesca.

Contemporaneamente entrò anche in vigore la *Reichs-Concursordnung* (Ordinamento fallimentare del *Reich*) modellata sulla procedura esecutiva della CPO (*Civilprozessordnung* = Ordinamento processuale civile)⁽²¹⁾. Essa rispondeva particolarmente alle esigenze commerciali e creditizie della società capitalista borghese; il suo originario rigore è esatta espressione della dura morale economica del più antico Liberalismo. Dal punto di vista materiale la « *Concursordnung* » (CO) era caratterizzata in modo particolare dalla coscenziosa opera di compa-

(20) Su Adolf Leonhardt (1815-1880; nel 1848 relatore, nel 1865 ministro della Giustizia, dal 1867 presidente della Corte superiore d'appello di Berlino per le nuove province prussiane, 1867-79 ministro della Giustizia prussiano) vedi LANDSBERG, *Gesch.*, cit., III.2, pp. 700 ss. (e p. 303 delle note). STÖLZEL, *Brand.-Preuß. Rechtsverfass. u. Rechtsverw.*, II, 1888, pp. 710 ss.; N(umerius) N(egidius) in: PreußJb, LXXXIII (1896), pp. 102 ss.

(21) Vedi l'ottima edizione dei materiali: *Entw. einer dtsh. Gemeinschuldordnung, mit Motiven*, I/II, 1873; C. HAHN, *Mat. zur CO u. dem Einführungsgesetz zu ders. etc.*, 1881. Per la storia della genesi V. SARWEY, *Die dtsh. Concursordnung*, in: ZHR, XXIII (1879), pp. 371 ss.

razione giuridica a base dei lavori preliminari e dallo sforzo, molto accorto, di unificazione del diritto. Essa rappresenta una delle migliori leggi del *Reich* ottocentesco, se non la migliore.

Diversamente dal BGB le leggi sull'ordinamento giudiziario costituiscono idealmente e politicamente il prodotto di una Magistratura altamente qualificata moralmente e professionalmente: non furono cioè opera di dottrina — anche se alla loro preparazione non ha mancato di dare il proprio contributo una importante scienza processualistica. Esse nascevano dalle esigenze della prassi e dalla recezione della riforma giudiziaria e procedurale sul solco della Rivoluzione francese e del costituzionalismo europeo occidentale. La fusione con la coscienza giuridica tedesca si è verificata, grazie agli evidenti vantaggi pratici e tecnici di questo ideale di processo, in modo più completo che non per il più dottrinario BGB, nei confronti del quale lo spirito delle leggi giudiziarie ha mantenuto una sensibile distanza.

Questa tensione viene messa ancor oggi in evidenza dal fatto che gli studenti di Giurisprudenza con la loro preparazione teorica non riescono ad entrare con facilità nella struttura di pensiero dell'ordinamento processuale perché formati ad una scienza del diritto privato, il cui sistema di concetti non sempre rappresenta in modo adeguato la funzione del diritto materiale in sede di controversia. Così ad es. la differenza tra legittimazione reale e obbligatoria si può intendere appieno soltanto muovendo dal diritto fallimentare e dalla procedura esecutiva: ché la dottrina generale del diritto privato non inquadra concettualmente il patrimonio come oggetto di responsabilità. Il concetto di pretesa in senso giuridico-materiale — una creazione poco felice del Windscheid — non si accorda sufficientemente, nella configurazione datagli dal BGB, con il diritto d'azione garantito dall'ordinamento processuale civile (22).

Le leggi giudiziarie del *Reich* rappresentano contemporaneamente la prova del raggiunto equilibrio politico tra il sempre forte Stato autoritario e le rivendicazioni della società borghese per l'autodeterminazione economica e politica. Sebbene ormai questo complesso legislativo, altrimenti ottimo, possa apparire in

(22) DE BOOR, *Gerichtsschutz u. Rechtssystem*, in: Lpz. rechtswiss. Stud., CXXVII (1941), spec. pp. 16 ss.

considerazione dell'epoca di origine e della provenienza ideologica alquanto invecchiato, esso è riuscito a sopravvivere, senza sostanziali modificazioni sistematiche, non soltanto alle nuove codificazioni privatistiche a cavallo del secolo ma anche a tutte le riforme successive. Se il diritto processuale civile ha perso in chiarezza stilistica e in purezza di lingua rispetto alla redazione originaria, ciò è avvenuto non tanto a seguito dell'aggiornamento del 1898 quanto per la tendenza, tuttora persistente, alle riforme di giornata, spesso non sufficientemente ponderate o a carattere sperimentale. Tutto considerato, nelle quasi nonagenerie leggi giudiziarie del *Reich*, delle quali è forse in grado di riconoscere le qualità più il pratico che non il teorico del diritto civile, trovano ancor oggi l'espressione più degna il senso giuridico e la obbiettività — e quindi anche la giustizia materiale — delle creazioni del ceto dei giuristi tedeschi del XIX secolo.

IL BGB

I. L'iter esterno della redazione. — II. La paternità del BGB. — III. Caratteristiche e radici ideali. — IV. Giudizio d'assieme e sfera d'influenza.

I. 1. I lavori preparatori del BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* = Codice civile) si ricollegavano immediatamente alle ultime attività legislative della Confederazione tedesca. La Carta costituzionale della Lega settentrionale del 1867 e la corrispondente redazione originaria della costituzione bismarckiana del *Reich*, che prevedevano una competenza centrale soltanto per il diritto delle obbligazioni, ne contennero dapprima il piano in limiti ristretti. Fu l'unitarismo dei Nazional-liberali, che nel 1871 erano entrati a far parte come partito di maggioranza della prima Dieta del *Reich*, ad estendere l'ambito di quella competenza al diritto fondiario, familiare e delle associazioni: una chiara vittoria dell'ideologia progressista liberale sulle riserve conservatrici, che offre contemporaneamente un'immagine del terreno ideale da cui nasceva la codificazione. Dopo ben cinque proposte dei propugnatori di questo sviluppo, i deputati nazional-liberali Lasker e Miquel ⁽¹⁾, e contro i voti dei conservatori e del partito di centro (che temeva fondatamente la introduzione di un diritto matrimoniale laico), con un emendamento dell'art. 4 n. 13 (legge

(1) Su Miquel cfr. le due biografie di Wilh. MOMMSEN e W. GUHL (entrambe 1928); inoltre HERZFELD, *J. v. M. Sein Anteil am Ausbau d. dt. Reiches bis z. Jahrhundertwende*, I/II, 1938. Circa i riflessi del « Deutscher Juristentag » (a partire dal 1860) sulla codificazione v. ora CONRAD, in: *100 Jahre dt. Rechtsleben, Festschr. f. d. Deutschen Juristentag*, I, Karlsruhe 1960, pp. 15 ss., e GMÜR (*infra*, nt. 14), p. 19 e nt. 2. Sulla corrispondente attività dello « Schweizerischer Juristenverein » cfr. FRITSCHÉ, *Der Schweiz. Juristenverein 1861-1960*, Basel 1961.

del *Reich* del 20-12-1873) fu ammessa la competenza del *Reich* per l'intero arco del diritto civile, aprendo così la strada ad un codice nazionale. In realtà questa scelta era dettata da diversi interessi di politica attuale: quello dello Stato di diritto ad un libero sistema associativo e corporativo, quello cultural-liberale ad un diritto matrimoniale non ecclesiastico su cui già si proiettavano le prime ombre dell'incipiente « *Kulturkampf* », infine quello economico-liberale ad un diritto immobiliare ed ipotecario comune ed aperto. In settori particolarmente importanti per l'intero ordine sociale come il diritto dei suoli, dei beni familiari e della eredità riesce soltanto ora al Liberalismo di acquistare l'assoluto predominio. Il tutto come necessaria conseguenza della scelta liberista fatta dall'« Ordinamento per le Attività Commerciali e Industriali della Germania Settentrionale » (più tardi: del *Reich*) nel 1869.

2. In conformità alla legge Lasker (1873), una « pre-commissione » composta da cinque pratici del diritto fu incaricata della redazione di un piano corredato del relativo parere ^(*). Su sua proposta fu affidato nel 1881 ad una commissione di undici membri — denominata più tardi *Prima Commissione* — il compito di elaborare un vero e proprio progetto. A questo fine essa avrebbe dovuto prendere in esame « il diritto privato vigente in Germania » in ordine alla sua « rispondenza allo scopo, alla sua verità interiore ed alla sua coerenza »: questo il tenore letterale dell'atto di investitura, da cui traspare con evidenza la fede del Positivismo giuridico nel rigore logico e sistematico.

(*) Sugli antefatti della emanazione del BGB vedi (oltre le introduzioni della maggior parte dei trattati relativi all'« *Allgemeiner Teil* »): THIEME, in: DJZ, XXXIX (1934), col. 968 s.; ENNECERUS-NIPPERDEY, *Der Allg. Teil d. BGB* ¹⁵, 1959, § 12, pp. 44 ss. con numerose ulteriori indicazioni alla nt. 1 (PLANCK, VIERHAUS, REATZ, SCHWARTZ, v. TUHR); da ultimo SCHUBERT, *Die Entst. d. Vorschriften d. BGB über Besitz u. Eigentumsübertragung*, Berlin 1966, pp. 3-56. Motivi del Primo Progetto, 5 voll., 1888; prese di posizione di tipo peritale sul Primo Progetto, 6 voll., 1890/91; processi verbali dei lavori per il Secondo Progetto, 7 voll. 1897/99; una veduta complessiva in MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum BGB*, 5 voll., 1899.

A presiedere la commissione fu chiamato un eccellente pratico: Pape, presidente di quella Corte commerciale superiore del *Reich* che sarebbe esistita fino al 1878. Pratici del diritto erano anche altri sette componenti, tra cui va segnalato come il più eminente Gottlieb Planck ⁽³⁾; unici docenti, von Roth, von Mandry — qualificato come conoscitore del diritto patrimoniale familiare — e Windscheid, il cui influsso predominante avrebbe dovuto improntare spirito e forma del primo progetto del BGB. Sempre a pratici fu affidato il lavoro di redazione delle singole sezioni: a Gebhard la Parte generale, a Johow i Diritti reali, a Planck il Diritto di famiglia e a von Schmitt il Diritto ereditario. Per il Diritto delle obbligazioni invece si preferì rifarsi alla « bozza di Dresda » del 1865.

I lavori comuni, su cui si fece sentire l'influsso ideale predominante di Windschied e di Planck, condussero alla redazione di un « Primo Progetto » che fu dato alle stampe nel 1887 unitamente a cinque volumi di « Motivi » ⁽⁴⁾: nel bene e nel male un caratteristico documento dell'ormai morente Positivismo giuridico.

3. In conseguenza dell'isolamento in cui, nel corso della loro opera, i redattori si erano tenuti dal resto del mondo giuridico e dalla prassi economica, il progetto suscitò immediatamente critiche violente. Se ne biasimò quasi unanimemente il linguaggio arido e complicato, il carattere dottrinario del sistema e l'impressionante numero di rinvii ad altri atti legislativi. Ancora più decisiva fu la critica di insigni contemporanei diretta a metterne in evidenza la mancanza di senso pratico. In ogni caso, anche laddove essa si dimostrò andare oltre il segno, questa ondata di critiche fu la prova che gli autori non erano riusciti a trovare un contatto con la vita della nazione.

⁽³⁾ 1824-1910; per la sua partecipazione attiva ad entrambe le commissioni in posizione eminente (1874-89; 1890-96), soprattutto alla seconda (SCHUBERT, *Die Entst.*, cit., pp. 48 s.), e per la sua superiore esperienza nel settore della politica del diritto, forse a maggior diritto il padre ideale del BGB; dal 1889 professore onorario in Göttingen: FRENSDORFF, *G. Planck, Dtsch. Jurist u. Politiker*, 1914; ID., *Allg. Hann. Biogr.*, I, pp. 278-294; SCHUBERT, *Die Entst.*, cit., pp. 20 s.

⁽⁴⁾ Cfr. *supra*, nt. 2.

Dalla massa di circa seicento prese di posizione di autorità, operatori del diritto, professori, enti economici ed associazioni (che dimostravano così il sempre vivo interesse del pubblico per l'imminente codice nazionale) emersero in modo particolare l'« *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht* » di Gierke (1888/89) ⁽⁵⁾ e il già citato lavoro di Menger, « *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* » (1891).

Gierke lamentava in particolare che si fosse trascurato il diritto privato tedesco ancora vivo e criticava l'individualismo del progetto di codificazione. In effetti più tardi il crescente prestigio del Gierke ed il carattere didascalico-popolare del suo temperamento servirono a dare maggior peso al diritto privato tedesco e al suo bene o male inteso ruolo sociale. Anche il Menger, pur senza un *pathos* storico paragonabile a quello del Gierke, portò la sua critica contro l'arretratezza del progetto dal punto di vista sociale; un diretto effetto reale di questa posizione non è tuttavia constatabile ⁽⁶⁾.

Nei limiti in cui tali od analoghe riserve riuscirono a far sì che nei progetti successivi si versasse una « goccia di olio sociale », come allora si amava dire ⁽⁷⁾, il loro influsso si rivelò di portata notevolmente ineguale. Ad es. il rafforzamento della « detenzione » ⁽⁸⁾ (l'equivalente della *detentio* romana, che il primo progetto, con provocante atteggiamento storicizzante, aveva ancora ritenuto possibile sancire a discapito di locatari, affittuari, ecc.) in vero e proprio possesso aveva più che altro carattere psicologico-sociale. L'acquisto della proprietà invece da parte di chi effettuasse materialmente una certa lavorazione costituiva in realtà un intralcio

⁽⁵⁾ V. anche in stretta correlazione: ID., *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 1889; rist. in Erik WOLF, *Quellenb. z. Gesch. d. dtsh. Rwiss.*, 1946). Su entrambe le opere particolareggiatamente Erik WOLF, *Grosse Rechtsdenker*, cit., pp. 698-706. Sulla loro generale risonanza v. anche SCHUBERT, *Die Entst.*, cit., pp. 35 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. *supra*, p. 160 e nt. 79.

⁽⁷⁾ L'espressione, senza contenuto polemico, è forse una ripetizione inconsapevole del celebre detto di Ludwig Uhland nella Paulskirche il 22 gennaio del 1849 — « che non si levi a guida della Germania alcuno il cui capo non sia stato unto con un'abbondante goccia di olio democratico » —, pur senza la forza della visione poetica presente nella allusione di Uhland alla unzione del re.

⁽⁸⁾ Per la storia della codificazione v. particolareggiatamente SCHUBERT, *Entst.*, cit., pp. 66 ss., 83 ss.; 91 ss.

tra fabbricanti, creditori bancari e fornitori ed era insignificante per la posizione sociale del lavoratore in fabbrica e per la sua partecipazione agli utili del lavoro. Di maggiore efficacia le disposizioni protettive in tema di locazione e di contratti di lavoro; da esse traspariva chiaramente la misura limitata di apertura sociale che lo spirito dei tempi permetteva al legislatore.

Ciò nonostante il complesso delle critiche (almeno così come fu interpretato da governo e parlamento) riconobbe il progetto come base sufficiente per l'ulteriore lavoro a patto che tuttavia in futuro si tenessero in maggior conto il diritto tedesco e le « esigenze economiche ».

4. L'Ufficio di Giustizia del *Reich*, cui competeva l'opera di legislazione, non rimase insensibile alle critiche mosse; ordinò anzi di raccoglierle e di prenderne visione, insediando infine nel 1890 una *Seconda Commissione* di cui furono chiamati a far parte, accanto a dieci membri « permanenti », dodici altri « non stabili » prevalentemente personaggi eminenti del mondo economico.

Tra i componenti stabili si trovavano alcuni noti pratici del diritto e due docenti, tra cui di nuovo il von Mandry; degli altri va ricordato Rudolf *Sohm* ⁽⁹⁾.

Nel 1895 la commissione pubblicò un *Secondo Progetto* corredato di « *Relazione* » (il complesso più voluminoso e significativo di lavori preparatori al BGB) e lo presentò al Consiglio federale. Dal momento che la Seconda Commissione aveva sempre operato alla luce della pubblica opinione, non era da attendersi che il progetto sorprendesse o deludesse; ed in ef-

(9) Su questo grande studioso, di forte carattere (1841-1917; dal 1872 in Straßburg, dal 1877 in Lipsia) v. LANDSBERG, *Gesch.*, cit., III.2, pp. 910 s.; H. FEHR, *ZSS, GA, XXXVIII* (1918), pp. LIX ss.; RENDTORFF, Rich. SCHMIDT, HAUCK, EHRENBURG, *Rudolph Sohm. Gedenkworte*, 1917; Frantz DAHL, *Juridische Profiler*, 1920, pp. 119 s.; sulla sua concezione del Diritto canonico, rivelatrice ai fini della valutazione della personalità, vedi W. SCHÖNFELD, *ARSP, XVIII* (1924/5), pp. 58 ss.; BARION, *R. S. u. d. Grundlegung d. Kirchenw.*, Tübingen 1931; SMEND, *Kirchenrecht*, in: *Religion in Gesch. u. Gegenw.*, I^o (1962), 1518. Una breve autobiografia in *DJZ*, XIV (1909), col. 1017 ss.

fetti incontrò per lo più favorevole accogliamento. E tuttavia presenta anch'esso, considerato alla luce della nostra sensibilità giuridica attuale, molti dei difetti che erano stati rimproverati al Primo Progetto: un linguaggio concettuale troppo astratto e dottrinario, una prevalenza, dal punto di vista del contenuto, del diritto delle Pandette, ed una tecnica di richiami interni poco chiara. Il caparbio attaccamento a questi elementi dimostra in maniera indicativa il perdurare della forza di attrazione dello stile della Pandettistica.

5. Il Secondo Progetto, dopo alcune modificazioni marginali apportate dal Consiglio federale, fu presentato alla Dieta del Reich già nel 1896 come Terzo Progetto, accompagnato da una Memoria dell'Ufficio di giustizia del Reich. Le modifiche in seduta plenaria toccarono ormai soltanto singoli punti d'attualità politica. Successi sia reali che apparenti furono raggiunti dall'ala liberale (sostenitrice dello Stato di diritto) in tema di diritto delle associazioni e dall'ala conservatrice ecclesiasticista in tema di diritto matrimoniale. Come in ogni epoca i grandi partiti non seppero rinunciare a farsi paladini di interessi professionali settoriali: a questo atteggiamento si deve ad es. nel campo dei diritti reali l'idillio della disciplina dell'apicoltura (§§ 961-964 BGB). Più importante dal punto di vista politico va considerato il nuovo divampare del morente Federalismo conservatore manifestantesi nelle riserve di natura giuridico-territoriale della legge introduttiva. Nella compagine abbastanza rilevante di questo « catalogo delle perdite di unità giuridica » (secondo l'espressione non priva di *pathos* dei sostenitori dell'unità) si rivelava il sempre notevole peso politico non soltanto delle tradizioni particolaristiche ma anche di quelle feudali, conservatrici (in senso autoritaristico) e burocratiche che mai alla Pandettistica era riuscito del tutto di riassorbire ⁽¹⁰⁾. Si trattava così nel, bene e nel male, di un catalogo del passivo sia della Pandettistica che del Liberalismo. Già il 18 agosto del 1896 si poté giungere comunque alla promulgazione del codice che entrò in vigore il primo giorno del nuovo secolo (1900).

⁽¹⁰⁾ Cfr. *supra*, p. 147.

6. La redazione del BGB era stata accompagnata da un lavoro di riforma su un complesso di altre leggi giudiziarie che, anche se seguita con poca attenzione dall'opinione pubblica, rivestiva in realtà importanza notevole. In parte essa servì ad adattare vecchie leggi al nuovo diritto privato: così ad es. la CPO, la Procedura concorsuale (1898) e la legge sull'esecuzione forzata (1897) ⁽¹¹⁾. L'ADHGB fu invece completamente rimaneggiato e il 10 maggio 1897 venne promulgato con la più modesta denominazione di Codice di Commercio (ormai soltanto piccolo-tedesco) ⁽¹²⁾; in particolare se ne soppressero le cosiddette « disposizioni pionieristiche » che erano adesso confluite nella Parte generale e nel Diritto delle obbligazioni del BGB. Con tali cambiamenti andò tuttavia perduta per più di una generazione la unità del diritto commerciale tra la Germania e le regioni austriache della monarchia danubiana.

Altre leggi importanti furono totalmente rielaborate in stretta armonia con il nuovo diritto privato: così ad es. l'ordinamento dei registri immobiliari ⁽¹³⁾ che fu ricollegato, come il diritto materiale fondiario del BGB, alla legge prussiana sulla proprietà del 1872, cercando in tal modo, attraverso un serrato regolamento di quadro, una via di mezzo tra il nuovo diritto immobiliare unitario e l'antico ma accanitamente difeso particolarismo dei registri fondiari; e inoltre l'eccellente legge sulle questioni di giurisdizione volontaria del 17 maggio 1898. Tutte queste rielaborazioni o addirittura nuove versioni di leggi entrano in vigore insieme con il BGB il primo gennaio del 1900.

II. 1. Una valutazione di questa complessa opera legislativa ⁽¹⁴⁾ non è possibile se non in relazione ai suoi padri. A volersi

⁽¹¹⁾ Vedi: *Materialien z. d. Reichjustiznovellen*, voll. I/III, 1898.

⁽¹²⁾ Sugli antefatti: STAUB, *Komm. z. HGB* ¹⁵, 1955, Introduzione pp. 1 ss.; PAPPENHEIM, ZHR, XLVI (1902), pp. 375 ss.; BOEHMER, *Grdl.*, I, op. 1 ss.; Id., *Einf.*, 1965, pp. 1 ss.

⁽¹³⁾ Sulla storia di questa codificazione vedi GÜTHE-TRIEBEL, *Komm. z. GBO* ⁵, Introduzione, nt. 21; HEDEMANN, *Die Fortschr. d. Zivilrechtswiss. im 19. Jh.*, II.2, 1935. Diritto dei suoli in senso formale pp. 255 ss. (Prussia), 268 ss. (periodo del Reich). Per i precedenti dell'ordinamento catastale prussiano (e quindi della disciplina dell'acquisto della proprietà) del 1872 vedi BRANDT, *Eigentumsverwerb u. Austauschgesch.*, 1940, pp. 89 ss.

⁽¹⁴⁾ Tra le innumerevoli voci levatesi negli ultimi settanta anni si veda ad es.: tra i contemporanei del lavoro di apprestamento della codificazione, O. v. GIERKE, *Das BGB u. d. Dtsch. Reichstag*, 1896; ZITELMANN, *Die Gefahren d. BGB für d. Rechtswiss.*, 1896; G. PLANCK, *Die soziale Tendenz d. BGB*, DJZ, III (1898), pp. 181 ss.; HACHENBURG, *Das BGB für d. Dtsch. Reich*, Vorträge, 1898,

porre la questione se sia opera di teoria o di prassi, si sarebbe tentati di rispondere attribuendola ad uomini certo di disciplinata intellettualità ma di scarso senso pratico. In effetti però la grande maggioranza dei membri di entrambe le commissioni era costituita da pratici, e più precisamente da giudici superiori o funzionari ministeriali ⁽¹⁵⁾. L'impressione contraria va ricondotta, per la Prima Commissione, all'influsso predominante di Windschied ⁽¹⁶⁾ e, in generale per entrambe, alla formazione di questa élite di pratici nel clima scientifico della Pandettistica. In nessun altro periodo infatti le Università avevano avuto un influsso altrettanto grande sui più alti ranghi della Magistratura come nella prima metà del secolo, allorché quasi tutti i futuri giudici si trovavano ad essere ancora studenti. D'altra parte questi cosceinziosi pratici del diritto non erano né arditi né presuntuosi abbastanza per emanciparsi dai loro Maestri, come invece avevano fatto i legislatori del Secolo dei Lumi. Ai non giuristi, che erano

pp. 1 ss.: Der Geist d. BGB; R. STAMMLER, *Die Bed. d. dtsch. BGB für d. Fortschritt d. Kultur*, 1900. In seguito: R. SOHM, *Bürg. Recht - Charakter u. Inhalt d. BGB*, in: Hinnebergs Kult d. Gegenw., II.7², 1913, pp. 78 ss.; HEDEMANN, *Werden u. Wachsen im bürg. Recht*, 1913; VON TUHR, *Grundl. u. Ausbau d. BGB* (discorso rettorale), Straßburg 1918; GUTZWILLER, *Über Gegenw. u. Zukunft d. Privatrechtswiss.*, 1927; WERTHEIMER, *Entwicklungstendenzen im Deutschen Privatrechte*, 1928; dopo il 1945 (oltre gli autori citt. *infra*, p. 274 nt. 84) BOEHMER, *Grdl.*, I, pp. 1 ss. e Introduzione ², pp. 70 ss.; ottimo da ultimo GMÜR, *Das Schweiz. ZGB, vgl. mit dem BGB*, Bern 1965, pp. 26 ss.

⁽¹⁵⁾ Sul punto esattamente A. B. SCHWARZ, *Der Einfl. d. Professoren auf d. Rechtsentw. im Lauf d. Jhte.*, 1950, ora in: *Rechtsgesch. u. Gegenwart*, Karlsruhe 1960, pp. 201 ss., con l'interessante osservazione che dalla fine del XVIII secolo di tutte le codificazioni del diritto privato soltanto l'ABGB austriaco è effettivamente da ricondursi all'opera di professori di diritto; GMÜR, *Das Schweiz. ZGB* cit., pp. 25 s.; per la differenza con la situazione svizzera nel XIX secolo, p. 35; qualche diversità in KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., pp. 427, 440. Dei cinque professori che fecero parte complessivamente di entrambe le commissioni (Windscheid, Planck, Roth, Sohm e von Mandry) Planck non era un teorico di razza bensì piuttosto anima e corpo un pratico nel senso migliore dell'espressione, v. Mandry, l'esperto del regime patrimoniale del matrimonio, soltanto professore onorario e infine Sohm appartenne alla Seconda Commissione come membro non permanente. Sul « *Professorenrecht* » in generale degno di nota, anche se caratterizzato dallo scetticismo dell'età matura, KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., pp. 410 s. e *passim* (indice analitico).

⁽¹⁶⁾ Da ultimo SCHUBERT, *Entst.*, cit., pp. 33, 39.

stati chiamati a far parte della Seconda Commissione con lo scopo precipuo di arrecare un apporto di pratiche conoscenze di vita (tre di loro erano possidenti terrieri, più un funzionario dell'amministrazione delle miniere, un ispettore forestale, un direttore di banca, e così via), capitò quello che anche altrimenti, specialmente in un Paese come il nostro portato ad aver fede negli specialisti, suole loro capitare: essi piegarono il capo di fronte all'autorità del noto specialista, evidentemente senza far valere con la necessaria decisione la propria esperienza pratica.

2. Anche se dal grembo stesso della scienza del diritto si erano a suo tempo levate critiche accese e coraggiose contro la dominante Pandettistica, non troviamo tuttavia esponenti di questi indirizzi che siano stati partecipi dell'opera di redazione del BGB. Non si trattava certo di un caso. Per quanto riguarda Jhering infatti, il suo temperamento irrequieto e la sua originalità ostinata lo rendevano inadatto, come lui stesso sentiva ⁽²⁷⁾, all'umile e minuto lavoro a cui invece il senso del dovere di Windscheid non volle rifiutarsi. Georg Beseler già pochi anni dopo l'inizio dei lavori non era più in vita. Gierke deve la sua generale notorietà come politico del diritto soltanto alla sua critica al Primo Progetto ⁽²⁸⁾. Del resto va anche tenuto conto del fatto che di solito, e con ragione, non si ama chiamare a collaborare ad un'impresa coloro che ne sono i critici più veementi, indipendentemente dalla loro pur notevole importanza per il proseguimento del lavoro. E la soverchiante forza spirituale del Windscheid non fu quella del creatore originale ma piuttosto quella di chi fa opera fedele di conservazione.

⁽²⁷⁾ Corrispondenza di Jhering con Windscheid (in: R. v. JHERING, *Briefen an seine Freunde*, 1913, p. 298). Le proposte della commissione preparatoria di accogliere nella Prima Commissione anche Jhering, Georg Beseler oder Brunner sarebbero state bloccate, secondo DERNBURG, *Die allg. Lehren d. bürgerl. R.*³, 1906, p. 6 nt. 4, dall'opposizione di Leonhardt, allora presidente della Commissione Giustizia del Consiglio Federale (indicazione di GÜR, *ZGB*, cit., p. 25).

⁽²⁸⁾ Su eventuali piani di Friedrich Althoff per guadagnare Dernburg al lavoro di revisione del primo progetto (oppure per un triumvirato Dernburg, Gierke, Kohler) vedi SACHSE, *F. Althoff u. sein Werk*, 1928, p. 300; SCHWARZ, *Der Einfl.*, cit., p. 201.

Tuttavia l'esperienza insegna — dallo statuto cittadino friburgense dello Zasio o dall'ALR di Svarez fino all'ABGB dello Zeiller, al Codice penale bavarese e al Codice civile svizzero di Eugen Huber — che codici di conio perfetto nascono soltanto là dove la forma ideale sia riconducibile ad una singola personalità. La monumentalità e purezza di stile delle grandi legislazioni derivano dalla forza volitiva e rappresentativa personale che riesce a fungere da contrappeso anche nei confronti di pregiudizi umani o stranezze del singolo individuo: contro questi inconvenienti inoltre esistono controlli in ogni Stato civile, senza contare che arbitrio ed ambizioni di originalità sono quanto mai lontani in genere dall'orizzonte del giurista. Al contrario il lavoro comune in commissioni, che indebolisce il senso di responsabilità e di autocritica favorendo la pedanteria e l'attaccamento all'antico, abbassa il generale livello, anche in presenza di una elevata qualità dei vari componenti, adeguandolo ai valori più mediocri; operatori coscienziosi e razionali riescono inoltre ad inserirsi meglio in un tale sistema di lavoro che non persone il cui pensiero viene dal cuore. La mancanza di una mente di quest'ultima specie nel seno delle commissioni preparatorie del BGB è chiaramente avvertibile. Al contrario la obbiettività, la disciplina e l'alta qualificazione di tutti i collaboratori ha determinato la coordinazione esternamente perfetta delle diverse materie.

III. 1. Le condizioni spirituali e sociali dell'epoca d'origine si palesano in modo caratteristico nella forma esteriore ed interiore del codice. Come diritto privato generale ed astratto esso orienta fundamentalmente il proprio sistema non a principi sociali di vita (come ad es. l'ALR) bensì alle manifestazioni concettuali del diritto soggettivo: obbligazioni, diritti reali, diritto delle persone. Soltanto nel IV e V libro si fa strada necessariamente una concezione più concreta di determinati rapporti di vita nel loro complesso (sponsali, matrimonio, filiazione, tutela, eredità).

Questo provoca una certa frattura sistematica ⁽¹⁹⁾. I diritti-doveri del diritto di famiglia, la legittimazione giuridica a disporre sul patri-

⁽¹⁹⁾ Già ZITELMANN, *ZPrivR*, XXXIII, pp. 9 ss., parla almeno di una « partizione incrociata »; cfr. inoltre BOEHMER, *Grdl.*, cit., II.1, pp. 72 ss.; *Einf.*,

monio altrui (ad es. del marito sui beni dotati; dell'esecutore testamentario sull'eredità) e i casi di proprietà indivisa e di patrimonio separato ricorrenti nel regime patrimoniale familiare e nel diritto ereditario non riescono ad inserirsi perfettamente nella dogmatica pandettistica dei primi tre libri. In ciò trova anche espressione il contrasto storico e scientifico tra gli elementi romanistici e germanistici dell'ordinamento giuridico tedesco. Gli sviluppi successivi misero chiaramente in luce il divario tra il diritto patrimoniale dei primi tre libri nella sua astrattezza e la effettiva realtà.

2. In accordo con gl'ideali positivistici dell'assenza di lacune e dello stretto vincolo del giudice alla legge, il BGB va qualificato come una *c o d i f i c a z i o n e* ⁽²⁰⁾, cioè come la esposizione conclusa ed esauriente, almeno nelle intenzioni, di tutta la propria materia. La sua lodevole chiarezza e concisione sono il frutto di un rigoroso apparato concettuale e della rinuncia quasi completa ad ogni casistica ⁽²¹⁾. Che tra i codici giusnaturalisti più antichi ed il BGB vada collocata la rigorosa lezione concettuale e sistematica della Pandettistica appare in tutta la sua evidenza. Se l'ALR dipingeva ancora con grossi colpi di pennello diritti e doveri in ogni situazione concreta, o se il *Code civil* e l'ABGB austriaco pagavano la loro concisione al prezzo di una spesso lamentata incompletezza, il BGB poneva invece con tutta coerenza fuor di parentesi ⁽²²⁾ in due Parti generali espressamente apprestate (I libro; II libro, §§ 241-432) i caratteri concettuali comuni dei rapporti giuridici.

Così ad es. l'inquadramento giuridico di una fattispecie così consueta come la compravendita richiede la preliminare considerazione di

cit., pp. 270 s.; WIEACKER, *Zum System d. dtsch. Vermögensrechts*, Leipzig 1941, pp. 12 s.

⁽²⁰⁾ Sul concetto di codificazione e sulla problematica relativa cfr. *supra*, I, p. 494, nt. 2.

⁽²¹⁾ Le rare eccezioni sono il frutto della considerazione di interessi pratici (§ 98: pertinenze; §§ 961 ss.: disposizioni in tema di apicoltura) o di esigenze di prevenzione delle liti, come nel caso della disciplina dei rapporti di vicinato (§§ 907-923).

⁽²²⁾ Secondo un'espressione felice del BOEHMER (dapprima nella sua ottima caratterizzazione del BGB: *Einf. in d. bürg. Recht I*, 1932, p. 28); cfr. anche *Grundlagen d. bürg. Rechtsordn.*, II, 1, 1951, pp. 72 s. Su quanto segue cfr. con più particolari l'Excursus, *infra*, p. 203 ss.

cinque diversi settori normativi: la Parte generale (§§ 116 ss.; 145 ss.), le disposizioni generali in tema di rapporti obbligatori (ad es. § 275), le disposizioni generali sulle obbligazioni contrattuali (§§ 305 ss.; ad es. § 323) ed infine la disciplina del contratto di compravendita (§ 433 ss.; ad es. § 446).

Questo criterio di sistemazione non è particolarmente felice. Anche a voler concedere infatti ai propugnatori di una Parte generale, che dalle sue generalizzazioni emerge un'alta disciplina concettuale e sistematica, rimane tuttavia il fatto che non si è riusciti a raggiungere per suo tramite l'economia ideale e l'armonica chiarezza che sogliono contraddistinguere le creazioni legislative migliori. Quel che si guadagna in astrazione viene poi normalmente perduto a causa della inevitabile insufficienza di regole troppo generali e della conseguente necessità di ulteriori discipline particolari; così ad es. la regola generale dell'annullabilità a seguito di errore contenuta nel § 119 II deve essere poi esclusa dalla *lex specialis* sui vizi dell'oggetto della compravendita (§§ 459 ss.) ⁽²³⁾ o, nei contratti di durata, dal recesso per giusta causa. Questi difetti emergono in modo molto spiacevole specialmente nel sistema di rinvii con cui il legislatore aveva sperato di evitare una casistica troppo minuta. Il fenomeno della generalizzazione favorisce inoltre soluzioni unitarie materialmente errate come è dato ad es. oggi constatare in tema di nullità contrattuale nella problematica dei cosiddetti contratti di fatto ⁽²⁴⁾. La perdita di vista del problema concreto posto dall'apprestamento di una certa disciplina ha anche determinato fin troppo spesso la insufficienza nella specifica esattezza materiale della disciplina stessa.

3. È noto come in altri casi al legislatore sia riuscito più felicemente di sfuggire alla scelta imbarazzante tra incolore astrazione e goffa casistica rifugiandosi nella cosiddetta *clausola generale* ⁽²⁵⁾, cioè in una direttiva che, indirizzata in forma

⁽²³⁾ Cfr. per tutti FLUME, *Eigenschaftsirrthum u. Kauf.*, 1948, 132 ss.

⁽²⁴⁾ Cfr. ora sul punto, con approfondita critica del sistema, PAWLOWSKI, *Rechtsgeschäftl. Folgen nichtiger Willenserkl.*, Göttingen 1966, specie pp. 161 ss.; 330 ss.; cfr. anche *infra*, pp. 260 s.

⁽²⁵⁾ Della sterminata letteratura si veda: innanzi tutto il proverbiale titolo di HEDEMANN, *Flucht in d. Generalklauseln*, 1933, che si sofferma più sul peri-

di massima al giudice, ha la funzione di vincolarlo e al tempo stesso di renderlo più libero. Le clausole generali costituivano una singolare quanto bene accolta concessione del Positivismo legislativo all'autoresponsabilità del giudice e ad un'etica sociale metapositiva il cui modello incoraggiante era fornito al legislatore dall'investitura del *iudex* privato da parte del Pretore romano in merito alla determinazione del contenuto della decisione secondo *bona fides*. Con il rinvio alla « buona fede », ai buoni costumi, agli usi del traffico, alla giusta causa, alla sproporzione, e così via, il legislatore ha reso la sua opera più adattabile ai mutamenti e più duratura di quello che lui stesso avrebbe potuto prevedere. La giurisprudenza civile tedesca si è dimostrata all'altezza dei compiti posti dalla clausola generale alla « obbedienza ragionata » del giudice (Heck), cominciando — già a partire dalle crisi susseguenti alla prima guerra mondiale — ad usarne in silenzio e con coraggiosa riflessione per introdurre una nuova etica giuridica ed economica, adeguando in tal guisa l'ordinamento borghese alla evoluzione sociale. Dopo la seconda guerra mondiale essa ha poi acquistato una funzione completamente nuova nel campo del diritto giurisprudenziale (*infra*, pp. 261 s., 266 ss.).

Il rovescio della medaglia in tema di clausola generale è stato già da tempo additato. Se la disciplina dogmatica del giudice si allenta, è possibile che prenda piede la tentazione di una « fuga nella clausola generale » (Hedemann), favorendo la nascita di una giurisprudenza equitativa senza principi; in epoche di dominante

colo della sua applicazione, in un ambiente i cui valori si vanno sfaldando, da parte di un giudice educato al rispetto della legge che non sul problema della sua legittima funzione dispositiva; utile F. v. HIPPEL, *Richthlinie u. Kasuistik im Aufbau v. Rechtsordnungen*, 1942; ora anche ID., *Rechtstheorie u. Rechtsdogmatik*, 1964, 148-198; H. BRANDT, *Dt. Rwiss.*, VI (1940), pp. 76 ss.; DÖLLE, *Das BGB in der Gegenwart*, 1950, p. 18; BOEHMER, *Grdl.*, cit., II.2, 1952, pp. 1 ss.; ESSER, *Grundsatz u. Norm, passim* (indice); WIEACKER, *Zur rechtstheoret. Präzis. des § 242*, Tübingen 1956, pp. 16 ss.; ID., *Gesetz u. Richterkunst*, Karlsruhe 1957, pp. 2 ss.; e soprattutto LARENZ, *Methodenlehre*, cit., pp. 195-321 (sillogismo della determinazione della conseguenza giuridica, sussunzione, integrazione delle lacune ed evoluzione del diritto); BOEHMER, *Einf. in d. bürg. R.*, 1964, pp. 86 ss., 345 s. Per la Svizzera A. B. SCHWARZ, *Der Einfl.*, cit., pp. 28 ss.; GMÜR, *Das Schweiz. ZGB*¹ cit., pp. 36 ss. (con ulteriori indicazioni).

ingiustizia essa apre inoltre la strada a pressioni politiche ed ideologiche sulla giurisprudenza ed all'opportunismo. Ma anche a prescindere da tali fenomeni degenerativi, essa offre il destro al giudice di buona volontà di far valere contro la lettera e lo spirito dell'ordinamento legislativo valutazioni personali, entusiasmo giusnaturalista o tendenze moraleggianti del momento. D'altra parte l'oggi sempre più frequente abuso della clausola generale da parte del legislatore attribuisce al giudice responsabilità sociali che sono estranee al suo ufficio. Al fondo di tutti questi fenomeni sta il fatto che non è possibile alcuna utilizzazione della clausola generale, la quale quindi funziona a vuoto, fino a che essa stessa non sia in grado di far rinvio ad un compatto complesso di morale giuridica consolidata e, nei ranghi della Magistratura, di sicure regole di mestiere ⁽²⁶⁾. Se teoria del diritto e tradizione giudiziale non riusciranno ad elaborare un insieme ben ponderato di criteri per un uso corretto della clausola generale, essa continuerà ad essere un crescente pericolo per l'ordinamento giuridico tedesco.

4. La tecnica astratta ⁽²⁷⁾ del BGB presenta i principali pregi e difetti di ogni soluzione parziale. I pregi (disciplina concettuale, chiarezza pedagogica, generale validità, « verità e coerenza interiori ») furono valutati dai contemporanei, che potevano

⁽²⁶⁾ Fondamentale ESSER, *Grundsatz u. Norm*, cit., specie pp. 262 ss.; 289 ss.; 245 s. e *passim*; cfr. anche WIEACKER, JZ, XII (1957), pp. 702, 704 s.; ID., *Gesetz u. Richterkunst*, cit., pp. 8 ss.

⁽²⁷⁾ Su cui vedi DÖLLE, *Das BGB*, cit., pp. 1 ss.; BOEHMER, *Einfl.*², 1965, pp. 78 ss.; GMÜR, *Das Schweiz. ZGB*, cit., pp. 38 ss., e gli autori indicati nell'Excursus, *infra* pp. 203 s., spec. ZITELMANN, SCHWARZ, HECK, F. BEYERLE, LARENZ. In generale sui problemi di tecnica della codificazione GUTHEY, *Stud. z. Gesetzestechnik*, 1909; F. BEYERLE, *Schuldenken*, cit., pp. 209 ss.; KOSCHAKER, pp. 344 ss. e *passim*; H. TRIEPEL, *Vom Stil des Rechts*, 1947, p. 91 e *passim*; DÖLLE, *Vom Stil der Rechtssprache*, 1949, specie pp. 32 ss.; ESSER, *Grundsatz u. Norm*, specie pp. 141-217; pp. 267-288 e *passim* (nei limiti della riferibilità alla produzione normativa del diritto); C. K. ALLEN, *Law in the Making*², 1947, p. 373 e *passim*; FRIEDMANN, *Legal Theory*³, 1950, pp. 317 ss. Per la Svizzera: A. B. SCHWARZ, *Der Einfl.*, cit., pp. 7 ss.; GMÜR, pp. 38 ss.; per la Francia (ormai classico) GÉNY, *La technique législative dans la codification civile moderne*, in: *Livre de centenaire du code civil*, II, Paris 1904, pp. 1006 ss.

ancora contare su una viva tradizione e su un elevato livello culturale nel ceto dei giuristi, più in alto che non i difetti, particolarmente avvertiti invece nella nostra epoca le cui aspirazioni si volgono verso più precisi criteri di morale pratica, maggiore trasparenza del dettato legislativo, più sensibile considerazione della giustizia materiale individuale e sociale. In questo senso si lamenta la mancanza di evidenza e di generale comprensibilità, il pallore degli imperativi etici, la rinuncia a compiti di educazione popolare. Basta tuttavia pensare all'abuso sfacciato, fatto nel frattempo da legislatori irresponsabili, di comandamenti morali, professioni di fede, intenti demopedagogici ed equità spicciola per rendere maggiore giustizia alla serietà di costumi dei redattori del BGB. In ultima analisi decisiva per la scelta tra i due diversi ideali di legislazione, inconciliabili tra loro, sarà sempre la questione di quali ne debbano essere i *destinatari* ⁽²⁸⁾. Laddove si pensi come tale al giudice, con la sua formazione scientifica, con la disciplina di pensiero e la incorruttibile onestà intellettuale caratteristica della sua professione, allora si potrà tranquillamente sacrificare evidenza e carattere popolare; laddove invece si voglia fare di un codice il patrimonio comune di una nazione, bisognerà rinunciare al rigore concettuale e all'astrazione logica. Una volta decisi i redattori del BGB per la Magistratura di formazione scientifica, era chiaro che il codice non avrebbe potuto diventare una « Bibbia laica » del popolo tedesco ⁽²⁹⁾. Chi tuttavia voglia darsi conto con la dovuta onestà interiore dei veri compiti del legislatore moderno, dovrà necessariamente ammettere che già allora una diversa scelta avrebbe rappresentato una chimera romantica o demagogica.

Caratteristico della scelta fatta è anche il linguaggio del BGB. Diversamente dal « tedesco curiale » riscontrato con biasimo da una critica spesso irriflessa o addirittura demagogica nelle leggi o nella giurisprudenza superiore più antiche, la sua lingua è di eccellente purezza, precisione e chiarezza ⁽³⁰⁾, solo a tratti inquisite da

⁽²⁸⁾ Sull'influsso di questi, eccellente SCHWARZ, *Der Einfl.*, cit., p. 7; DÖLLE, *Vom Stil d. Rechtssprache*, cit., pp. 36 ss.

⁽²⁹⁾ Cfr. *supra*, I, p. 509 nt. 45.

⁽³⁰⁾ Che in Germania, nel solco di ormai abituali lamentele sulla scarsa comprensibilità generale, viene troppo scarsamente apprezzata, sia pure indiret-

ben intenzionate ma legnose traduzioni tedesche di termini romani. Rari sbandamenti (come il sorprendente § 164 II o il famigerato cippo di confine del § 919) ⁽³¹⁾ sono eccezioni. Certo questo linguaggio manca nel bene e nel male di *pathos* e di impronta personale; uno Stendhal ⁽³²⁾ tedesco sarebbe difficilmente tentato di prenderlo a modello della propria prosa. Ma anche da questo traspare l'etica di spassionata obiettività e rigorosa autodisciplina intellettuale dei redattori.

IV. 1. La tecnica e il linguaggio del codice stanno dunque a ricordarne l'origine ideale da un Positivismo scientifico la cui attualità storica era già trascorsa. Il tragico destino di molte leggi, e cioè quello di essere il frutto, più che il seme, di un grande pensiero giuridico, ha gravato anche sul BGB facendo sì che quest'opera, così tedesca nella sua obiettività e scrupolosità, non abbia saputo conquistare la Germania come invece a suo tempo il *Code civil* il popolo francese e più tardi il Codice civile svizzero i cittadini della Confederazione elvetica. Appena una mezza generazione più tardi dall'entrata in vigore di questa tipica creatura della società borghese del XIX secolo ebbero inizio i grandi cambiamenti della storia mondiale che avrebbero dovuto porre un limite alla libertà borghese sia nell'uso che nell'abuso. Il BGB era stato uno dei prodotti di quell'età creativa borghese che aveva avuto inizio con l'Illuminismo e che ora cominciava a dissolversi nel pluralismo di impersonali forze economiche e sociali tendenti verso quelle forme di vita collettive che oggi siamo abituati a vedere collegate non soltanto ad ideologie collettiviste. Questa sua posizione, alla vigilia di rivolgimenti unici nel loro genere,

tamente attraverso l'elogio (giustificato) del linguaggio dello ZGB svizzero; anche DÖLLE, *Das BGB*, cit., p. 36 si sofferma maggiormente a difendere i vantaggi concreti del linguaggio legislativo, e questo forse a minor ragione. Nella prosa accurata del Secondo progetto, con qualche inflessione tipica della vecchia Franconia, si avverte ancora poco della decadenza della lingua tedesca iniziata a partire dalla fondazione del Reich e dall'era guglielmina; altrettanto poco vi si scopre d'altronde in affilato creatore. Attentamente valutativo e con esatti riferimenti agli ideali legislativi del tardo XIX secolo v. ora GMÜR, *Das Schweiz. ZGB*, cit., pp. 27 s. e nt. 19.

⁽³¹⁾ « Se una pietra di confine è divenuta irricognoscibile o spostata » — certo un semplice *lapsus* dei redattori.

⁽³²⁾ Cfr. *supra*, I, p. 525.

spiega sia la maturità intellettuale del codice che il suo scarso carattere giovanile. Esso è permeato, è vero, del *pathos* discreto derivante da quella autentica razionalità che caratterizza gli elementi migliori del popolo tedesco; ma gli manca l'appassionato appello alla cosciente ed operante responsabilità collettiva dei cittadini che è invece presente nelle costituzioni e nei codici di quelle nazioni che hanno appena raggiunto una nuova comunità di valori. Esso non rispecchia nemmeno il modello di una nuova società in sé conchiusa, sull'esempio del *Code civil* dopo la vittoria della borghesia, ma fornisce soltanto il quadro di un ceto borghese che in realtà non era ancora riuscito ad ottenere una vittoria completa sul vecchio Stato assolutista né a conquistare per sé il Quarto stato; esso sta a rappresentare insomma un gruppo sociale la cui identificazione con l'intera società nazionale rimane ancora un problema irrisolto. Del pari gli manca quel modo aperto di vedere la vita che caratterizzava l'ideale razionalista ed umanitario delle codificazioni giusnaturaliste dell'Illuminismo tedesco. Diversamente che nell'ALR, anche i ceti e gruppi più antichi, gli artigiani, i contadini, non riuscivano a riconoscersi in esso.

2. Questo si deve anche al fatto che il BGB non è l'espressione di una tendenza politica e sociale unitaria, bensì un tentativo di compromesso tra più sistemi di valori che nello sviluppo storico della società tedesca nel secolo XIX non erano riusciti a fondersi insieme. Anche se l'elemento dominante è costituito da un moderato Liberalismo, non mancano tuttavia caratteri conservatori ed autoritari. Soltanto in alcuni, pochi, punti si nota un'apertura verso le esigenze sociali del futuro. In questo tentativo di compromesso affiora inconsciamente la situazione della società da cui esso nasce: la Rivoluzione industriale avanzante che fa della libertà contrattuale ed associativa mezzi di accumulazione di potere sociale ed economico. Altrettanto evidente appare tuttavia che legislazione, giurisprudenza e scienza, addirittura gli stessi operatori economici, non hanno ancora assimilato questo processo nella loro coscienza sociale.

a) Un modello conservatore traspare dalla struttura patriarcale del diritto di famiglia, soprattutto nel diritto matrimoniale

personale e patrimoniale. I lavori della commissione, da cui scaturisce il diritto di famiglia, risalgono ad un periodo precedente i primi movimenti di emancipazione e non hanno ancora tenuto conto dei cambiamenti indotti dalla Rivoluzione industriale nel mondo del lavoro. Il potere di decisione in questioni matrimoniali d'interesse comune e la patria potestà spettano soltanto al marito. Il regime legale del patrimonio familiare ha come punto di riferimento i beni dotali fruttiferi (come viene chiaramente richiesto, o almeno presupposto, dall'obbligo di cauzione all'atto della prestazione del consenso matrimoniale che grava in questo periodo sui matrimoni di ufficiali e pubblici funzionari); il regime di comunione dei beni si commisura invece al sistema di conduzione familiare in agricoltura, nell'artigianato e nel piccolo commercio. Il trasferimento del posto di lavoro dalla famiglia alla fabbrica è ancora appena intravisto. Anche a base del regime della filiazione si riconosce la concezione conservatrice (pur se sana e ancorata alla realtà) dei vecchi ambienti borghesi, che più tardi il movimento giovanile e la disciplina del lavoro dei minorenni avrebbero dovuto mutare dalle fondamenta. Egualmente patriarcale è il regime della patria potestà; patriarcale-assistenziale quello della tutela con gli sviluppatissimi meccanismi di controllo; l'assistenza dei minori rimane orientata alla negligenza da parte dei genitori dei loro doveri o ad antiche forme di assistenza sociale di tipo caritativo. La disciplina social-liberale dell'assistenza giovanile, quale ebbe a svilupparsi nel periodo successivo alla prima guerra mondiale, è ancora ben lontana. Sempre a tendenze patriarcali vecchio-borghesi corrisponde pure la discriminazione della madre naturale e della filiazione illegittima.

Il diritto delle associazioni e fondazioni presenta ancora caratteristiche poliziesche; anzi, con l'accogliere lo sfavore nei confronti delle associazioni non riconosciute la legge cede consapevolmente a tendenze classiste⁽³³⁾. Questi caratteri negativi si riflettono in maniera ancora più forte nei settori in cui si rinvia al diritto regionale; giacché era questo in Germania l'autentico portatore delle tradizioni autoritarie ed assolutistiche.

⁽³³⁾ Vedi BOEHMER, *Grdl.*, cit., II.2, 1951, pp. 167-186, con ulteriori indicazioni pp. 167 s.

b) L'origine dei poco marcati elementi sociali è discontinua. Essi derivano in parte dalle preoccupazioni del Liberalismo classico — eticamente fondato — in merito alla purezza delle regole morali nella pratica del traffico negoziale. Così in particolare le limitazioni all'abuso della libertà contrattuale: il divieto dell'usura nel § 138 II (che va di gran lunga al di là della legislazione del Diritto comune in tema di usura), la diminuzione della misura di inique pene convenzionali (§ 343), la proibizione della *lex commissoria* e dello strangolamento del debitore ipotecario tramite divieti di alienazione (§§ 1229, 1136 BGB; cfr. inoltre §§ 310 e 312). Del pari a base dei limiti morali di natura generale posti alla libertà contrattuale (§§ 134, 138 I, 309; cfr. anche § 242) non c'era all'inizio una precisa tendenza sociale. Significativo il fatto che la Seconda commissione abbia rifiutato in tema di usura una integrazione del § 138 I mediante riferimento al concetto di « ordine pubblico » (e quindi all'aspetto economico generale) per rifarsi invece a criteri individuali (§ 138 II). A preoccupazioni di carattere settoriale in campo professionale rispondono soprattutto certe disposizioni speciali del diritto agrario (la novella del 1908 riguardante il proprietario di animali o chi ne abbia la custodia, le disposizioni in tema di responsabilità per vizi del bestiame, i divieti di polverizzazione della proprietà agricola e i limiti alle possibilità di indebitamento), spesso su iniziativa dei partiti conservatori; agli interessi invece dei pubblici funzionari e dello Stato ha riguardo il § 570. Una tutela del locatario per motivi sociali è appena accennata (cfr. tutt'al più i §§ 538, 544, 554 s. e 571); a fronte di questa è invece sancito il diritto di pegno e di autodifesa a favore del locatore e l'assunzione del rischio da parte del conduttore in caso d'impegnamento personale (§ 552). Una patriarcale etica previdenziale traspare inoltre dalle disposizioni protettive nell'interesse del lavoratore (§§ 616-619) e dal trattamento privilegiato dei crediti dei lavoratori domestici in caso di fallimento (§ 61 n. 1 dell'Ordinamento fallimentare) (34). Le uniche disposizioni invece a tutela

(34) GMÜR, *Das Schweiz. ZGB*, cit., pp. 19 s., sottolinea ora — e giustamente, almeno per quel che riguarda l'orientamento personale dei redattori — che nel BGB (così come nello ZGB) si fa sentire ancora lo spirito della filosofia idealista;

dei consumatori economicamente più deboli si trovano significativamente in una legge speciale, precisamente la legge sul pagamento rateale del 1894.

Tutto sommato è chiaro che il legislatore non ha inteso assegnare al diritto privato compiti sociali. Nella disciplina del problema del lavoro salariato dipendente è restato addirittura di molto al di sotto dei livelli originari del sistema patriarcale di assicurazioni sociali bismarckiano, per non parlare poi della pubblicistica sociale dell'epoca. Il controllo sociale dei diritti soggettivi del privato si mantiene nei limiti ristretti caratteristici di un Liberalismo eticamente fondato ⁽³⁵⁾; nonostante tutta la buona volontà, elemento dominante è rimasto pur sempre il modellamento dell'intero sistema sugli interessi della comunità economica borghese.

c) È questa la tendenza che caratterizza in modo quasi esclusivo il trattamento dei diritti reali e di obbligazione. Ne è indicativo il fatto che nella formulazione tecnica del § 305 la professione di fede nella libertà contrattuale, considerata come ovvia, è appena avvertibile; del pari è venuta meno la *laesio enormis* del Diritto comune, mentre nel caso di contratto a prestazioni corrispettive il BGB si risolve in linea di massima contro il principio di equivalenza materiale dell'etica contrattuale aristotelica, tomistica e giusrazionalista ⁽³⁶⁾. A tutto ciò fa riscontro l'esplicito

sulla concezione dell'uomo e sull'ideale sociale del BGB vedi anche BOEHMER, *Einfl.*, cit., pp. 78 ss.

⁽³⁵⁾ L'acquisto della proprietà da parte di chi elabora un certo materiale (§ 950), l'omaggio al « principio di produzione » del diritto tedesco sostenuto e portato al successo da O. v. GIERKE (*supra*, p. 714), rappresenta una scelta sociale soltanto nelle intenzioni ma non anche nei fatti: in realtà esso favorisce anziché il produttore, i suoi creditori bancari a scapito dei fornitori di materia prima, rende problematica la garanzia dei crediti artigianali e ha costretto già da tempo la giurisprudenza ad elaborare la massima, poco conforme al sistema, che l'acquisto della proprietà debba dipendere dalla volontà di chi lavora una certa materia (RG 138, 88; 161, 113). La questione non ha ovviamente alcuna rilevanza in vista di una ripartizione socialmente più giusta della proprietà (e ancor meno della proprietà dei mezzi di produzione), proprio a causa del carattere tipicamente transitorio dell'acquisto da parte del produttore in una società industrializzata retta dal principio della divisione del lavoro.

⁽³⁶⁾ Cfr. *supra*, I, pp. 449 s. (Grotius) e p. 474 (Pufendorf).

rigetto della *clausula rebus sic stantibus*, con la sola significativa eccezione della perdita del credito in presenza di contratti di scambio o di promesse di credito (§§ 321 e 610); la rigorosa concezione del debito di denaro come debito di valore nominale (§§ 244 ss.); e ancora l'ammissione di contratti astratti di successione nel debito, lo svincolamento dei negozi di trasmissione della proprietà o di obbligazioni dalla loro *causa*, il favore per l'acquisto in buona fede della proprietà o di ipoteche. In generale è chiaro che il BGB ha inteso rinunciare ad una etica contrattuale materiale (specificamente: a quella del giusto prezzo) e che il problema della minaccia della libertà sociale ad opera della libertà contrattuale (specialmente nel caso di cartelli o di altri accordi di mercato) non gli si è affatto posto. In tutto ciò si esprime non soltanto il senso di fiducia di un'epoca di notevole sicurezza economica, ma anche il modello dell'operatore giuridico razionale, autoresponsabile e di sicuro discernimento. A differenza dal diritto giustiniano e dalle codificazioni dell'Assolutismo, il BGB presenta in questo *ius vigilantibus scriptum* punti di contatto con l'atteggiamento tipico del diritto romano classico, anche se non in misura così marcata come il diritto anglosassone.

Ancora più indicative sono nel campo del diritto immobiliare la illimitata libertà di disposizione e di indebitamento riconosciuta al proprietario, secondo un orientamento giuridico caratteristico del *Reich* ⁽⁸⁷⁾, e la accentuata mobilitazione e commercializzazione del credito fondiario tramite titoli di credito ipotecari, obbligazioni fondiarie cartolari e ipoteche cartolari al portatore. Analogamente il diritto ereditario del BGB è chiaramente orientato contro la successione ereditaria nei casi di patrimonio separato e contro ogni limitazione della libertà testamentaria tesa a conservare il carattere chiuso della successione; il diritto alla legittima trova soltanto una debole configurazione; la comunione fra eredi, anche tra discendenti o consanguinei, è disciplinata in vista di una rapida liquidazione. Nel potere quasi illimitato concesso al testatore di vincolare la prima generazione di eredi al-

⁽⁸⁷⁾ Sul diritto immobiliare pubblico degli Stati tedeschi v. *supra*, p. 147; sugli sviluppi in direzione dello Stato sociale a partire dal periodo di Weimar v. *infra*, pp. 295 s.

meno per il tempo della loro vita, attraverso la predeterminazione della sostituzione d'erede, della esecuzione testamentaria, della *exheredatio bona mente* nonché mediante divieti di contese ereditarie, si delineano, accanto ad elementi individualistici, anche tipici caratteri patriarcali vecchio-borghesi.

All'autonomia del diritto privato corrispondeva il regime della esecuzione e della vendita forzata e il diritto fallimentare, certo progressivi e non inumani, ma severi e senza riguardi. Questa relazione trova modo di esprimersi significativamente anche sul piano dogmatico nella equiparazione costante degli atti di disposizione forzata, messi in essere dal creditore nel corso dell'esecuzione, agli atti di disposizione negoziale dell'avente diritto.

Il liberalismo esperimentesi nel BGB si rivelò retrogrado non soltanto rispetto allo stato delle esigenze sociali ma anche allo stesso sviluppo interno del sistema imprenditoriale. Il suo modello era costituito infatti dal singolo individuo in qualità di imprenditore e non dalle società di persone o addirittura di capitali: e con il diritto delle società il diritto civile non riesce ad accordarsi senza attriti. Le « disposizioni generali » del diritto delle associazioni ad es. (§§ 21-54), che sono applicabili a tutte le associazioni di diritto privato, non sono concepite in vista delle società di capitali del diritto commerciale; del pari il rapporto tra apertura della successione e successione nelle società di persone non è stato preso affatto in considerazione dal diritto ereditario del BGB ed è quindi tuttora insoddisfacentemente risolto ⁽³⁸⁾.

3. Con queste incrinature interne il nuovo codice, come una campana con vizi di fusione, non poteva essere in grado di dare il tono ad un'epoca nuova. La nazione lo accolse senza troppe emozioni ⁽³⁹⁾; opere di storia e libri di memorie ne fanno di rado

⁽³⁸⁾ Sullo stato attuale del problema fondamentale SIEBERT, *Gesellschaftsvertrag u. Erbrecht bei der OHG* ³, 1958; ulteriore letteratura diffusamente in ENNECCERUS-COING, *Erbrecht* ¹², 1965, § 91 nt. 40.

⁽³⁹⁾ Sia permesso a questo proposito ricordare la satira senza pretese di un contemporaneo, Ludwig THOMA, *Der Befähigungsnachweis*, in: *Kleinere Gesammelte Werke*, III, München s.d., p. 508: Dialogo tra l'avvocato e il suo cliente contadino: « Secondo quale nuova legge? — Aha, il BGB. Ma lì non c'è scritto niente

menzione. Molto diversa da quella interna fu invece la risonanza al di là dei confini. Dal punto di vista strettamente tecnico-giuridico il BGB costituiva infatti un capolavoro: il più recente e moderno (allora) degli ordinamenti giuridici europei. E in realtà venne salutato come il codice attualmente più progredito del mondo ⁽⁴⁰⁾ e si elevò subito, e non soltanto in Europa, quasi allo stesso livello del Code civil, fin lì modello unico e incontrastato di codificazione. Mentre il codice francese aveva esercitato un influsso dominante non solo nei paesi neolatini d'Europa ma anche nell'America centrale e meridionale, nell'Europa del sud, addirittura nel Medio Oriente, il BGB si rivelerà adesso un concorrente fortunato in tutti quei paesi ancora interessati ad una legislazione moderna ⁽⁴¹⁾. A questo scopo poteva ampiamente giovare del prestigio scientifico della Pandettistica tedesca del secolo XIX aveva saputo acquistarsi.

a) Da noi fu l'Austria la prima ad avvicinarsi al diritto civile tedesco in dottrina, giurisprudenza e legislazione ⁽⁴²⁾. L'Ungheria ⁽⁴³⁾, che dopo la revisione costituzionale del 1867

sulle lesioni personali. — (E il contadino, in dialetto bavarese): Non ci posso credere che i legislatori se ne siano dimenticati. Che bisogno c'era allora di fare qualcosa di nuovo. Una cosa simile non la credo assolutamente». In effetti qui non traspare molto del profondo orgoglio che nazioni più coscienti di sé dimostrano nei confronti del loro diritto tradizionale o dei loro nuovi codici. Giustamente pensa ora il Gmür, *Das Schweiz. ZGB*, cit., p. 28, che anche il giurista non si sia sentito attratto dal BGB, ma abbia semplicemente provato ammirazione per questo capolavoro di tecnica.

⁽⁴⁰⁾ A. B. SCHWARZ, *Einfl. dtsch. Zivilistik*, cit., p. 476 (*supra*, p. 141 nt. 32); sul giudizio del Saleille pp. 444 s.; ID., *Das Schweiz. ZGB in d. ausl. Rechtsentw.*, Zürich 1950, p. 7 e ntt. 16-19. Diversamente, con il consueto scetticismo, KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., pp. 239 s. e *passim*.

⁽⁴¹⁾ Cfr. *supra*, I, pp. 528 s.

⁽⁴²⁾ Sull'opera di parziale emendamento del 1914-16 v. *supra*, I, p. 517 nt. 59; cfr. anche UNGER, *Zur Revision des ABGB*, in: Grünhuts Zeitschr., XXXI (1917), pp. 389 ss.; A. B. SCHWARZ, *Die Lebenskraft d. Zivilgesetzbücher* (ora in: *Rechtsgesch. u. Gegenwart*, p. 177).

⁽⁴³⁾ Sul progetto del 1928 RONAY, *Die Privatrechtsgesetzgeb. Ungarns seit 1935*, in: *Rabels Zeitschr.*, XIII (1940/41), pp. 536 ss.; in generale v. ZAJTAY, *Introduction à l'étude du droit hongrois*, Paris 1953. Nel 1959 la Repubblica Popolare Ungherese si è data un nuovo codice civile (tr. tedesca di P. LAMBERG, Budapest 1960), su cui v.: SZÁSY, in: *Rabels Zeitschr.*, XXVI (1961), pp. 553 ss.;

stava preparando una propria codificazione, e i giovani Stati dell'Europa sudorientale cominciarono anch'essi a prenderlo come punto di riferimento. Pure la Grecia, dalla fine del XIX secolo sotto l'influsso diretto delle Pandette del Windscheid, si accostò strettamente al BGB sia nei suoi primi progetti che nel Codice civile del 1940/46 ⁽⁴⁴⁾. Anche gli Stati sorti dallo sfaldamento dell'impero austro-ungarico se ne servirono nei lavori preparatori fino alla prima guerra mondiale accanto all'ABGB: così ad es. il diritto delle obbligazioni polacco del 1927 ⁽⁴⁵⁾ o i progetti iugoslavi ⁽⁴⁶⁾. È soltanto a partire dal 1945 che gli sviluppi più recenti prendono a muoversi, comprensibilmente, in altra direzione.

EÖRSI (ed.), *Das ungarische ZGB in fünf Studien*, Budapest 1963; ID., *Rabels Z.*, XXX (1966), pp. 117 ss.; cfr. SCHNITZER, *Vgl. Rechtslehre*, I, Basel 1961, pp. 272 s.

⁽⁴⁴⁾ Ἀστικὸς Νόμος (Codice civile) del 3-3-1940; entrato in vigore soltanto il 23-3-1946; nella sistematica e nel diritto delle obbligazioni sono predominanti gli influssi del BGB, nei diritti reali invece (a causa della mancanza di un ordinamento dei registri immobiliari) del *Code civil*; nelle parti restanti si tiene conto delle esperienze fatte con il BGB, con il ZGB svizzero, con il *Code civil* e i suoi lavori di riforma (cfr. Dem. GOGOS, AcP, XXI (1943), pp. 78 ss.). Sulle riflessioni di fondo nella preparazione del progetto v. MARRIS, in *Rabels Z.*, IX (1935), pp. 386 ss.; MARIDAKIS, *La tradition européenne et le code civil hellénique*, in: Mem. Koschaker, II, 1954, pp. 157 ss.; da ultimo SONTIS, ZSS, RA, LXXVIII (1961), pp. 355 ss.

⁽⁴⁵⁾ Sullo sviluppo dei vari settori del diritto in Polonia dopo il 1918: in generale GEILKE, *Zur poln. Privatrechtsgeographie*, JbfOstrecht, IV/2 (1963), pp. 105-176; sul diritto delle obbligazioni del 1933: RUSKER, *Rabels Z.*, VIII (1934), pp. 342 ss. La tendenza verso il BGB era motivata in questo caso dall'influsso degli antichi territori prussiani (Posnania, Prussia occidentale) sul giovane Stato polacco. Nel periodo successivo alla seconda guerra mondiale si è arrivati, dopo le riforme parziali degli ultimi anni, ad una codificazione di tutto il diritto privato: il codice civile del 1964 e il codice familiare e tutelare del 1964, sulla nuova disciplina della materia contrattuale v. GRALLA, JbfOstrecht, VI/2 (1965).

⁽⁴⁶⁾ SCHNITZER, *Vgl. Rechtslehre*, cit., pp. 265 ss.; sugli sviluppi recenti nel periodo 1941-1958: EISNER, *Rabels Z.*, XVII (1952), pp. 244 ss.; XX (1955), pp. 158 ss.; CIGOJ, *Rabels Z.*, XXIV (1959), pp. 488 ss. Nel 1947 il diritto fino allora vigente in Jugoslavia (conformemente alle vicende storiche del Paese, non unitario) è stato abrogato senza venir sostituito a tutt'oggi con una nuova codificazione; la giurisprudenza tuttavia continua a servirsene (nel quadro del nuovo assetto sociale rivoluzionario) come di un insieme sussidiario di regole di diritto ancora valide.

b) Naturalmente più limitato è stato l'influsso del BGB sulla legislazione delle più antiche nazioni europee. La disciplina dei registri immobiliari soprattutto — esemplare dal punto di vista tecnico (nonostante un certo carattere dottrinario) — non è stata da nessuna parte imitata né recepita (e già questo esclude il nesso dell'ordinamento dei registri immobiliari con la struttura amministrativa ed il sistema di misurazione), nonostante abbia dato impulso in Francia, Inghilterra e Scandinavia alla creazione di un proprio registro pubblico della proprietà immobiliare (47). Un influsso più generalizzato si fece sentire nel grande dominio europeo del *Code civil* e particolarmente sulla Civiltà italiana che, a partire dall'ultimo trentennio del XIX secolo, a seguito della sua progressiva romanizzazione si era andata avvicinando alla Pandettistica staccandosi dall'ambito giuridico francese. Anche il Codice civile del 1942, pur con piena autonomia scientifica e giuridico-politica, ha valutato più attentamente il pro e il contro delle soluzioni del BGB (48) di quanto non avesse fatto il vecchio Codice del glorioso Risorgimento (1865) nei confronti della Pandettistica mitteleuropea del suo tempo.

c) In maniera particolarmente intensa il BGB ha influito in quelle zone del Sudamerica e in quei paesi dell'Asia orientale che nel loro processo di europeizzazione hanno voluto introdurre codificazioni di tipo occidentale; ché in questo caso i suoi pregi scientifici e tecnici hanno avuto più peso che non la sua poca forza di attrazione o l'energia del suo *pathos* politico o il difetto di sintonia con i problemi sociali dell'epoca. Al contrario proprio l'astrazione del BGB ne ha favorito evidentemente l'assimilazione

(47) HEDEMANN, *Fortschritte d. Zivilrechtswiss. im 19. Jh.*, II, 2: *Formelles Bodenrecht*, 1935, pp. 126 ss. e *passim*. Sugli effetti in Francia cfr. *Travaux de la commission de reforme du code civil*, 1945/46, pp. 53 s.; ed ora approfonditamente Edzard BLANCKE (*supra*, I, p. 521 nt. 67), pp. 49 ss. (1855); 52 ss. (1935); 60 ss. (1955 ss.) e specialmente pp. 117 ss. Sull'Inghilterra e sulla resistenza sotterranea all'introduzione, prevista già dal 1925, dei registri immobiliari (Land registration Act; preparato dal Land Transfer Act del 1897) vedi KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., p. 368 nt. 17. Sulla intelligente « Legge Tingiysnings » danese del 1925 v. il suo ispiratore Vinding KRUSE, *Das Eigentumsrecht*, III, 1936, pp. 1376 ss.; su cui ad es. WIEACKER, JW, LXVI (1937), pp. 453 ss.

(48) SCHWARZ, *Die Lebenskraft*, cit. (nt. 42), pp. 173 s.

civilizzatrice da parte di culture ed ordinamenti sociali del tutto estranei ⁽⁴⁹⁾. Nell'America del sud hanno fatto ricorso al BGB il Brasile (*Codigo civil*) ⁽⁵⁰⁾ e più recentemente il Perù (1936) ⁽⁵¹⁾. Il Giappone lo ha invece completamente recepito nel 1898 ⁽⁵²⁾; e lo si ritrova anche a base del codice sia -

⁽⁴⁹⁾ Sul punto in linea di massima A. B. SCHWARZ, *Rezeption u. Assimilation auslând. R.*, 1938 (ora in *Rechtsgesch. u. Gegenwart*) p. 149, specie pp. 153 ss.; Id., *Die Lebenskraft*, cit., pp. 161 ss.; specie p. 176.

⁽⁵⁰⁾ Dall'1-1-1916 (sulla base del progetto elaborato da C. BEVILACQUA); per una caratterizzazione generale SCHNITZER, *Vgl. Rechtslehre*, cit., I, p. 209; SUMON, *Le Brésil, ses institutions politiques et judiciaires*, Bruxelles 1964, pp. 213 ss.; sulla riforma vedi WALD, *Rev. int. Dr. comp.*, XIV (1962), pp. 713 ss.; MOSER, *Rabels Z.*, XXIX (1965), pp. 257 ss. Gli influssi del BGB si limitano alla sistematica ed alla recezione di 62 (su complessivi 1807) paragrafi. Degli altri codici europei hanno fatto sentire i loro effetti soprattutto il *Code civil* e il *Codigo civil* portoghese (appartenente alla stessa famiglia). La disciplina del regime patrimoniale del matrimonio, il diritto di famiglia e il diritto immobiliare sono codificati principalmente sulla base del diritto consuetudinario luso-americano e delle leggi dei singoli Stati della federazione. Considerazioni introduttive (del MIRANDA) e tr. tedesca in HEINSHEIMER, *Zivilges. d. Gegenw.*, III, 1928.

⁽⁵¹⁾ In generale sul diritto civile ibero-americano: ARMINJON-NOLDE-WOLFF, *Traité d. dr. comp.*, I, 1950, pp. 162 ss.; SCHNITZER, *Vgl. Rechtslehre*, I, pp. 210 ss.; von RAUCHHAUPT, *Rabels Z.*, XX (1955), pp. 121 ss. Sulla situazione del diritto in Perù prima del 1936 vedi WIELAND, *RvglHandwb*, I, 1929, pp. 889 ss.; sull'influsso dello ZGB v. SCHWARZ, *Das Schweiz. ZGB*, cit., p. 22 e *passim*; dopo l'emanazione del *Codigo civil* del 1936 ARMINJON-NOLDE-WOLFF, *Traité*, cit., pp. 171 ss. Un discorso analogo vale anche per il *Codigo civil* del distretto federale del Messico del 1928, modello dei codici degli altri Stati federali: ARMINJON-NOLDE-WOLFF, *Traité*, cit., pp. 171 ss.; SCHNITZER, *Vgl. Rechtslehre*, cit., p. 211. La più antica e importante delle codificazioni di diritto civile sud-americane è quella cilena del 1855 che è stata recepita da Ecuador, Venezuela e Columbia e ha fatto sentire il suo influsso in Argentina (1869). Maggiori dati sulla situazione più antica in Argentina e in Cile si possono detrarre dai rapporti di STROBTZEL e RAMOS: in *RvglHandwb*, I (1929), pp. 841 ss., 795 ss., e da E. H. BORCHARD, *Guide to the Law and Legal Literature of Argentina, Brazil and Chile*, Washington 1917; più recentemente però ARMINJON-NOLDE-WOLFF, *Traité*, cit., pp. 166 s. (Cile); LOEWENWARTER, *Rabels Z.*, XXI (1956), p. 400.

⁽⁵²⁾ Tr. ted. di VOGT³, Tokyo 1956. Per una caratterizzazione generale von MEHREN, *Law in Japan*, Cambridge/Mass. 1963 (contributi di autori giapponesi); SCHNITZER, *Vgl. Rechtslehre*, cit., pp. 373 ss.; sui successivi sviluppi e sulla riforma inoltre YAMADA, *Rabels Z.*, XXVI (1961), pp. 713 ss.; sull'abolizione del « casato » (*iyē*) come entità giuridica autonoma SUZUKI, *Rabels Z.*, XIX (1954).

mese del 1925 ⁽⁵³⁾. La Cina aveva già utilizzato nel 1925 il progetto di Dresda per un diritto delle obbligazioni ⁽⁵⁴⁾; sul codice del 1929 influì invece direttamente il BGB ⁽⁵⁵⁾. La Turchia recepì al contrario la codificazione che avrebbe spesso dovuto subentrare al BGB come fortunata erede della sua vigenza europea ed extraeuropea: il Codice Civile Svizzero (*Schweizer Zivilgesetzbuch* = ZGB) del 1907/12.

EXCURSUS

Sulla questione dell'«*Allgemeiner Teil*» (Parte generale). La disputa sulla legittimità od opportunità di una «Parte generale» per i codici di diritto privato risale all'epoca d'oro della Pandettistica (una critica all'«*Allgemeiner Teil* del BGB già in ZITELMANN [*supra*, nt. 19], pp. 1 ss.; KOHLER, in AcP, XCVI: (1905), p. 345); essa conobbe una reviviscenza in occasione della pubblicazione dell'ordinamento degli studi giuridici del 1935 (K. A. ECKHARDT, *Das Stud. d. Rechtswiss.*, 1935, p. 12) che aboliva per motivi ideologici e pedagogici le lezioni sulla Parte generale; una presa di posizione teorica in LARENZ, AcP, CXLV (1938), pp. 25 ss. Per una difesa della Parte generale v. invece HECK, AcP, CXLVI (1939), pp. 25 ss.; contrari per altri motivi F. BEYERLE, *Schuldenken u. Gesetzeskunst*, in: *Leben u. Weltansch.*, XVI (1941), pp. 131 ss., e WIEACKER, *Zum System d. dt. Vermögensrechts*, 1941, p. 24. I fronti allora non erano del tutto chiari. Contro la Parte generale si schierarono alcuni portavoce della «riforma del diritto» (sul cd. «codice popolare» v. *infra*, pp. 273 e 301), ma anche storici del diritto privato e critici del sistema da un punto di vista scienti-

pp. 104 ss.; ID., *ZvglRwiss*, LIX (1957), pp. 181 ss.; MIKAZUKI, *FamRZ*, V (1958), pp. 53 ss. Sulle influenze europee in generale RÖHL, *Fremde Einfl. im jap. Recht*, Frankfurt/Berlin 1959; KITAGAWA, *Das Methodenproblem in d. Dogm. d. japan. bürg. Rechts*, AcP, CLXVI (1966), pp. 330 ss.; sull'influsso francese dopo il 1919 in particolare Y. NODA, *Rev. Int. Droit comp.*, XV (1963), pp. 543 s.

⁽⁵³⁾ *RvglHwb*, I (1929), pp. 470 s.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *supra*, p. 170.

⁽⁵⁵⁾ Ed. inglese: *The Civil Code of the Republic of China*; su cui: BETZ e LAUTENSCHLAGER, *RvglHwb*, I (1929), pp. 332 ss.; ROSCOE POUND, *Harvard Law Rev.*, LXI (1948), pp. 747 ss.; A. B. SCHWARZ, *Das Schweiz. ZGB*, cit., p. 22 e nt. 84; (sull'influsso del BGB anche ARMINJON-NOLDE-WOLFF, *Traité* cit., II, pp. 429 ss.). Sul diritto più antico e sul diritto privato postrivoluzionario a partire dal 1949 cfr. *infra*, p. 237 nt. 65. Trad. ted.: BÜNGER, 1934.

fico; per salvarla lottarono invece avversari legalisti di un rovesciamento dell'ordinamento privatistico borghese, ma anche rappresentanti nazionalsocialisti della dogmatica convenzionale. Per il periodo posteriore allo ristabilimento dello Stato di diritto v. ad es. il lavoro accuratamente soppesato di A. B. SCHWARZ, *Das Schweizerische ZGB in d. ausländ. Rechtsentw.*, Zürich 1950, p. 25; DÖLLE, *Das BGB in der Gegenwart*, 1950, pp. 26 ss.; cfr. ora anche GMÜR (*supra*, nt. 14 i.f.); sul ruolo di fondo che compete al momento della formazione dei concetti e del sistema v. anche LARENZ, *Methodenlehre*, cit., pp. 322 ss.

La critica alla Parte generale non costituisce necessariamente di per sé stessa il sintomo di un'avversione vitalistica — p. es. nazionalsocialista — nei confronti di ogni spiritualità o concettualità (così invece KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., p. 474, con riferimento ad un accenno di Th. LIT, *Das Allgemeine im Aufbau geisteswiss. Erkenntnis*, 1941, pp. 6 s.; sui retroscena v. WELZEL, *Bonner Gedächtnisrede für Th. Litt*, 1963, relativamente ad atteggiamenti vitalistici contrari all'astrazione e aventi effettivamente origine in influssi di quel tipo). Essa va messa tuttavia in relazione con una scelta di principio in merito al rapporto tra ordinamento giuridico e realtà sociale: mentre cioè il Formalismo giuridico tenderà a vedere nella esplicita formulazione di una Parte generale la più alta realizzazione di sé stesso, il Naturalismo sociale o eticamente impegnato in senso sociale temerà in essa una turbativa del rapporto del diritto con la realtà ed un ostacolo ai propri sforzi (politicamente o moralmente caratterizzati) per una strutturazione più opportuna o più giusta della società. Nel quadro di una scelta a favore di una costruzione scientifica sistematica, la questione relativa alla Parte generale ha riguardo alle esigenze di equilibrio tra la parte assiomatica dell'esposizione e quella rivolta alla considerazione giuridica concreta della materia. In conseguenza troviamo « parti generali » esclusivamente in quelle codificazioni di diritto privato che gravitano nella sfera di influenza immediata del BGB; nel novero delle quali evidentemente la recezione di generalizzazioni scelasticamente classificatorie riesce più facile in quei Paesi dalla cultura giuridica più estranea come il Giappone, la Cina e il Siam. In Grecia la recezione di una Parte generale nella codificazione del 1940/46 riposa sull'influsso diretto della Pandettistica. Al contrario essa è stata respinta dallo ZGB con il suo sicuro carattere intuitivo, come pure dal nuovo Codice civile italiano del 1942 ed ora, dopo ponderata valutazione del Meijers, anche dall'Olanda.

Ma il primo libro del BGB non risponde in verità nemmeno alle esigenze di una autentica Parte generale (WIEACKER, *System*, p. 24). In effetti soltanto la sezione relativa al « Negozio giuridico » (§§ 104-185) contiene vere regole « generali ». La sezione delle « Persone » (§§ 1-89) offre soltanto a tratti frammenti di dottrine generali, più precisamente una parte del diritto delle persone fisiche (§§ 1-13 [20])

e alcune disposizioni generali sulle persone giuridiche private riconosciute (§§ 21-53); altrimenti singoli istituti come l'associazione registrata, l'associazione priva di autonomia patrimoniale e la fondazione (§§ 54, 55-79; 80-88). La sezione delle « Cose » è in realtà un estratto dai diritti reali, e cioè la determinazione del loro oggetto (§§ 90-103); le sezioni « Prescrizione » e « Esercizio dei diritti, legittima difesa, esercizio diretto delle proprie ragioni » (§§ 194-231) costituiscono invece i resti di una pratica (eccezionale) di esercizio stragiudiziale del proprio diritto, ovviamente ridotti, in un ordinamento giuridico progressivo che garantisce la pubblica tutela arbitrale e giudiziale, a rudimenti risalenti ai primordi della storia giuridica. Sul diritto soggettivo, e sui diritti soggettivi con i loro normali risvolti processuali, la « Parte generale » tace, e con ragione, completamente. Ne risulta così la conseguenza paradossale che essa, in scala ridotta, riproduce ancora una volta quel sistema delle Pandette (e con ciò l'effettivo ordine espositivo del BGB) che poneva a base della trattazione dell'intera materia giuridica la tripartizione in diritti delle Persone, delle Cose e Negozio Giuridico, ricollegandosi in tal modo all'antica triade *personae, res, actiones* del sistema romano delle Istituzioni.

Ma anche ammesso che il primo libro del BGB costituisca una Parte generale coerentemente costruita (soggetti del diritto, oggetti del diritto, fondamento negoziale ed esercizio dei diritti soggettivi), non per questo ne sarebbe provata la sua opportunità politico-giuridica. È senz'altro vero infatti che la elaborazione di una Parte generale appartiene al novero dei compiti irrinunciabili di una scienza del diritto che, come quella tedesca a partire dall'inizio del secolo scorso, intenda sé stessa come sistematica (v. *supra*, pp. 34 s. e *passim*): dal momento che soltanto una tale costruzione è in grado di garantire la compattezza ideale e metodologica di un ordinamento giuridico concepito come scientifico. Ciò non significa però che un codice debba necessariamente riprodurre in dettaglio questa sistematica scientifica (giustamente F. BEYERLE, *Schuldenken*, cit., pp. 209 ss.). La identità tra sistema scientifico e struttura della codificazione è indicativa piuttosto dell'atteggiamento accademico del legislatore che porta fin dall'inizio alla rinuncia ad ogni autonomo moto di creatrice tecnica legislativa. Nemmeno se ne può addurre la necessità a fondamento della coesione logica dei diversi principi presenti nel codice. Nello ZGB svizzero ad es. si è evviato alla mancanza di una Parte generale con il rinvio dell'art. 7 al diritto delle obbligazioni, né questo ha mai causato serie difficoltà nella prassi ormai pluriennale (cfr. GMÜR, *Das Schweiz. ZGB*, cit., pp. 52 s. con ulteriori esempi; v. anche *infra*, pp. 212 s. e nt. 10).

Noi concordiamo pertanto con A. B. SCHWARZ, *Das Schweiz. ZGB*, cit., p. 25, nel ritenere la « Parte generale » del BGB superflua, se non addirittura dannosa. In funzione di una efficace iniziazione dei gio-

vani aspiranti giuristi allo studio del diritto il corso sulla parte generale rappresenta una croce pedagogica di prima categoria. Molto più utile ai fini dell'assimilazione del diritto civile nella coscienza giuridica comune si sarebbe rivelato un compendio introduttivo delle massime generalmente vincolanti nell'esercizio e nell'applicazione del diritto, sul tipo dell'impagabile introduzione all'ALR o degli articoli iniziali dello ZGB (*infra*, pp. 211 s.). Delle varie disposizioni del BGB, avrebbero potuto trovar qui la loro collocazione più opportuna la maggior parte delle clausole generali (§§ 133, 138, 157, 226, 242, 306, 826 per ricordarne soltanto alcune) così come i principi in tema di abuso del diritto, di negozi simulati o in frode alla legge, di *venire contra factum proprium*, e così via. Questo ragionamento non perde la sua forza per il fatto che alcune delle « regole fondamentali » previste per il cd. « Codice popolare » (cfr. *Volksgesetzbuch* [progetto: regole fondamentali e libro I], 1942, pp. 40 s.; cfr. *infra*, p. 273), e particolarmente i « preamboli » di molte leggi nazionalsocialiste, avessero una impronta demagogica o che esse, in sede di applicazione a leggi tutt'altro che di principio, mostrassero la corda fino ad apparire ridicole.

IL CODICE CIVILE SVIZZERO.
LE DIVERSE RAMIFICAZIONI EUROPEE DEL DIRITTO
NEL XX SECOLO

I. Il Codice civile svizzero. — II. Il modello giuridico anglosassone e quello continentale. — III. La famiglia degli ordinamenti giuridici romanzi (« francesi ») e quella dei mitteleuropei (« tedeschi »). Sopravvivenza del diritto romano. — IV. Scandinavia ed Europa orientale. — V. Sguardo al futuro degli ordinamenti giuridici nel mondo.

I. Codice civile della Confederazione elvetica è la seconda delle codificazioni della Pandettistica mitteleuropea. Nella sua storia si ripete, rimpicciolita e concentrata come in uno specchio concavo, la lotta della Germania nel secolo XIX per la conquista della unità giuridica nel contrasto tra legislazione regionale e federale. Ma, diversamente che in Germania, la Confederazione era riuscita nel 1848, all'insegna della sovranità popolare, a raggiungere l'integrazione nazionale. Alle capacità spirituali e tecniche che la accomunavano alla scienza ed alla burocrazia giudiziaria tedesche aveva potuto così accompagnarsi un senso civico più forte.

I. La Svizzera, un baluardo di antiche tradizioni giuridiche germaniche, almeno nelle zone di campagna alemanne — indipendentemente dalla Recezione nelle città maggiori —, era stata persa di vista dalla Germania dai tempi della romanizzazione del diritto nei territori tedeschi ⁽¹⁾. L'ammodernamento delle strutture statali

⁽¹⁾ Vedi Eugen HUBER, *Syst. und Gesch. des Schweiz. Privatrechts*, IV, 1893, pp. 114 ss. Sulla recezione del diritto romano cfr. GENZMER, ZSS, RA, LXVII (1950), pp. 601 ss.; LIVER, *Komm. zu d. Einführungsartikeln des ZGB*, Bern 1962, n. 14-25, con numerose ulteriori indicazioni; cfr. anche *supra*, I, p. 162 nt. 52; I, p. 177 nt. 1; I, p. 215 nt. 91 e *passim*.

della Confederazione patrizio-contadina, verificatosi dopo la Rivoluzione francese e scaturito dalla difesa delle libertà cantonali contro Asburgo e Borgogna, così come la partecipazione al movimento culturale storico-romantico della prima metà del secolo, servì a far acquistare, nelle antiche e nelle nuove Università della Svizzera, un notevole influsso alla Scuola storica e alla Pandettistica accanto ai codici francesi ⁽²⁾. Inoltre la coscienza giuridica tradizionale e l'interesse dei cittadini all'amministrazione della giustizia aveva risentito meno i danni della Recezione; anche se per lo stesso motivo il frazionamento giuridico cantonale era maggiormente avvertibile ⁽³⁾. Il *pathos* unitario nazionaldemocratico, che dopo la Rivoluzione francese era riuscito a convertire in nazione moderna la Confederazione con tutte le sue caratteristiche storiche, spingeva anche qui verso quell'unificazione del diritto che faceva già parte delle rivendicazioni della costituzione rivoluzionaria del 13 aprile 1798. Nel frattempo però il ristabilimento del vecchio *status quo* ad opera della Restaurazione nel periodo successivo al 1814 costringeva anche la Svizzera al rinvio di simili progetti.

Nel 1848, uscita rafforzata dal conflitto con la Federazione separatista come un moderno Stato federale dalle forti competenze, vide anch'essa, sull'esempio della Germania, le vittoriose correnti liberali sostenere l'esigenza di un diritto unitario del commercio e delle obbligazioni, soprattutto nell'interesse di una economia aperta e contro le tendenze particolaristiche cantonali. Le tappe dello sviluppo della codificazione federale svizzera sono pertanto esternamente ravvicinabili a quelle della codificazione tedesca. Già dalla metà del secolo molti cantoni si erano dati dei codici di diritto privato si ricordi prima d'ogni altro il « *Privatrechtliches Gesetzbuch* » del cantone di Zurigo (1853/55), opera del Bluntschli. Altri avevano preferito rifarsi quali al *Code civil*

⁽²⁾ *Supra*, pp. 104 s.; sul punto A. B. SCHWARZ, *Das röm. Recht an d. Universität Zürich*, Zürich 1938; ID., *Friedrich Ludwig Keller*, in: *Grosse Schweizer Forscher*, Zürich 1939, pp. 200 s.; ID., *Andreas v. Tuhr*, Zürich 1938.

⁽³⁾ Cfr. da ultimo R. GMÜR, *Das Schweiz. ZGB verglichen mit dem dtsh. BGB*, Bern 1965, p. 23 e nt. 32.

quali all'ABGB (4). Nel 1884, in forza dell'ampliamento delle competenze federali sancito dalla costituzione del 1874 (art. 64), fu emanato l'*Obligationenrecht* (= OR), il Diritto delle obbligazioni, che, apprestato dal Munzinger come prodotto della Pandettistica svizzera presentava affinità con la « bozza di Dresda »; nel 1892 seguì una legge sulla procedura esecutiva e concorsuale. E già nel 1874 era comparsa una legge sullo stato civile e sul matrimonio: una testimonianza di quel « *Kulturkampf* » che rappresentava la risposta dei movimenti nazional-liberali di molti paesi cattolici o a confessione mista d'Europa alle tendenze centralistiche della Chiesa romana dopo il Concilio Vaticano del 1870.

2. La dilatazione del diritto delle obbligazioni a vero e proprio codice civile era già stata presa in considerazione dal 1866/68 (5). Nel 1884 lo « *Schweizer Juristenverein* », l'associazione dei giuristi svizzeri, decise di procedere all'apprestamento di una esposizione comparata di tutti i vari diritti privati della Confederazione, affidandone l'incarico al germanista e politico Eugen Huber (1849-1922) (6). Il suo celebre sistema del « Diritto privato svizzero » (3 voll., dal 1886 al 1893) indusse Richonnet, direttore del Dipartimento confederale di Giustizia e Polizia, ad investirlo dell'incarico di elaborare schemi parziali per un codice

(4) LIVER, *Komm. cit.*, n. 26-47; GMÜR, *Das Schweiz. ZGB*, cit., pp. 32, 33 e nt. 45 (Codice civile di Berna 1824-1830, Grigioni 1862, Glarus 1869-74).

(5) Sulla storia della codificazione qui di seguito esposta vedi: EGGER, *Entst. u. Inhalt d. Schweiz. ZGB*², Zürich 1930, pp. 14 ss.; ID., *Kommentar zum ZGB*, 1911, XI ss. (« *Zur Einführung* »; per ulteriori indicazioni v. anche VIII s.); Max GMÜR, *Komm. z. ZGB*², Bern 1919, pp. 7 ss.; Peter TUOR, *Das Schweiz. ZGB*⁶, Zürich 1953, pp. 5 ss.; da ultimo LIVER, *Komm.*, cit. (nt. 1), nr. 28-39, e R. GMÜR, *Das ZGB*, cit., p. 34 e nt. 41.

(6) Professore universitario e politico del diritto, nel 1880 a Basilea, nel 1888 in Halle, dal 1892 a Berna. Su di lui v. i necrologi di STUTZ, ZSS, GA, XLIV (1923), pp. XI-XXIV; Max RÜMELIN, *Eugen Huber*, Discorso rettorale, Tübingen 1923; inoltre WARTENWEILER, *Eugen Huber, der Lehrer, Gesetzgeber u. Mensch*, Erlenbach/Zürich 1933; GUHL, in: *Schw. Juristen der letzten hundert Jahre*, 1945, pp. 323 ss.; M. W. JUNG, in: *Grandes figures et grandes oeuvres juridiques*, Gent 1948, pp. 187 ss.; EGGER, *E. Huber und sein ZGB*, in: *Ausgew. Schr. u. Abh.*, I, Zürich 1957, pp. 105 ss.; GMÜR, *Das ZGB*, cit., pp. 33 ss.

civile (senza il diritto delle obbligazioni). I progetti (1893: diritto matrimoniale; 1895: diritto ereditario; 1896: diritti reali di garanzia) furono pubblicati e commentati per iscritto dallo stesso Huber, indi discussi in seno allo *Schweizer Juristenverein* e infine fusi tutti insieme in un « *Gesamtentwurf* », uno schema generale, e commentati (1900). Sotto la suggestione di questi primi progetti una delegazione federale prese, a partire dal 1898, l'iniziativa di referendum popolari nei diversi cantoni, con l'effetto di una estensione della competenza federale al diritto privato dell'intera Svizzera. I progetti, secondo la prassi instaurata dalla legislazione illuminista, furono sottoposti alla critica della pubblica opinione e il materiale così raccolto fu preso in esame da una commissione di esperti, presieduta da Brenner e con Eugen Huber come relatore, nel periodo 1901-1903 ed elaborato a comporre un nuovo progetto generale, prima a livello di Dipartimento (1903) poi di Consiglio federale, che fu infine pubblicato con corredo di verbali. In sede di discussione nei Consigli nazionale e federale (1905-1907) la commissione riuscì ad imporsi in forza della sua competenza e precisione così che il 10 dicembre 1907 il nuovo « *Zivilgesetzbuch* » (ZGB) poteva essere approvato all'unanimità. Il (riveduto) Diritto delle obbligazioni del 30.3.1911 gli venne affiancato, senza procedere formalmente ad incorporarlo (7).

3. La creatura di Eugen Huber è il frutto più maturo della scienza giuridica di lingua tedesca del XIX secolo in sembianza di legge (8).

(7) Sul suo adattamento allo ZGB v. GMÜR, *Das ZGB*, cit., p. 152, nt. 3; in particolare sul problema tecnico del rapporto redazionale con il nuovo codice p. 11.

(8) Sulle caratteristiche dello ZGB: RÜMELIN, Schmöller JB., XXV (1901), pp. 73 ss.; pp. 333 s. (sul primo lavoro di progettazione); ID., *Das neue Schweiz. ZGB u. seine Bedeutung*, Tübingen 1908; JOS. KOHLER, RheinZ, V (1913), pp. 1 ss.; in senso critico per converso G. COHN, ZVglRw, XV (1901), pp. 406-475, e soprattutto RABEL, RheinZ, II (1910), pp. 308 ss.; ID., RheinZ, IV (1912), pp. 135 ss.; ID., AllgÖstGerZ, LXII (1911), nr. 21. Ulteriori prese di posizione nei paesi di lingua tedesca: A. B. SCHWARZ, *Das Schweiz. ZGB in d. ausländ. Rechtsentw.*, Zürich 1950; EGGER, *Über d. Rechtsethik d. Schw. ZGB*, Zürich 1950; LIVER, SchwJZ, LVIII (1962), pp. 209 ss.; ID., *Kodifikation u. Rwiss.*, in: *Schw. Juristenverein, Centenarium 1861-1960*, II, Basel 1961, pp. 163 ss.;

a) Si tratta di un codice pandettistico, impensabile senza il sistema, il concettualismo e l'ideale logico del Positivismo giuridico ^(*), non diversamente del resto da quell'opera di avanguardia che è il « Sistema del diritto privato svizzero » dello stesso Huber. Le concordanze di fondo con il BGB nella concezione giuridica e nei contenuti sono pertanto notevoli. Già la sistematica (I. Diritto delle persone; II. Diritto di famiglia; III. Diritto ereditario; IV. Diritti reali; V. Diritto delle obbligazioni) ne tradisce l'origine, anche se il divario nel succedersi delle materie lascia trapelare la maggiore apertura verso i problemi sociali caratteristica del germanista e pratico del diritto Huber. Coerentemente con questo atteggiamento lo ZGB è più favorevolmente orientato nei confronti della « clausola generale » di quanto non lo sia il BGB. Di un maggiore senso della realtà è anche indizio la mancanza di una « Parte generale »; la sua funzione è assolta dalle massime ben fatte e concise della introduzione (artt. 1-10), dal diritto delle persone (cfr. i §§ 1-89 del BGB) e dalle disposizioni generali del diritto delle obbligazioni (cfr. invece i §§ 145-185; 241-432 del BGB).

Questa soluzione è decisamente preferibile a quella del BGB. La elaborazione di una teoria generale del diritto autonoma appartiene senza dubbio al novero dei compiti più elevati della scienza giuridica; ma il suo posto non è all'interno dei codici, nemmeno di quelli che si rivolgono più al giurista fornito di preparazione scientifica che non al popolo. E in effetti la mancanza di una Parte generale non ha portato pregiudizi degni di nota allo sviluppo scientifico della teoria generale del diritto privato svizzero. Al contrario questo potrebbe invece affermarsi proprio per il BGB, il cui primo libro nelle sezioni « Delle persone » (§§ 1-89) e « Delle cose » (§§ 90-103) non contiene nessuna vera teoria generale e per quel che riguarda negozio giuridico e

GUTZWILLER, *Der Standort d. Schw. Rechts, loc. cit.*, pp. 243-321; H. MERZ, 50 *Jahre Schw. ZGB*, JZ, XVII (1962), pp. 585 ss. Sotto il punto di vista, particolarmente importante per la nostra esposizione, del raffronto con il BGB vedi ora GMÜR, *Das ZGB cit.* (nt. 5), cui l'A. deve molte delle presenti indicazioni; vedi là, pp. 11 s. e nt. 1-6 ulteriori prese di posizione svizzere, tedesche e francesi.

(*) Cfr. H. PETER, *Vom Einfl. d. dtsh. Zivilrechtswiss. auf d. Schweiz, Züricher Festschr. für Karl S. Bader*, 1965, pp. 321 ss., e GMÜR, *Das ZGB, cit.*, pp. 19 ss., il quale ultimo giustamente fa rilevare la « somiglianza della situazione culturale, sociale ed economica » dei due paesi al momento della preparazione dei codici.

contratto è costretto a pagare l'enucleazione dei principi dottrinari (§§ 104, 116, 145 ss.) con una trattazione incompleta del diritto delle obbligazioni ⁽¹⁰⁾. E soprattutto manca nel BGB un'autentica introduzione in cui il filo conduttore ideale della codificazione divenga chiaramente percepibile ad ogni membro della comunità giuridica.

La lezione scientifica e le prime esperienze pratiche del BGB furono ampiamente utilizzate da Huber, che riuscì anche a svilupparle e a superarle. La tecnica dei rinvii ad es. è stata abbandonata: la chiarezza esteriore è stata accresciuta tramite l'impiego di titoli a margine. Il linguaggio legislativo è, a giudizio quasi unanime e ben motivato, esemplarmente chiaro, compatto e, nel senso migliore, alla portata di tutti ⁽¹¹⁾; un certo *pathos* etico e civico non è stato evitato in misura altrettanto ascetica che nel BGB: basti raffrontare il § 1 del BGB con l'art. 27, secondo comma (irrinunciabilità della libertà personale). Sotto questo punto di vista possono accettarsi, nonostante la loro imprecisione, anche altisonanti affermazioni del tipo: « Il matrimonio porta alla emancipazione dell'individuo ». Un buon numero di concetti sono espressi in forma più evidente e, a nostro parere personale, più corretta dal punto di vista sistematico: così il concetto di « *Mündigkeit* », la maturità/capacità nel senso del diritto delle persone, assente nel BGB (cfr. art. 13 ss. con i §§ 2 ss., 104 s. n. 1, 106 e ancora 1626, 1773 del BGB); le organizzazioni interpersonali a carattere corporativo (art. 52; meglio della « persona giuridica » dei §§ 21 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. *supra*, p. 187. Molto più felice la chiara formula dell'art. 7 ZGB: « Le disposizioni generali del diritto delle obbligazioni in tema di nascita, adempimento e annullamento dei contratti trovano applicazione anche in altri rapporti ». Il fatto che questo rinvio generale non presenti difficoltà di rilievo per la prassi viene sottolineato dal GMÜR, *Komm.*, cit., p. 53 in modo tanto più singolare in quanto egli stesso si fa sostenitore per motivi didattici di un « Allgemeiner Teil ».

⁽¹¹⁾ J. KOHLER (nt. 8); G. ROTONDI, *Scr. giur.*, III, 1921, p. 327; H. FEHR, *Schweiz. u. deutsch. Volksgeist in d. Rechtsentw.*, 1926, pp. 165 ss.; TRIEPEL, *Vom Stil d. Rechts*, 1947, p. 91; SCHWARZ, *Das Schw. ZGB*, cit. (nt. 8), pp. 8 ss. e da ultimo approfonditamente GMÜR, *Das ZGB*, cit., pp. 39 s., con accurata valutazione anche degli svantaggi che dalla forma duttile e concisa derivano alla giurisprudenza (p. 40, con una citazione delle sentite parole di Eugen HUBER, *Erinnerungen*, I, p. 2: « L'uomo ragionevole che abbia riflettuto sul proprio tempo e sulle relative esigenze deve avere l'impressione, leggendo, che la legge gli venga dal cuore »).

del BGB) e la determinazione della loro capacità giuridica (art. 53); più esitante al contrario si dimostra l'art. 55 (« volontà della persona giuridica ») nei confronti delle visioni di Gierke a proposito della personalità reale delle associazioni ⁽¹²⁾. Superiori alle soluzioni tedesche ci sembrano anche il riconoscimento di un generale diritto della personalità (artt. 28 ZGB, 55 OR) ⁽¹³⁾, la maggiore considerazione del *nasciturus* e la seppur modesta capacità d'acquisto del bambino, e infine l'intero regime patrimoniale della famiglia. Ovviamente, qui come altrove, il giudizio sui pregi dell'una o dell'altra soluzione non può non dipendere dalle concezioni di politica, storia o metodologia del diritto proprie dell'osservatore.

b) Comunque sia lo ZGB è tutt'altro che una replica del BGB riveduta ed adattata alla situazione svizzera ⁽¹⁴⁾. Soprattutto tre tratti caratteristici lo distinguono fondamentalmente dal codice tedesco: le tracce evidenti e vitali di una coscienza giuridica popolare non ancora completamente scientificizzata; come conseguenza di ciò un più intenso coinvolgimento ed una responsabilizzazione più attiva del cittadino in vista della realizzazione del proprio diritto, infine la redazione ad opera di un solo notevole creatore, che in tanto è riuscito a trovare l'appoggio della sua nazione in quanto ne rappresentava in sé le qualità migliori.

Come germanista Eugen Huber aveva potuto verificare coscientemente di persona la tradizione giuridica tedesca della Svizzera, continuando in parte il lavoro di Andreas Heusler (1834-1921) ⁽¹⁵⁾ e utilizzandola in ogni caso, da genuino allievo del Bluntschli, per una politica del diritto costruttiva e socialmente aperta. Se ne celebrano volentieri come esempi la struttura della comunione familiare, la concretezza del concetto di capacità d'intendere e di volere, il riconosci-

⁽¹²⁾ Sulla coincidenza della responsabilità degli organi sociali e di altri concetti della teoria germanista nei due codici vedi GMÜR, *Das ZGB*, cit., pp. 21 s.

⁽¹³⁾ Sul suo riconoscimento anche nella più recente giurisprudenza tedesca v. *infra*, pp. 259 s.

⁽¹⁴⁾ Le differenze nel carattere generale di entrambi i codici sono descritte accuratamente e con piena conoscenza di tutti e due i diritti dal GMÜR, *Das ZGB*, cit., pp. 24-51; in sintesi pp. 188 ss.

⁽¹⁵⁾ Nel 1885 e 1886 appare HEUSLER, *Institutionen d. dtsh. Privatrechts*, rispettivamente vol. I e II; e nel 1886-1893 E. HUBER, *System u. Gesch. d. Schweiz. Privatrechts*.

mento degli effetti della promessa di matrimonio ai fini della legittimità dei figli nati prima del matrimonio poi divenuto impossibile per cause non imputabili alla volontà dei nubendi, l'iscrizione di pegno su bestiame. In tal modo riuscì ad Huber di conquistare all'idea di un diritto privato unitario perfino quelle forze, così potenti in Svizzera, caratterizzate dal profondo attaccamento alla loro terra e dall'acceso particolarismo. E tuttavia la varietà dei diritti locali sarebbe rimasta insormontabile se molto tempo prima il famoso *Privatrechtliches Gesetzbuch* zurighese del Bluntschli non avesse già rappresentato un forte polo d'orientamento, passato nel frattempo anche al vaglio della pratica (16).

La integrazione nazionale della Svizzera, suggellata nonostante la forte policromia e le spesso gelose rivalità dei cantoni storici, da un'antichissima comunanza di destini e favorita dalla ristrettezza delle frontiere, aveva reso possibile il costituirsi di una coscienza dei valori sociali più precisa di quella esistente tra le classi, i ceti e gli Stati federali della Germania (17). Essa era così in grado di offrire al legislatore più saldi criteri politici ed etico-sociali, costringendolo, nonostante ogni pretesa di scientificità, a tenere continuamente conto della ragione giuridica materiale; un compito a cui Huber, come pratico del diritto e politico di formazione scientifica, si sentiva particolarmente votato e a cui il famoso art. 1, comma secondo, fa espressamente richiamo (18).

Che il codice poi, oltre a questi pregi di contenuto, presenti in misura maggiore del BGB fisionomia personale e forza di linguaggio si deve al fatto della sua prevalente derivazione da un solo autore. E tuttavia questa circostanza, grazie anche al senso di subordinazione allo scopo di un personaggio come Huber, altrimenti così indipendente, e in forza dei controlli accurati e responsabili dei suoi progetti da parte degli organi federali e della pubblica opinione, non ha condotto a quelle originalità o arbitrii legislativi da cui non sempre erano rimasti immuni i codici giusrazionalisti.

(16) Su di esso vedi GUGGENBÜHL, *Ernst u. Bedeutung d. Zürcher Pr. Gesetzbuchs*, Zürich 1924; Iso KELLER, *Rechtsethik u. Rechtstechnik in d. mod. kontinent Zivilgesetzgeb. am Züricher Privatrechtlichen Gesetzbuch als Hauptbeispiel erläutert*, Zürich 1946. Su Bluntschli (1808-1881; nel 1833 professore a Zurigo, allontanato nel 1847 come capo del partito costituzionale, dal 1848 professore a Monaco e dal 1861 ad Heidelberg) v. ad es. LANDSBERG, *Gesch.*, cit., III.2, pp. 552 ss.; OFFIKOFER, *ZSchwR*, LX (1941), pp. 361 ss.; FRITSCHÉ, in: *Schw. Juristen d. letzten hundert Jahre*, 1945, pp. 135 ss.

(17) Cfr. ora anche GMÜR, *Das ZGB*, cit., p. 31.

(18) Sul punto Max GMÜR, *Die Anwendung d. R. nach art. 1 ZGB*, Bern 1908; MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich 1951, pp. 122 ss.; ID., *Komm. z. Schw. Zivilr., Einleitung*, Bern 1962, pp. 78-212; R. GMÜR, *Das ZGB*, cit. (nt. 3), pp. 48 s. (in cui, alle note 6-9, anche lodi e biasimo su questa clausola

Pertanto allo ZGB poterono essere mosse critiche, se si prescindono dalla massa dei dettagli di politica legislativa sui quali tra giuristi e laici mai c'è unità di giudizio, soltanto in una direzione: come ogni codificazione, e specialmente quelle della Pandettistica, anch'esso rimane un'opera sistematica e logicamente costruita, la cui esatta applicazione richiede un'alta formazione scientifica. In effetti però proprio per questi motivi esso ci si presenta come la prova migliore delle possibilità insite in quel Positivismo giuridico da cui è scaturito. La fama di questo codice resiste anche ad un esame più critico e attento; dimostrando che essa non riposa quindi soltanto sulla inclinazione — caratteristica certo non dei peggiori tra noi — ad una serena parzialità a favore dei pregi altrui, né più in generale sulle simpatie che il mondo nutre nei confronti della pacifica, saggia e autocosciente comunità svizzera.

4. In sintonia con questo giudizio si trovano sia l'orgoglio nazionale per il possesso di una simile opera sia l'ampia risonanza fin nei più lontani paesi stranieri ⁽¹⁰⁾. Se dopo la sua pubblica-

generale). La celebre autorizzazione del giudice a « giudicare secondo quella regola che lui stesso come legislatore avrebbe posto » che, attraverso l'imperativo categorico di Kant, risale fino ad Aristotele (*et. nicom.*, 1137b), non è altro evidentemente che l'espressione ottimamente semplificata del principio formale di ogni Diritto (o di ogni Etica normativa) di tendere a presentarsi come imperativo generale: una decisione ha cioè carattere giuridico soltanto quando la sua massima può essere formulata come regola generalmente valida (cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre*, cit.; indice di riuscito sforzo di sviluppo del diritto; NJW, XVIII [1965], pp. 1 ss.). Se se ne fa tuttavia un criterio contenutistico è valida anche qui la critica di Hegel all'imperativo categorico kantiano: che cioè non esista « nulla che non possa essere elevato per questa via a legge morale » (*Schriften z. Politik u. Rechtsphil.* [Lasson], p. 351; su cui WELZEL, *Diritto naturale*, cit., p. 256). Questa critica di principio non tocca però il senso della disposizione, che è quello di rendere chiaro al giudice che ogni suo giudizio deve rimanere a p p l i c a z i o n e del diritto e quindi legittimarsi come concretizzazione di regole generalmente vincolanti se non vuole trasformarsi in opera, bene intenzionata ma agiuridica, di *social engineering* (sui cui pericoli cfr. *infra*, pp. 268, 281 s.).

⁽¹⁰⁾ Cfr., oltre alle introduzioni dei diversi commentari svizzeri (nt. 5), in particolare EGGER, *Wandl. d. kontinentaleurop. Privatrechtsordnungen in d. Ära d. Weltkriegs*, in: *Zürcher Festschr. f. Max Huber*, 1944, pp. 41 ss. e A. B. SCHWARZ, *Das Schw. ZGB*, cit. (nt. 8).

zione lo ZGB ha saputo imporsi più che non il BGB all'attenzione di Stati desiderosi di riforme, questo non è certo dovuto soltanto al fatto che, per essere più recente, esso ha potuto far tesoro delle esperienze fatte con il BGB e delle critiche mossegli. In realtà esso è stato in grado forse ancor più del BGB di avviare tutto un movimento di codificazione e di recezione tale da assicurare un posto importante nel XX secolo alla famiglia del diritto mitteleuropeo.

L'esempio più importante di questa influenza è rappresentato dalla recezione dello ZGB da parte della Turchia (1927) ⁽²⁰⁾ dopo lo sforzo di laicizzazione e di europeizzazione intrapreso da Mustafa Kemal Atatürk. Ma anche nei paesi di più antica tradizione giuridica europea è difficile trovare una codificazione, una novella o un progetto di legge su cui non abbia fatto sentire il suo influsso lo ZGB (spesso insieme con la giurisprudenza del « *Bundesgerichtshof* », la Corte Federale di Cassazione) ⁽²¹⁾; questo è il caso ad es. del progetto italo-francese di un Diritto delle obbligazioni (1931), della novella francese in tema di adozione (1927) e di quelle austriaca e svedese (1914) in tema di successioni, del regime austriaco dell'ipoteca a favore del proprietario (1916); nell'Europa orientale, del Codice civile sovietico del 1923 (cfr. §§ 404, 406 e *passim*), inoltre della Polonia, della Cecoslovacchia e dell'Ungheria. Nell'Europa sudorientale esso ha influito — oltre che sulla Grecia — sull'Albania, sulla Jugoslavia e sulla Bulgaria; in Sudamerica particolarmente sul *Codice civil* peruviano; in Asia orientale infine, sulla Cina pre-comunista e sul Siam. A tutto ciò si aggiungono i continui influssi sui lavori di riforma di volta in volta in atto nei principali paesi europei, ad es. in tema di divorzio e di risarcimento del danno.

Allo ZGB va pure ascritto non da ultimo il merito di avere accelerato il flusso di quel vicendevole e civilizzatore scambio del diritto privato tra i popoli ⁽²²⁾ che doveva contribuire a prepa-

⁽²⁰⁾ Vedi, da un punto di vista tutto personale, SCHWARZ, *Das Schw. ZGB*, cit., pp. 47-53 (con ricche indicazioni alle ntt. 147-189); in seguito FERID AYTER, *Rezeptionsproblem in d. Türkei*, in: *Mem. Koschaker*, II, 1954, pp. 131 ss.; HIFZI VELDËT VELIDEDEOGLU, *ZSchwR*, LXXXI (1962), pp. 51 ss.

⁽²¹⁾ Su quanto segue v. SCHWARZ, *Das ZGB*, cit., pp. 17 ss.; sull'influsso di singoli caratteristici istituti e tendenze dello ZGB spec. pp. 28 ss.

⁽²²⁾ In generale SCHERRER, *Zur Frage d. internat. Vereinheitlichung d. Privatrechts*, 1939; ZWEIFERT, *RabelsZ*, XVI (1951), pp. 387 ss.; DAVID, *Considerations sur l'unification des droits européens*, in: *Annuaire de l'institut d'études europ. de*

rare il futuro avvicinamento almeno degli strumenti tecnici della cultura giuridica mondiale. Il coronamento nello ZGB della grande scienza del diritto del XIX secolo ci servirà dunque di occasione per uno sguardo panoramico delle varie culture giuridiche del globo nella prima metà del XX secolo, nei limiti in cui esse rappresentino l'eredità della scienza giuridica dell'Europa continentale e delle sue quadruplici radici ideali: la tradizione medioevale del *Corpus Juris*, l'*Usus modernus*, il Giusnaturalismo laico e la Pandettistica del XIX secolo. Conformemente agli scopi che con la presente opera ci si prefigge, questo bilancio non potrà che rimanere rivolto al passato. Per una prognosi sui compiti che il futuro dovrà assegnare agli ordinamenti giuridici del nostro continente e del mondo intero in funzione di una disciplina responsabile dei rapporti di vita e dei traffici manca a questo libro ed al suo autore la necessaria competenza.

II. Gli ordinamenti di diritto privato dell'ambiente culturale europeo possono essere divisi, sulla base delle comuni concezioni giuridiche lungamente maturate, in gruppi e famiglie ⁽²³⁾. Queste concezioni non sono mai state del tutto abbandonate, per lo meno come postulati, neanche nel corso delle terribili crisi e scissioni ideologiche che hanno caratterizzato la prima metà del nostro secolo. Ciascuna delle nazioni interessate si dichiara, almeno in linea di principio, per lo Stato di diritto, cioè per un ordine e per un procedimento giuridico fondati sul rispetto dei

Turin, 1957, pp. 5 ss.; v. CAEMMERER, *The Problem of the Unification of Private Law in Europe*, in: Univ. of Colorado Law Review, XXXVI (1964), pp. 1 ss.

⁽²³⁾ Su quanto segue WIGMORE, *A Panorama of the World's Legal Systems*, 1929; SCHWARZ, *Einfl. dtsch. Zivilistik*, in: *Rechtsgesch. u. Gegenw.*, 1960, pp. 67 s.; KADEN, *Rechtsvergleichung*, in: *Rvgl. Hwtb.*, VI (1938), pp. 9 ss.; RABEL, *Laws of Western Civilization*, in: *Louisiana Law Rev.*, X (1949/50), pp. 432 ss.; eccellente ZWEIGERT, *Zur Lehre von d. Rechtskreisen*, in: *Legal Essays in Honour of Hessel E. Yntema*, Leyden 1961, pp. 42 s.; istruttivo anche Folke SCHMIDT, *The Ratio Decidendi. A Comparative Study of a French, a German and an American Supreme Court Decision*, in: *Acta Univ. Upsal. Iurispr. Compar.*, VI (1965), pp. 1-38; da ultimo DAVID-GRASSMANN, *Die grossen Rechtssysteme d. Gegenwart*, 1966. Scettico nei confronti del concetto di gruppo giuridico SCHLESINGER, *Comparative Law*², 1959, pp. 190 s.

diritti dell'Uomo, della libertà e dell'uguaglianza dei cittadini o anche dei semplici abitanti dello Stato. La espressione a livello giuridico di queste concezioni è la Convenzione dei Diritti dell'Uomo, la cui continuata violazione o minaccia, anche quando insita nella natura stessa di uno Stato, non dovrebbe mai giustificare lo spregio cinico o ostentato del grande documento.

Nel quadro di questi principi fondamentali inoltre una più stretta affinità è riscontrabile, quanto alle basi storiche e metodologiche della scienza giuridica, della legislazione e della giurisprudenza, all'organizzazione giudiziaria ed alle istituzioni del diritto privato, penale e processuale, tra i diversi diritti dell'Europa continentale. Ad essi si contrappone il gruppo dei diritti anglosassoni i cui centri tradizionali sono, oltre all'Inghilterra, la maggior parte degli Stati Uniti d'America, il Canada e l'Australia. In un senso più vasto gli appartengono anche, non ostante le differenze nell'organizzazione giudiziaria e in parte gli influssi più forti del diritto romano o locale, la Scozia e l'Irlanda (Eire) come pure tuttora la maggior parte dei membri extra-europei del *Commonwealth* britannico. Del pari gli si avvicinano infine l'Unione Sudafricana e ancora attualmente Israele.

I. Questa cultura giuridica e giudiziaria anglosassone ⁽²⁴⁾ si differenzia fundamentalmente da quella continentale, non ostante

(24) Per uno sguardo introduttivo generale: W. M. GELDART, *Elements of English Law*, London 1924, e soprattutto KYRALFI, *The English Legal System*², Cambridge/Mass. 1963; molto chiaro R. RUBINSTEIN, *John Citizen and the Law*, West Drayton 1947 (Penguin Books A 169). Lavori tedeschi: H. O. DE BOOR, *Die Meth. d. engl. R. u. d. dtsh. Rechtsref.*, 1934; KOSCHAKER, *L'Europa cit.*, (indice analitico); RADBRUCH, *The Anglo-American Jurisprudence through Continental Eyes*, in: *Law Quarterly Rev.*, LII (1936), pp. 930 ss.; ID., *Lo spirito del diritto inglese*, trad. it., Milano 1962; ESSER, *Grundsatz u. Norm*, spec. pp. 141 ss., 267 ss. Sull'insegnamento del diritto in Inghilterra: *Die Ausbildung d. dtsh. Juristen* ed. da HUSSERL, KUNKEL ed altri, 1960, pp. 12 ss. Inoltre sul rapporto del diritto anglosassone con quello continentale: FRIEDMANN, *English and Continental Jurisprudence*, in: *Canadian BarRev.*, XX (1942), pp. 178 ss.; MEIJERS, *Case Law and Codified System*, in: *Journ. Comp. Leg. and Int. Law*, III⁸ (1951), pp. 8 ss.; RABEL, *Dtsch. u. amerikan. R.*, in: *RabelsZ.*, XVI (1951), pp. 340 s.; Imre ZAJTAY, *Begriff, Syst. u. Präjudiz in d. kontin. Rechten u. in Common Law*, in: *AcP.*, CLXV (1965), pp. 97 ss.

i punti di contatto in tema di principi sociali, culturali e morali, innanzi tutto per la mancanza di alcuni fattori essenziali che hanno contribuito a dare una forma comune a tutti i diritti del continente europeo: la persistente recezione del *Corpus Juris*, l'affermarsi del concetto assolutistico di sovranità e quindi del monopolio della produzione giuridica da parte degli organi legislativi, infine l'idea giusrazionalistica di sistema ed i concetti giuridici generali con quella connessi. In breve, si può dire che ad essa sia rimasta estranea quella razionalizzazione del diritto portata invece sul Continente alla vittoria dalla scienza romanistica in concomitanza con l'avvento dello Stato assoluto. Le convergenze positive, al contrario, si fondano su caratteri che si lasciano ricondurre ad una tradizione ininterrotta dai tempi della conquista normanna: l'avvicinamento della sfera giudiziaria al diritto pubblico, il controllo di funzioni pubbliche da parte di tribunali ordinari, soprattutto nello Stato « di giustizia » nord-americano, la tutela delle antiche libertà e diritti di impronta particolaristica consolidatisi nella lotta contro l'assolutismo dei Tudors e degli Stuarts; il conseguente mantenimento, non solo in materia penale, di una giurisdizione a mezzo di giurati; infine la preminenza di un diritto giurisprudenziale fondato sul precedente, in cui si rispecchia la concezione medievale secondo cui il diritto non sarebbe altro che l'« usitato », nella ricognizione fattane dal giudice. Il principio morale operante nella cultura giuridica anglosassone non è l'etica razionale del Giusrazionalismo secolarizzato bensì il contratto sociale giusnaturalistico e le antiche libertà della comunità giuridica; non il *pathos* sociale dello Stato assistenziale assolutistico, bensì la giurisprudenza di foro interno (di origine ecclesiastica) del tribunale reale ⁽²⁵⁾. Al tradi-

⁽²⁵⁾ Cfr. MAITLAND, *Equity*, 1909; A. B. SCHWARZ, *Equity*, 1931, ora in: *Rechtsgesch. u. Gegenwart*, 1960, pp. 209 ss. (basi storiche; letteratura inglese generale p. 207, nt. 2); per il Medioevo v. anche LEFÈVRE, *Juges et savants in Europe*, in: *Ephemerides Iuris Canonici*, XXI (1965), pp. 102 ss.; 106. Essa deve la sua origine al riconoscimento della competenza della Chancery ad emettere in nome del re e con il procedimento dell'analogia nuovi « writs » (MAITLAND, p. 345) da quando, a partire dal XIV secolo e in seguito al crescente formalismo del Common Law, le parti *pro defecta iustitia* presero a rivolgersi al re « for the love of God and in the way of charity »; tali suppliche venivano poi inoltrate dal re

zionalismo della coscienza giuridica si aggiunge inoltre un forte irrazionalismo dei principi giuridici tradizionali, un rigoroso formalismo del procedimento giuridico e del sistema delle prove e un diritto penale materiale che, non ostante la giustamente lodata correttezza del procedimento e i notevoli sforzi per una esecuzione umana e socialmente orientata della pena, ha conservato più a lungo che non l'Europa occidentale caratteri antiquati e (dal punto di vista illuministico del vicino continente) inumani. In tutte queste particolarità, che, non ostante le origini completamente diverse, fanno pensare in modo sorprendente alla giurisprudenza romana ⁽²⁶⁾, si esprime in guisa caratteristica lo stile di vita della società anglosassone, fondato non su idee e principi ma sulla tradizione, l'esperienza e una razionalità di tipo pratico. E viceversa il carattere nazionale dei popoli anglosassoni ha ricevuto più fortemente che altrove la sua impronta dal diritto. Ma anche se in conseguenza di ciò sarebbe legittimo pensare che un tale stile giuridico non possa essere trasmesso ad altri popoli senza una sorta di autoinganno, in realtà esso ha permeato talmente di sé la vita pubblica delle giovani nazioni extraeuropee del *Commonwealth* che queste non sembrano disposte oggi a sacrificare tanto facilmente il sistema giudiziario britannico. Questo vale particolarmente per il continente indiano; ma anche per lo Stato israeliano.

2. Il conoscitore del diritto anglosassone dovrebbe a questo punto porre in evidenza, all'interno del gruppo, soprattutto le notevoli differenze nello spirito del diritto inglese e in quello del diritto nordamericano ⁽²⁷⁾. Esse si fondano in parte sulla diversità

al Chancellor spirituale in qualità di « Keeper of the King's conscience » (SCHWARZ, p. 210, con ulteriori indicazioni).

⁽²⁶⁾ E cioè, con riguardo al carattere oligarchico di una giurisprudenza di *honoratiore*s, più alla giurisprudenza repubblicana che a quella dell'Impero (« classica »). Al di là dell'esatto e frequente rilievo di questa analogia vedi H. PETER, *Actio und Writ*, 1957.

⁽²⁷⁾ Sul rapporto tra diritto inglese e americano principalmente DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto* ¹³, Milano 1965, pp. 137 ss.; una considerazione personale di entrambe le sfere in FRIEDMANN, *Legal Theory* ², 1949, pp. 317-359; BODENHEIMER, *Präjudizienverwertung u. Gesetzesauslegung*, in: AcP, CLX (1961),

tra ideologia giuridica storica e giusnaturalistica ma prevalentemente nel rapporto naturalmente antitetico delle due nazioni anglosassoni nei confronti della tradizione. Per grandi linee si può affermare che per il diritto americano una consapevolezza giuridica ideologicamente e missionariamente impregnata di rivoluzionario ottimismo sia altrettanto caratteristica che il maggiore controllo e il progressivo sforzo di sviluppo della costituzione da parte della Giustizia, attuantesi invece in Inghilterra, fino a poco fa, tramite la disputa pacata, sotto l'influsso mediatore della corona, fra gruppi politici di una società basata sulla tradizione.

Le particolarità del diritto scozzese ⁽²⁸⁾ dovrebbero essere poste in risalto soltanto da un vero conoscitore della situazione. Esse sono il prodotto della precedente indipendenza del paese e delle strette relazioni della Chiesa presbiteriana scozzese con il Calvinismo dell'Europa occidentale, da cui derivò per secoli un orientamento degli studi di diritto prima verso la Francia e poi verso l'Olanda. Nel complesso si può constatare un influsso prevalente del diritto romano *Civil Law* e della dottrina del Diritto comune che forse corrispondono più al carattere scozzese, maggiormente interessato al metodo ed alle questioni di principio, che non a quello inglese. Il completo adattamento al diritto britannico è oggi forse soltanto una questione di tempo. Per motivi diversi il diritto romano, stavolta in forma della giurisprudenza olandese, ha mantenuto una forte posizione nell'Unione Sudafricana (*infra*, pp. 228 s.).

Lo Stato di Israele ⁽²⁹⁾ ha recepito all'atto della sua fondazione una parte essenziale dell'organizzazione giudiziaria e del proce-

pp. 1 ss.; WENGLER, *Festschr. Rabel*, I, 1954, pp. 39 ss.; cfr. anche *supra*, pp. 423 s.

⁽²⁸⁾ Sul diritto scozzese: SKIN, *Legal Thought in Eighteenth-Century-Scotland*, *The Juridical Rev.*, Edinburgh 1957, pp. 1 ss.; STEIN, *StDoc*, XXIII (1957), pp. 149 ss.; *Id.*, *Jur. Review*, 1963, pp. 205 ss.; cfr. anche *supra*, I, p. 333 e nt. 29.

⁽²⁹⁾ Sul diritto israeliano (religioso): M. COHN, *Jüd. Recht*, in: *Jüd. Lexikon*, IV, 1930, pp. 1261-1275; ALT, *Die Urspr. d. israelit. Rechts*, in: *Ber. d. Sächs. Ak. Wiss.*, LXXXVI/1 (1934); G. KISCH, *Research in Medieval Legal History of the Jews*, *Proceedings of the American Academy for Jewish Research*, VI, New York 1934/5, pp. 245 ss.; Isaac HERZOG, *The Main Institutions of Jewish Law*, I/II, 1936/39; RABINOWITZ, *Studies in Legal History*, 1958. Di queste indicazioni e delle seguenti sono debitore al sig. M. KWALO di Ludwigshafen. Sul diritto laico: RABINOWITZ, *Jewish Law*, 1956; TEDESCHI, *Private Law and Legislation today*, *Scripta Hierosolym.*, V, Jerusalem 1958, pp. 9 ss.; Henry E. BAKER, *The Legal System of Israel*, Tel Aviv 1961; Y. FREUDENHEIM, *Die Staatsordnung Israels*, 1963, pp. 192-224; YADIN, *Reception and Rejection of English Law in*

dimento britannici mantenendoli fino ad oggi. Ciò vale in linea di massima anche per il Common Law. Nel frattempo si va facendo strada una propria attività di codificazione di carattere europeo. Il diritto matrimoniale, il diritto di famiglia e alcune altre materie fanno sorgere tuttavia il problema di un ordinamento giuridico moderno che continua a basarsi sulle fonti religiose del Vecchio Testamento, del Talmud e della tradizione rabbinica. L'ultima parola sul punto non è stata ancora detta.

3. Negli ultimi decenni, non solo nel Commonwealth ma anche in Inghilterra e negli Stati Uniti, si sono andati profilando notevoli cambiamenti in questo stile giuridico ⁽⁸⁰⁾. Il gruppo dei diritti anglosassoni, per via della crescente inclinazione alle codificazioni parziali (consolidations), alla raccolta della giurisprudenza in « restatements » ufficiali (USA) ed ad una certa limitazione del controllo giudiziario sulle funzioni pubbliche, si va sempre più accostando allo stile razionale e astratto del diritto continentale. Questo sviluppo si deve in Inghilterra al decrescere dell'influsso immediato della vecchia oligarchia sulla politica e all'affermarsi di valori e pianificazioni di tipo sociale e socialista che non potrebbero attuarsi senza il trapasso allo « Stato di legge » ⁽⁸¹⁾. Negli Stati Uniti opera inoltre nella stessa direzione un razionalismo pianificatore rimasto invece sempre estraneo alla madre-patria. Negli Stati extraeuropei del *Commonwealth* è poi lecito attendersi sviluppi, difficilmente prevedibili in dettaglio, conducenti comunque al di fuori del tradizionale stile giuridico anglosassone. E tuttavia sarebbe ingiusto non riconoscere a questa cultura giuridica dal carattere spiccato — le cui particolarità sembrano a prima vista renderne difficile la recezione da parte di altri popoli — una parte decisiva nello sviluppo mondiale del diritto privato ⁽⁸²⁾.

Israel, in: *Int. and comp. Law Qu.*, XI (1962), pp. 59 ss.; cfr. anche SCHNITZER, *VglRLehre* ², Basel 1961, pp. 391 ss.

⁽⁸⁰⁾ In generale sulle tendenze pianificatrici e codificatorie, FRIEDMANN, *Legal Theorie*, cit. (nt. 27), pp. 315, 348; ALLEN, *Law and Orders* ², 1965, pp. 41 s.

⁽⁸¹⁾ LEIBHOLZ, *Staat u. Gesellschaft in England*, 1949, ora in: *Strukturprobleme d. Demokratie*, Karlsruhe 1958, pp. 206 ss.

⁽⁸²⁾ Sulla questione già nel 1937 la raccolta di scritti su *The Future of Common Law*; v. anche WIGMORE, *L'avenir du système juridique anglo-américain*, in: *Recueil d'Études en l'honneur d'E. Lambert*, II, pp. 104 ss.

III. Raffrontati a quelli anglosassoni, gli ordinamenti giuridici del continente europeo presentano tra loro affinità che riposano su analoghe condizioni di sviluppo e su uno scambio continuo in fatto di metodo e di idee politiche⁽⁸³⁾. Tutti quanti si fondano sulla « scientificizzazione » del diritto conseguente alla riscoperta del *Corpus Juris* da parte della giurisprudenza medievale ed alla sua costruzione ad opera della scienza del Diritto comune più antica, sulla teoria e sulla sistematica del Giusnaturalismo laico, e sulla umanizzazione e razionalizzazione dell'amministrazione della giustizia introdotte dall'Illuminismo mitteleuropeo e dalla Rivoluzione francese; comune a tutti è pure la realizzazione dell'ideale dello Stato di diritto in forma di uno Stato di legge fondato sulla divisione dei poteri. Come conquiste moderne di una tale cultura giuridica possono considerarsi: la rinnovata integrazione del diritto nella società, mediante codificazioni liberali sul modello francese, e l'ammodernamento concettuale e sistematico del Diritto comune ad opera della Pandettistica. In questo sforzo va ascritta a merito dello spirito francese la garanzia della libertà ed uguaglianza dei cittadini; di quello tedesco invece l'opera di ordinamento tecnico e teorico del diritto. Per il suo carattere astratto e di principio questo stile di far diritto si è lasciato trapiantare anche a popoli extraeuropei; ma per gli stessi motivi ha anche improntato meno profondamente che non l'anglosassone la vita pubblica e la morale pratica.

All'interno del gruppo continentale si distinguono, per i caratteristici tipi di codificazione, la famiglia romana e quella mitteleuropea.

1. La famiglia romana, in senso lato francese, si è sviluppata dalla diffusione o dall'esempio dei grandi codici napoleonici⁽⁸⁴⁾; essa è oggi, se si eccettuano i gruppi anglosassone e russo, la più estesa del mondo. Il suo attuale raggio d'influenza comprende quasi tutti i paesi romanzi d'Europa (ad esclusione della Svizzera italiana) e dell'America latina (con qualche riserva, soprattutto per il Brasile e il Perù), come pure quasi tutti i territori del

⁽⁸³⁾ Cfr. *supra*, nt. 23 (RABEL, ZWEIGERT, F. SCHMIDT).

⁽⁸⁴⁾ Cfr. *supra*, nt. 23 e I, pp. 528 ss.; II, p. 201.

trascorso impero coloniale francese in Africa ed Asia orientale ⁽³⁵⁾. Il suo influsso si estende inoltre in Europa all'attuale Benelux (Belgio, Olanda e Lussemburgo) e a settori dell'Europa sudorientale (Romania), nel Nordamerica a parti degli antichi territori di colonizzazione francese fino agli inizi del XIX secolo (Louisiana, le province canadesi di Quebec e Montreal), nell'Oriente mediterraneo ai paesi con forte influsso culturale francese (Egitto, Siria e Libano).

Caratteristici di questa famiglia giuridica ⁽³⁶⁾ sono innanzi tutto la recezione o l'influsso della codificazione napoleonica — la quale ultima riposava a sua volta sulla elaborazione sistematica del Diritto comune e dei « *Coutumes* » così come sui primi ideali liberali del diritto penale, processuale e commerciale ⁽³⁷⁾ — e in secondo luogo una cultura giudiziaria essenzialmente politico-forense. Il suo stile viene improntato dal fatto che l'avvocato che riesca a profilarsi pubblicamente tramite la sua oratoria forense entra a far parte dell'élite politica e controlla quindi la vita pubblica ⁽³⁸⁾; inoltre l'Avvocatura dello Stato è in misura maggiore che nell'Europa centrale organo politico del governo e l'alta Magistratura presenta un più compatto spirito di corpo burocratico che non nel resto del continente. Per motivi diversi da quelli del mondo anglosassone, la Giustizia si rivela dunque un potente fattore di integrazione politica e pubblica: è proprio l'astrazione dell'ordinamento giuridico ad essere sentita come una garanzia delle libertà civili. Alla scienza giuridica rimane, rispetto ad Av-

⁽³⁵⁾ Vedi la cronaca congressuale: *Le code civil et son influence dans le bassin méditerranéen, l'Orient et l'Extrême Orient*, in: Rev. Int. Dr. Comp., II (1950), pp. 771 s.; v. anche le relazioni, *loc. cit.*, VI (1954), pp. 633-680; CHARNAY, *Le rôle du juge français dans l'élaboration du dr. musulman algérien*, *loc. cit.*, XV (1963), pp. 705 ss.; DAVID, *La refonte du code civil dans les Etats africaines*, in: *Annales afric.*, 1962, pp. 160 ss.

⁽³⁶⁾ Per una generale caratterizzazione della famiglia giuridica francese vedi, oltre alle esposizioni di storia del diritto francese, spec. ARMINJON-NOLDE-WOLFF, *Traité du droit comparé*, I, Paris 1950, pp. 1 ss. utile anche SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociaux du droit civil d'aujourd'hui*, I/III, Paris 1952/9; VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris 1960.

⁽³⁷⁾ V. *supra*, I, pp. 519, 522; II, p. 172 e *passim*.

⁽³⁸⁾ A questo si aggiunge nei paesi spagnoli, soprattutto nella stessa Spagna, un particolare prestigio dei notai e delle loro organizzazioni professionali.

vocatura e Magistratura, un influsso più modesto di quello esercitato dalla Pandettistica tedesca all'epoca del suo splendore. Parallelamente gli svantaggi del Razionalismo tipico del Continente si fanno sentire meno in un dottrinarismo scientifico che non nell'autocosciente formalismo e nell'astratto legalismo. Tutti questi caratteri assicurano oggi nel bene e nel male al giurista romano, particolarmente al francese, una particolare forza di penetrazione negli organi internazionali.

Va da sé che in un panorama molto generico come il presente si è costretti a trascurare la grande molteplicità di manifestazioni constatabili nell'enorme raggio d'azione di questa famiglia giuridica. Così nel piccolo settore nordamericano predomina naturalmente la forza d'attrazione dello stile anglosassone; in Olanda invece il carattere del paese e il temperamento nazionale portano ad uno stile tutto particolare. E nei paesi dell'Oriente mediterraneo l'originario potere politico dei giuristi ha assunto un significato politico e sociale diverso che non nell'Europa occidentale.

Questo vale in modo particolare per l'Italia, che oggi si trova in una singolare situazione di mezzo ⁽³⁹⁾. La patria della giurisprudenza romana, da cui, a partire dal Medioevo, così incommensurabili impulsi erano derivati a Francia e Germania, aderì strettamente nel XIX secolo alla famiglia giuridica francese, in conseguenza del fatto che l'integrazione democratica e l'unità nazionale si erano attuate sotto il segno della Rivoluzione francese e della sua eredità spirituale. Così, sia il Codice civile del 1865 che i codici penale e processuale dell'Italia unita nacquero sotto l'influsso immediato della codificazione napoleonica, anche se l'antico genio giuridico del paese seppe dar loro un profilo particolare tenuto in attenta considerazione nella stessa Francia.

Con il rinascere della scienza del diritto, la teoria giuridica italiana prese a volgersi sempre più verso il mondo concettuale della Pandettistica ⁽⁴⁰⁾. In tempi più recenti poi la politica del diritto si è data a perseguire quella moderna problematica sociale per cui lo spirito maggiormente conservatore della legislazione

⁽³⁹⁾ Vedi ad es. PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica*, Milano 1951, pp. 133 ss.; A. LUTHER, *Einf. in d. italien. Recht*, Darmstadt 1967.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. *supra*, I, pp. 529 s.; II, p. 201.

francese non poteva offrire alcun modello. Già il progetto unitario italo-francese del 1931 per un Diritto delle obbligazioni aveva utilizzato spunti tratti da altre famiglie giuridiche. Il Codice civile del 1942 (*supra*, I, p. 530) e la riforma del processo civile mostrano — in ciò indipendentemente dagli influssi attuali del loro tempo — una forte autonomia rispetto al tipo francese tradizionale; essi si avvicinano piuttosto in molti punti alla famiglia giuridica mitteleuropea, in particolare allo ZGB svizzero. Anche se quindi, considerata nel suo complesso, l'Italia va ascritta alla famiglia romanza, la particolare posizione mediatrice del diritto italiano promette per il futuro, specie nel caso di una unificazione del diritto europeo, l'esercizio di un notevole influsso ⁽⁴¹⁾.

2. Come famiglia giuridica mitteleuropea si lascia definire quel settore in cui sono vigenti o hanno acquistato influsso decisivo codificazioni tedesche o di lingua tedesca. Ad essa appartenevano nel XIX secolo il campo di vigenza del Diritto comune tedesco in Germania, l'ALR, l'ABGB austriaco e ancora all'ultimo momento il codice sassone del 1865; attualmente di tutte queste codificazioni è rimasto in vigore soltanto il codice austriaco, anche, almeno in residui, al di là dei confini dell'ambito di lingua tedesca ⁽⁴²⁾. Altrimenti l'ampia diffusione di questa famiglia, iniziata con il crescere della Pandettistica e con il conseguente primo progetto di codificazione, la « bozza di Dresda », riposa sul BGB ⁽⁴³⁾ e sulle leggi giudiziarie con esso collegate; in misura ancora maggiore però forse sullo ZGB svizzero ⁽⁴⁴⁾.

L'ulteriore influsso di questa famiglia giuridica oltre l'ambito linguistico tedesco è in genere più indeterminato e meno complesso che non per il diritto anglosassone o francese. Una autentica recezione si è verificata per il BGB soltanto in Giappone e in certo senso nel Siam, per lo ZGB in Turchia. Fino alla seconda guerra mondiale se ne ebbero inoltre forti riflessi in Ungheria (progetto del 1928), negli Stati

⁽⁴¹⁾ Su cui SIEGERT, *Grundlinien d. Ref. d. Zivilprozessrechts im Nachkriegs-europa*, 1952; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I⁵, Milano 1955, pp. 106 ss. (con ulteriori indicazioni).

⁽⁴²⁾ Cfr. *supra*, I, pp. 517 s.

⁽⁴³⁾ pp. 201 ss.

⁽⁴⁴⁾ pp. 216 s.

nati dalla dissoluzione dell'impero austriaco (inclusa la Jugoslavia: progetti degli anni Venti), in Polonia (Diritto delle obbligazioni del 1933) e in Grecia; e ancora negli Stati del Baltico e nell'America centrale e meridionale; un po' di meno ad es. in Libano (1933). Quasi tutte poi le codificazioni — o i progetti di codificazione — fuori dal mondo anglosassone si sono ricollegate, accanto ai codici romanzi, anche al BGB e allo ZGB.

Il contenuto di questi ordinamenti giuridici è notevolmente condizionato dal Diritto comune, nella elaborazione scientifica offertane dalla Pandettistica, e in Austria dalla forte presenza dell'*Usus modernus*; a ciò si aggiunge una propria tradizione commercialista e molteplici influssi del diritto privato tedesco in genere. Lo spirito di questa famiglia giuridica è caratterizzato da una sistematica rigorosa, dall'avanzato grado di perfezione dell'apparato concettuale e dalla precisione tecnica nella cura del dettaglio. Laddove predomina l'influsso del BGB ⁽⁴⁵⁾, questi caratteri si accentuano fino a trasformarsi a volte in dottrinarismo astratto e, in mancanza della necessaria qualità o in casi di insufficiente valutazione della portata dei compiti da risolvere, addirittura in miope e vuoto perfezionismo. Per il pro e il contro di queste qualità sono tipici ad es. il diritto ipotecario e il sistema tavolare dei libri fondiari.

Comunque questo tipo giuridico è riuscito a produrre soltanto in misura minore che non le altre due famiglie giuridiche, almeno in Germania, una cultura giudiziaria propriamente politica, capace di improntare di sé la vita pubblica. Il giurista tedesco concepisce infatti sé stesso come apolitico e su questa concezione fonda addirittura la sua etica professionale. Questo atteggiamento si basa sostanzialmente su quel *pathos* della neutralità che il Positivismo giuridico ha sviluppato in Germania. Nella vita d'ogni giorno questo modo di vedere le cose rafforza la fiducia della co-

⁽⁴⁵⁾ Interessanti le equilibrate impressioni di un osservatore svedese: Folke SCHMIDT, *The German Abstract Approach of Law* ecc., in: *Scandinavian Studies in Law*, Göteborg/Stockholm/Uppsala 1965, pp. 133 ss. Giurisprudenza e codici austriaci e svizzeri tendono invece, per motivi storici e di psicologia nazionale, a dare la preferenza alla chiarezza e alla ragione pratica delle disposizioni normative anziché alla loro incondizionata strutturazione logica e concettuale; v. in questo senso H. FRITZSCHE, *Wie man in der Schweiz Recht spricht*, Zürich 1948.

munità giuridica nella obiettività dell'amministrazione della giustizia; la figura distorta del giudice politicizzato, del Pubblico ministero o dell'avvocato che soddisfano con la loro professione le proprie ambizioni politiche o si costruiscono una posizione di potere è particolarmente rara. Il rovescio di questa situazione di ascesi è che il ceto dei giuristi nel suo complesso, e in particolare la Magistratura e l'Avvocatura, non riescono a concepirsi come un potere pubblico autonomo ⁽⁴⁶⁾. Ciò indebolisce la loro autocoscienza politica nei confronti di altri poteri pubblici ostili al diritto e le rende forse più vulnerabili nei confronti di ingerenze di gruppi di potere non statali (« *pressure groups* ») che non nei paesi di diritto anglosassone. Un altro pericolo è costituito inoltre dal fatto che il giurista, in mancanza di una propria coscienza pubblica, tende spesso ad identificarsi troppo con i poteri d'ordine pubblico dello Stato. Bisogna avvertire tuttavia che anche questo rapido schizzo, ricalcato nelle sue linee fondamentali sulla situazione tedesca, non può aspirare ad una validità generale; già per la Svizzera ad es. non coglierebbe più nel segno.

Nel complesso questa famiglia giuridica rappresenta quei lati teorici e tecnici e quella concretezza del modo di pensare « tedesco » (nel senso più vasto del termine) che in genere hanno incontrato nel mondo più seguaci che non le manifestazioni politiche o letterarie del nostro spirito nazionale.

3. Di particolare interesse per lo storico del diritto privato sono gli ultimi residui della diretta vigenza del *jus commune* romano. Ridotti in Europa ad un ristretto settore dopo l'emanazione del BGB, essi sono completamente scomparsi con la promulgazione dei codici civili degli antichi Stati baltici ⁽⁴⁷⁾ e da ultimo del Codice civile greco del 1946 ⁽⁴⁸⁾. Oggi il diritto romano vige ormai soltanto nell'Unione

⁽⁴⁶⁾ Accenni a questi problemi in WIEACKER, *250 Jahre Celler Obergericht*, in: *Göttinger Universitätsreden*, XXXVI (1963), pp. 22 ss.

⁽⁴⁷⁾ LANDSBERG, *Gesch.*, cit., III.2, pp. 559 ss.; BLAESE, *Bedeutung u. Gelt. d. röm. PrR. in den balt. Gebieten*, Leipzig 1935; LAWRAJEW, *Rvgl. Hwtb.*, I, pp. 110 ss. Sul codice civile lettone del 1936: VON SCHILLING, *RabelsZ*, XI (1937), pp. 484 ss.

⁽⁴⁸⁾ Ciò è vero naturalmente con alcune eccezioni. Così per es. in Germania hanno ancora vigore certe riserve di diritto privato regionale nei territori anticamente soggetti al Diritto comune (diritti di vicinato: cfr. *supra*, I, p. 7 nt. 8);

Sudafricana e cioè nella Terra del Capo, il cui distacco dalla madrepatria olandese risale al 1806 cioè a prima dell'introduzione del Codice civile in Olanda (lo stesso motivo vale singolarmente anche per Ceylon), negli Stati dei Boeri e nell'Africa sudoccidentale (a partire dall'amministrazione mandataria del 1919). Visto che nei Paesi Bassi il Diritto comune era vigente nella forma dell'autorità dei giuristi eleganti olandesi, la relativa tradizione costituisce anche la base di quello che oggi si è soliti denominare *Roman-Dutch Law* (49). Il dominio e la colonizzazione britannici (dal 1806 nella Terra del Capo, dal 1902 nelle repubbliche boere) hanno dato luogo ad una singolare fusione del Diritto comune privato e del *Common Law* che trova forse soltanto un parallelo nel diritto scozzese e che offre allo sguardo dello storico del diritto un processo di recezione dei nostri giorni (nel caso specifico la recezione di un diritto non romano da parte di un ordinamento giuridico romanistico): anche qui, come un tempo, la recezione si è attuata non tramite un atto legislativo, bensì per la forza di penetrazione di un certo modo di essere giurista (nella circostanza quello anglosassone) (50).

IV. Al gruppo giuridico continentale appartengono infine le famiglie scandinava e russa.

1. Della famiglia giuridica scandinava fanno parte gli ordinamenti giuridici dei cinque Stati nordici Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia (51) (legati oggi in forma molto blanda

in alcune regioni spagnole (Navarra ed Aragona) il diritto romano ha vigore sussidiario accanto al Codice civile.

(49) Vedi LEE, *An Introduction to Roman Dutch Law* 5, Oxford 1953; SCHOLTENS, in: HAHLO-KAHN, *The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution*, 1960, pp. 1 ss. (*The Growth of South African Law*); della letteratura tedesca ricordiamo KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., pp. 120 s. ed ora approfonditamente KASER, ZSS, RA, LXXXI (1964), pp. 1 ss. (con ulteriori indicazioni nell'apparato critico e *passim*: per Ceylon e la Guayana britannica, p. 4 e nt. 10; per la Rhodesia del sud, l'Africa sudoccidentale, ecc., p. 10 e nt. 38 s.); da ultimo DANNENBRING, ZRVgl, VI (1965), pp. 56 ss.

(50) Sulla questione SCHOLTENS, cit. (nt. 49).

(51) In generale: ARMINJON-NOLDE-WOLFF, *Traité*, cit. (nt. 36), III, pp. 438-489; SCHNITZER, I, pp. 244 ss.; JØRGENSEN, *Traek af Privatrettens Udvikling og Systematik*, Aarhus 1966, pp. 21 ss. Progettazione di un codice unitario: VINDING KRUSE, *A Nordic Draft Code*, Copenhagen 1963 (inoltre RabelsZ, XXIX (1965), pp. 419 ss.); e ancora: ID., *Danish and Norwegian Law. A General Survey*, Copenhagen 1963; ID., *Einführung in d. schwed. Rechtsleben. Vorlesungen an der Universität Lund*, Hamburg 1950. Un rapido sguardo alla recente legislazione privatistica della

in una comunità internazionale). Alla elevata cultura giuridica pre-scientifica di questi paesi già nel periodo dell'antichità germanica si sono sovrapposti, più tardi che nell'Europa centrale e senza conseguenze per la sopravvivenza di molte istituzioni, elementi indotti dall'influsso dell'Ansa, dall'affermarsi dell'Assolutismo europeo e della sua struttura burocratica, ma soprattutto dagli ideali dell'Illuminismo e della scienza giuridica del XIX secolo. Tali impulsi hanno lasciato nello sviluppo di questi ordinamenti numerose tracce del diritto dell'Europa centrale ed occidentale. E tuttavia, in sembianza di un forte senso del diritto e della propria indipendenza, specialmente nelle regioni agricole, è sopravvissuto un elemento capace di distinguere nettamente fino ad oggi la coscienza giuridica e la posizione della giurisdizione in Scandinavia dallo stile continentale e contemporaneamente di tenere a freno le istanze codificatrici. Per converso, a causa del minore influsso della teoria scientifica, si assiste ad una maggiore disponibilità che non nel continente agli adattamenti ai moderni problemi etici e sociali; il che riserva ad alcuni di questi paesi una posizione particolarmente progressista, non soltanto nella legislazione sociale ma anche nel diritto matrimoniale, nell'assistenza giudiziaria minorile, nel diritto e nell'esecuzione penale. Nel diritto privato i paesi scandinavi si avvicinano maggiormente al gruppo giuridico continentale che non a quello anglosassone, senza perdere tuttavia la propria autonomia sia rispetto alla famiglia romanza che a quella mitteleuropea.

2. Alla famiglia giuridica russa o dell'Europa orientale vanno annoverate le Repubbliche europee dell'Unione Sovietica. La loro zona d'influenza immediata comprende i popoli asiatici dell'Unione; mediatamente inoltre l'ordinamento giuridico socialista dell'Unione sovietica esercita naturalmente un forte influsso sugli altri paesi del blocco orientale, inclusa la Germania dell'est. L'esposizione della storia del diritto privato russo richiederebbe uno spazio non meno ampio di quello fin qui occupato da que-

Danimarca: MARCUS, *RabelsZ*, XX (1955), p. 504 e XXVI (1961), p. 51; della Norvegia: GAARDER, *RabelsZ*, XXVIII (1964), pp. 447 ss.; della Svezia: FISCHLER, *RabelsZ*, XVII (1952), p. 73 e XXVIII (1964), p. 113.

st'opera per l'intero arco della sua trattazione ⁽⁵⁸⁾. Per l'osservatore distanziato, a seguito della istituzione in questo Stato mondiale di un ordinamento giuridico socialista, può nascere la legittima impressione di un distacco dagli altri ordinamenti occidentali che certo svolge un ruolo di primo piano per ciò che riguarda il futuro del diritto privato. Tutto ciò non deve tuttavia trarre in inganno sul fatto che, nonostante i contrasti ideologici, il diritto dell'Europa orientale nella tecnica della costruzione giudiziaria, del procedimento e della legislazione si avvicina alle altre famiglie del gruppo continentale più che a qualsiasi altra.

La tradizione giuridica prescientifica dei popoli slavi orientali della Russia si fondava sull'antico corpo del diritto panslavo, su cui aveva operato il suo influsso agli inizi della storia russa il diritto scandinavo orientale e, nel Medioevo, il diritto bizantino oltre che, nei soli territori di confine occidentali e in misura molto minore, il diritto cittadino anseatico (l'antica Nowgorod) e magdeburghese (Ucraina occidentale). Dopo le riforme di Pietro il Grande questo complesso tradizionale di diritto venne razionalizzato, nel senso dell'Illuminismo europeo occidentale a livello di concezione autoritaria dello Stato, e in parte codificato. Questi sforzi dell'Assolutismo illuminato proseguirono anche nel secolo XIX. Con essi divennero avvertibili in Russia, con una singolare sovrapposizione temporale, influssi del *Code civil*, della Scuola storica del diritto e del Liberalismo dell'Europa occidentale e centrale. Nell'insieme, fino alla fine del secolo scorso, nella Russia zarista avevano trovato completa affermazione le tendenze, insite nello sviluppo europeo, verso la razionalizzazione statale del diritto e (meno che nella giustizia politica) i principi dello Stato di diritto.

(58) Cfr. M. V. TIKHOMIROV, *Sources for the History of the USSR*, Mosca 1940 (in russo); Lothar SCHULZ, *Rechtsgesch. d. russ. Volkes von d. Anfängen bis z. Gegenwart*³, 1951. Sugli influssi del Giusnaturalismo e del Giusrazionalismo sulla Russia zarista cfr. ad es. THIEME, *Naturv. u. europ. Privatrechtsgesch.*³, 1954, pp. 28 ss. (cfr. *supra*, I, p. 423); sugli influssi del diritto romano fino al codice apprestato nel 1832 dal conte Speransky vedi KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., pp. 229 s.; per i riflessi dell'opera di Savigny e Jhering p. 229; notizie sul ruolo del diritto romano nella formazione giuridica del tempo (1947) pp. 230 s.; cfr. inoltre LEONHARDT, *Stimmen des Auslandes über d. Zukunft der Rwiss.*, 1906, pp. 72 ss. Sulla Polonia e l'Ungheria come repubbliche popolari cfr. già *supra*, pp. 199 s. e ntt. 43 e 45.

Anche se la Duma del 1905 aveva posto mano ad una riforma liberale complessiva della Giustizia, con la Rivoluzione di ottobre si attuò un rivolgimento di importanza ideale simile e forse di portata esterna ancor maggiore che non a suo tempo con la Rivoluzione francese. La conseguenza esterna di questo rivolgimento fu una codificazione rivoluzionaria, il Codice civile dell'Unione sovietica del 1922 ⁽⁵³⁾; ponendo infatti a base della propria concezione del diritto la dottrina sociale e la teoria della legge materialistica della storia essa cambiò radicalmente concetto e fondamento del diritto privato. Il nucleo di questo nuovo orientamento è costituito dalla concezione che l'esercizio di diritti privati rappresenta una funzione sociale. In questo senso già il § 1 del Codice civile dell'Unione sovietica del 1923 fa dipendere l'esercizio dei diritti dalla circostanza che esso non si trovi in contrasto con la loro destinazione sociale ed economica ⁽⁵⁴⁾. Altrimenti la limita-

⁽⁵³⁾ Più esattamente i codici civili delle varie repubbliche dell'Unione, concordanti nei loro elementi essenziali; rappresentativo quello della Grande Russia (SFR): tr. ted. in HEINSHEIMER, *Zivilges. d. Ggw.* VI, 1927, su cui FREUND, *RVglHdWB*, I, pp. 215 ss.; ID., *Das Zivilrecht Sowjetruslands*, 1924. Da allora sul diritto privato sovietico: GENKIN-BRATUS, *Sowjet. Zivilrecht*, I/II, Berlin (orient.) 1953; DAVID-HAZARD, *Le droit soviétique*, I/III, 1954; HAZARD-SHAPIRO, *The Soviet Legal System*, I/III, New York 1962. Sulla situazione nell'Europa centrale KORKISCH, *Das Privatrecht Ost-Mitteleuropas in rechtsvergleichender Sicht*, *RabelsZ*, XXIII (1958), pp. 210 ss. Dopo la modificazione costituzionale del 1957 autorizzante l'Unione ad emanare una legislazione di quadro nel settore del diritto civile, furono fissate nel 1961 le «Linee fondamentali per una legislazione civilistica nell'URSS e nelle singole repubbliche dell'Unione» (tr. ted. in: *Schriftenreihe d. [West-]Berliner Institut für Ostrecht*, 1962); dopo di che nel 1964 e 1965 furono promulgati nelle repubbliche dell'Unione nuovi codici civili (tr. ted.: BANK, *Zivilgesetzbuch der RSFR*, Berlin [occ.] 1965), su cui da una parte ROMASCHKIN, *Über d. neue Kodifikation d. Gesetzgebung in der UdSSR*, in: *Staat u. Recht*, Berlin (or.) 1963, pp. 1493 ss.; dall'altra SCHRÖDER, *Das neue Bürgerl. Gesetzbuch der Russischen Sowjetrepublik*, in: *Recht in Ost u. West*, IX (1965), pp. 1 ss. Il «Codice delle leggi sul matrimonio, la famiglia e la tutela» delle Repubbliche socialiste del 1927 è tuttora valido: cfr. A. BILINSKY, *Das sowjet. Eherecht*, Herrenalb 1961.

⁽⁵⁴⁾ Sul collegamento formale con l'art. 2 dello ZGB svizzero (abuso del diritto) vedi A. B. SCHWARZ, *Das Schw. ZGB*, cit. (nt. 8), pp. 36 s. e da ultimo GMÜR, *Das Schw. ZGB*, cit. (nt. 3), p. 56. Cfr. in generale anche SCHLESINGER, *Soviet Legal Theorie*, New York 1945; KELSEN, *The Communist Theorie of Law*,

zione in via di principio della collettivizzazione della proprietà agli strumenti della produzione lascia sussistere la possibilità di diritti patrimoniali privati e della loro trasmissione tra vivi e a causa di morte; i limiti e la misura di questo riconoscimento hanno oscillato fino ai tempi più recenti ⁽⁵⁵⁾.

Tenuto conto di queste differenti premesse, la veste tecnica della legislazione privatistica si avvicina sorprendentemente a quella delle codificazioni dell'Europa occidentale e centrale. Così come l'ordinamento giuridico socialista dell'Unione sovietica ha assunto caratteri essenziali del tipo giuridico continentale, ad es. il principio della legalità, la struttura giudiziaria e il procedimento, dal 1936 anche (condizionati in senso socialista) i diritti inalienabili, altrettanto può dirsi della sua codificazione che si ricollega nettamente al modello mitteleuropeo. Il Codice civile del 1923 dal punto di vista tecnico si rifà ad es. al BGB per la Parte generale ⁽⁵⁶⁾ e allo ZGB svizzero per le disposizioni relative all'abuso del diritto; ovviamente in entrambi i casi l'etica liberale dello Stato di diritto borghese viene sostituita da una morale proletaria naturalisticamente fondata. In maniera molto evidente si dimostra qui la facile convertibilità del Positivismo legislativo in un ordinamento giuridico naturalistico. In realtà, considerate in una prospettiva di storia delle idee, le codificazioni socialiste non fanno che condurre alle estreme conseguenze la linea di sviluppo razionalistica e secolaristica delle concezioni giuridiche europee a partire dall'Illuminismo e particolarmente dal Naturalismo del secolo XIX. La costante relativizzazione dei diritti soggettivi in conseguenza di cambiamenti nella loro destinazione economica si rivela sfavorevole per la formazione di un diritto privato autonomo; ed in effetti esso non trova posto nella concezione del diritto del Socialismo marxista.

London 1955; MEDER, *Grundlagen d. sowjet. Staats- u. Rechtstheorie*, Karlsruhe 1963.

⁽⁵⁵⁾ Sulla questione DROBNIG, *Jb. f. Sozialwiss.*, II (1951), pp. 157 ss. ID., *Das Eigentum im Ostblock*, in: *Stud. d. Instituts f. Ostrecht in München*, Berlin 1958; THOMSON, *Das persönl. Eigentum im Sowjetrecht*, 1959; approfonditamente ora JAKOBS, *Eigentumsbegriff u. Eigentumssystem d. sowjet. Rechts*, Köln-Graz 1965, e ID., *RabelsZ*, XXIX (1965), pp. 694 ss.

⁽⁵⁶⁾ A. B. SCHWARZ, *Das Schw. ZGB*, cit. (nt. 8), p. 27.

Il mutevole e differenziato sviluppo giuridico degli ultimi decenni non può essere tratteggiato in questo contesto ⁽⁵⁷⁾.

V. Il quadro convenzionale e storicamente fondato delle famiglie e dei gruppi giuridici europei offerto fin qui è ormai sul punto di dissolversi completamente in forza dei processi storici in atto, ben conosciuti da ogni contemporaneo. I fattori più potenti di questa tendenza alla dissoluzione possono essere individuati negli sforzi di unificazione a livello europeo del diritto privato, nei nuovi raggruppamenti degli ordinamenti giuridici secondo « blocchi » ideologici e nella fine del dominio coloniale in Asia e in Africa.

1. I tentativi di unificazione del diritto privato intrapresi in Europa da alcuni decenni hanno ricevuto nuovo impulso dalla creazione di numerose organizzazioni comunitarie europee sia tra i soli sei paesi del Mercato Comune, sia con l'inclusione dell'Inghilterra e della Scandinavia. Su scala maggiore sembra annunciarsi qui una ripetizione della storia delle codificazioni nazionali negli Stati federali mitteleuropei del XIX secolo. Le esperienze di allora hanno mostrato che l'esigenza di unificazione del diritto al di là di un semplice ambito locale si lascia maggiormente e più facilmente soddisfare nel campo del diritto dei traffici, cioè del diritto delle obbligazioni e di quello commerciale e dei titoli di credito. In questa direzione additano la precoce unificazione del diritto internazionale della cambiale a partire dal 1931, il vigore sovraregionale di disposizioni negoziali generali soprattutto in tema di diritto commerciale marittimo, ed oggi i lavori di preparazione per una legge internazionale sulla compravendita di merci ⁽⁵⁸⁾. Al contrario, sempre in base alle stesse esperienze, si dovrà attendere ancora parecchio per una unificazione del diritto familiare e della disciplina del regime patrimoniale della famiglia, del diritto immobiliare e del diritto ereditario.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. *supra*, nt. 55.

⁽⁵⁸⁾ Ovviamente agli inizi soltanto per la stipulazione di contratti in un ambito locale: Progetto di Roma per una legge unitaria sulla conclusione di contratti internazionali di compravendita di cose mobili (1958). Sullo stato attuale da ultimo CAEMMERER, *RebelsZ*, XXI (1965), pp. 101-145.

Quale modello assumeranno eventuali codificazioni parziali comunitarie dipenderà dalle contingenze delle costellazioni politiche, da circostanze attuali e dalla forza delle rappresentanze nazionali nelle varie commissioni. La formazione giuridica e logica dei giuristi francesi faciliterà forse l'affermazione del pensiero giuridico francese più che di quello anglosassone, il cui astratto inquadramento concettuale presenta maggiori difficoltà. L'importante è che l'unificazione continui ad offrire la possibilità del vaglio nel concorso delle diverse esperienze giuridiche nazionali, permettendo di volta in volta l'adozione delle migliori soluzioni. Se lo sviluppo politico generale lo consentirà, la conseguenza sarà probabilmente quella di un ulteriore avvicinamento tra le famiglie giuridiche romanza e mitteleuropea, in misura minore forse anche tra queste e quelle anglosassoni e scandinave.

2. Di gran lunga più difficili sono i problemi sollevati nel settore del diritto privato dalla frattura ideologica tra l'Europa dell'ovest e dell'est. Questo contrasto ha finito oggi coll'oscurare completamente le differenze tradizionali e storicamente fondate delle antiche famiglie giuridiche. L'esempio più doloroso è rappresentato per la Germania dalla crescente divaricazione non soltanto dello spirito degli ordinamenti ma anche delle leggi vigenti nei settori occidentale ed orientale ⁽⁵⁹⁾.

Mentre fino alla metà degli anni Cinquanta il diritto «vigente» in entrambe le parti della Germania almeno formalmente coincideva — con certe eccezioni —, la legislazione occidentale e orientale degli ultimi decenni invece ha spazzato via progressivamente anche gli ultimi residui di unità formale. La estraniamento ha raggiunto il suo apice da una parte con l'abrogazione il 1° aprile 1953 delle disposizioni osteggianti l'equiparazione dei due sessi e con la legge occidentale del 1957 sempre sull'equiparazione, dall'altra con l'applicazione

⁽⁵⁹⁾ Su quanto segue: DORNBERGER-KULM-KLUGE-POSCH, *Das Zivilrecht d. Deutschen Demokratischen Republik. Allgemeiner Teil*, Berlin (or.) 1955; e ancora la raccolta: *Die Lage des Rechts in Mitteleutschland, Freiburger Ringvorlesung* 1964, Karlsruhe 1965. In generale: Th. RAMM, *loc. cit.*, pp. 11 ss.; R. LANGE, *Rechtsidee und Rechtsideologie in West u. Ost, Verh. d. 42. Juristentages*, II, Tübingen 1958, pp. 1 ss. Un rapido, equilibrato sguardo d'insieme anche in GMÜR, *Das Schw. ZGB*, cit. (nt. 3), p. 13 nt. 8.

orientale del principio dell'equiparazione e con il nuovo diritto matrimoniale e di famiglia in progetto già dal 1965 ⁽⁶⁰⁾. In presenza di così profonde divergenze di vedute costituisce solo una magra consolazione che entrambi gli sviluppi abbiano in comune la tendenza alla piena eguaglianza della moglie nel campo del diritto privato e alla disciplina paritetica dei rapporti personali e patrimoniali dei coniugi.

Particolarmente decisive sono inoltre le modificazioni nella Germania orientale del diritto della proprietà, con inclusione del diritto immobiliare materiale e formale, sulla base di una nuova generale concezione della proprietà. Così ad es. la fondamentale intangibilità della « proprietà popolare » ⁽⁶¹⁾ e della « proprietà collettiva socialista » ne sottrae i relativi oggetti non soltanto al traffico di diritto privato ma anche all'acquisto di buona fede ⁽⁶²⁾. Inoltre con la « Legge sul sistema contrattuale nell'economia socialista » dell'11 dicembre 1951 si è limitata l'applicazione della disciplina borghese della compravendita ai soli rapporti « tra e con persone private » ⁽⁶³⁾. Di portata ancora più decisiva è però la tendenza di pratici e teorici del diritto della Germania orientale alla reinterpretazione di ogni disposizione sopravvissuta, non soltanto nel campo del diritto privato, sulla base del principio della « legalità socialista » ⁽⁶⁴⁾, cioè alla sostituzione dell'intero sistema di valori del diritto borghese con le concezioni sociali del Socialismo marxista-leninista. Anche a prescindere dalla particolare situazione tedesca, il campo di immediata influenza degli ordinamenti giuridici socialisti ha raggiunto, a parte il compatto modello giuridico russo, anche paesi appartenenti alla famiglia mitteleuropea (Ungheria,

⁽⁶⁰⁾ La maggiore età è stata già fissata al limite dei 18 anni con la legge del 22.5.1950. Sulle modificazioni del diritto di famiglia vedi BOSCHAN, *Europ. Familienrecht* ³, Berlin 1963, pp. 83 ss.; molto importante il collegamento del divorzio alla constatazione giudiziale che il matrimonio con riguardo alla vita familiare, ai figli e alla società, ha perduto la sua funzione. Il diritto all'eredità riconosciuto per legge al figlio naturale e ai suoi parenti in conformità all'art. 33 della costituzione della RDT del 1949 viene considerato nella prassi giudiziale, secondo SOERGEL-SIEBERT, V, Stuttgart 1961, nt. 59 dell'Introduzione e p. 1924 nt. 2, soltanto come disposizione programmatica. Cfr. da ultimo SIMITIS, *Die Entwicklung des Familienrechts*, in: *Die Lage d. Rechts in Mitteleuropa*, cit. (nt. 59), pp. 53 ss.

⁽⁶¹⁾ Sulla questione THIEME, in: *Die Lage d. Rechts in Mitteleuropa* cit., (nt. 59), pp. 39 ss.

⁽⁶²⁾ DORNBERGER, *Sachenrecht*, Berlin (or.) 1956, pp. 1 ss., 40 s.

⁽⁶³⁾ Sull'odierno diritto delle obbligazioni e sulla relativa dogmatica vedi WESKE, in *Die Lage ecc.*, cit. (nt. 59), pp. 13 ss. Da ultimo la legge sui contratti del 25.2.1965; su cui Th. RAISER, *JZ*, XXII (1967), pp. 338 ss.

⁽⁶⁴⁾ Vedi ora (da un punto di vista occidentale) E. HIRSCH, *JZ*, XVII (1962), pp. 149 ss.

Cecoslovacchia e Jugoslavia) e perfino a quella romanza (Romania). Se questo nuovo stato di cose potrà portare alla nascita di un modello giuridico socialista unitario, dipende naturalmente dallo sviluppo politico dei rapporti tra i « blocchi » e all'interno del blocco orientale.

Nell'apparentemente inarrestabile tendenza centrifuga si annunciano tuttavia anche fattori favorevoli alla conservazione dell'unità formale dello stile giuridico europeo. Essi vanno cercati innanzi tutto nella molteplicità delle tradizioni giuridiche autonome negli Stati dell'Europa centrale; ma ancor più nel fatto che gli elementi tecnici e razionali delle forme esterne degli ordinamenti giuridici negli Stati moderni si sono andati ovunque avvicinando. Né va trascurata la circostanza che a lungo andare nessun ordinamento giuridico dell'ovest o dell'est potrà nascondersi il problema della responsabilità positiva della società nei confronti del singolo; che cioè, a mio modesto avviso, ogni paese è destinato ad evolversi verso un ordinamento statale di tipo sociale. La questione fondamentale per i destini di uno sviluppo giuridico europeo unitario sarà piuttosto di vedere se dovunque riuscirà a farsi strada la convinzione che l'ordinamento debba essere quello dello Stato di diritto, cioè un ordinamento pronto a garantire i diritti propri del cittadino anche contro l'apparente interesse della società.

3. La fine del dominio coloniale europeo in Africa e in Asia pone il futuro mondiale del diritto privato di fronte alla più grande incertezza. Il tipo di ordinamento che riusciranno a darsi alla fine questi paesi extraeuropei dipende da imprevedibili condizioni di politica internazionale, sottraendosi così alla competenza dello storico del diritto. A questa incognita non può darsi una soluzione nemmeno per quei paesi di antica cultura dell'Asia e del Nordafrica i quali o hanno goduto nel passato di una propria differenziata tradizione giuridica o ne godono tuttora.

È il caso soprattutto qui della cultura giuridica dell'Asia orientale, basata sulla cinese ⁽⁶⁵⁾, e di quella indiana ⁽⁶⁶⁾ e islamica ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁵⁾ Sul diritto cinese preeuropeo cfr. il panorama in BETZ-LAUTENSCHLAGER, *Länderbericht China*, in: Rvgl. Hwb, I (1927), con ulteriori indicazioni: ad es. VON MOELLENDORFF, *Das chin. Familienrecht*, Shanghai 1895; O. FRANKE, *Die Rechtsverhältnisse am Grundeigentum in China*, Leipzig 1903; più in generale già PLATH, *Ges. u. R. im alten China*, Abh d. Münch. Ak. Wiss., 1865, pp. 375 ss.; da ultimo TSUNG-TSU-CH'Ū, *Law and Society in Traditional China*, Den Haag 1961. Il diritto della dinastia Mandschu si fondava nel suo complesso sulla raccolta di leggi Ta-Tseng-lu-li del 1643 (quindi degli ultimi anni della dinastia Ming; se ne è fatta una revisione da ultimo nel 1910). Sul diritto della repubblica

Una caratterizzazione delle concezioni giuridiche fondamentali delle antiche civiltà cinese e indiana appare in anticipo come un compito impossibile per lo storico dei diritti europei; lo svincolamento del concetto di diritto, e della dogmatica giuridica in generale, dalle tradizioni e dall'etica dell'azione pubblica — divenuto costitutivo per l'Europa — sembra essere loro completamente estraneo. Nell'intero ambiente islamico ad es. si è mantenuta una giurisprudenza di tipo casistico fondata sulla interpretazione testuale di fonti religiose che fa pensare alla dottrina giuridica ebraica del Talmud o, più alla lontana, all'esegesi dei Glossatori e alla stessa giurisprudenza romana del periodo imperiale ⁽⁶⁸⁾.

del 1912 e del Kuo-min-tang vedi ESCARRA, *Le droit Chinois*, Pechino 1936; SCHNITZER, I, pp. 378 ss. La Repubblica popolare cinese ha abrogato il codice civile del 1929 sostituendolo finora soltanto con singole leggi soprattutto nel settore del diritto familiare (abolizione del matrimonio mediante acquisto, equiparazione dei sessi). Brevi esposizioni generali da una parte in POSDNJAKOW, *Das Zivilrecht d. asiat. Länder der Volksdemokratien*, Berlin (or.) 1959; dall'altra in ENGELBORGHES-BERTELS u. DEKKERS, *La république populaire de Chine*, I. *L'histoire et le droit*, Bruxelles 1963, pp. 167-199. Sulla legge matrimoniale del 1950 vedi BÜNGER, *RebelsZ*, XVI (1951), pp. 112 ss.; sul nuovo diritto ereditario CORINTH, *RebelsZ*, XXIV (1959), pp. 719 ss.; sul diritto di proprietà VAN DER VALK, in: *Law in Eastern Europe*, VII, 1963, pp. 167 ss.

⁽⁶⁶⁾ Sull'India in generale ARMINJON-NOLDE-WOLFF, *Traité*, cit. (nt. 36), III, pp. 535 ss.; SCHNITZER, *Vgl. Rechtslehre*, cit., I, pp. 355 ss. (con bibliografia); della letteratura anglo-indiana vedi: M. C. SETALVAD, *The Common Law in India*, London 1963; sui gruppi giuridici interni: DERRET, *Introduction to Modern Hindu Law*, London 1963; A. A. FYZEE, *Outlines of Muhamadan Law*², London 1955; cfr. inoltre Sohrab J. BULSARA, *Laws of the Ancient Persians*, Bombay 1938 (diritto persiano). Cfr. B. HEUMANN, *Stud. zur. Eigenart d. ind. Denkens*, 1930. Sugli sviluppi più recenti dopo il 1947: GLEDHILL, *The Republic of India. The Development of its Laws and Constitution*, London 1964.

⁽⁶⁷⁾ Sul diritto islamico ARMINJON-NOLDE-WOLFF, *Traité*, cit. (nt. 36), III, pp. 399-533; SCHNITZER, *Vgl. Rechtslehre*, cit., I, pp. 340 ss. Della letteratura più antica vedi: JUYNBOLL, *Hdb. d. islam. Gesetzes*, Leiden/Leipzig 1910; BROCKELMANN, *Arab. Grammatik*¹⁵, 1962, p. 238; SACHAU, *Mohammed. Recht nach schafit. Lehre*; KOHLER, *Das Recht d. oriental. Völker*, in: KOHLER-WENGER, *Allgem. Rechtsgeschichte* (HINNEBERG, *Kultur d. Ggw.*, III.7 [1914]); BERGSTRÄSSER-SCHACHT, *Grundzüge d. islamischen Rechts*, 1935; SANTILLANA, *Istit. di diritto musulmano*, I/II, Roma 1926/38; SCHACHT, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford 1964. Sul diritto islamico moderno da ultimo: *Orientalisches Recht*, in: *Hdb. d. Orientalistik*, Suppl. III, Leiden/Köln 1964, pp. 344-440 (Libano, Siria, Egitto, Tunisia, Algeria, Marocco).

⁽⁶⁸⁾ Una suggestiva caratterizzazione in MAX WEBER, *Sociologia del diritto*, cit.

L'ipotesi che si sarebbe portati ad avanzare, che cioè nel futuro assetto mondiale alle famiglie e ai gruppi giuridici europei si affianchino in guisa autonoma anche le famiglie cinese, indiana e islamica, non ha per il momento che poche probabilità. In realtà nel recente passato le nazioni asiatiche sfuggite al dominio coloniale o liberatesi dalla tutela europea hanno recepito, per la sistemazione dei loro ordinamenti giuridici, proprio codificazioni europee: così soprattutto il Giappone (1898), la Turchia (1925), il Siam e la stessa Cina ⁽⁶⁰⁾. Il motivo va ricercato nel fatto che il moto di emancipazione di queste nazioni si è rivolto normalmente anche contro l'antica struttura sociale del proprio paese e quindi le riforme poterono ben essere messe in moto con gli strumenti razionali e legalistici della tecnica giuridica europea. Tendenze analoghe si sono profilate nella maggior parte dei nuovi Stati afro-asiatici, ad es. in Algeria, Egitto, Siria, Irak, Cina ed Indonesia.

Per gli Stati islamici è decisivo naturalmente il rapporto dei nuovi governanti nei confronti della religione islamica. Quando lo Stato rinnovato continua a riconoscersi nell'Islam, il rispetto del diritto religioso e della giurisdizione ecclesiastica, non solo nel settore del diritto matrimoniale e del regime patrimoniale della famiglia, si fa sentire in misura maggiore che non ad es. nella Turchia secolarizzata di Atatürk.

Laddove l'emancipazione nazionale si ricollega a tendenze di rivoluzione sociale, i nuovi ordinamenti giuridici continueranno a recepire le forme tecniche e razionalistiche del diritto europeo; le preferenze andranno tuttavia ai diritti socialisti dell'Europa orientale piuttosto che a quelli occidentali. Laddove invece la liquidazione del dominio coloniale si è attuata a tempo debito e con scuotimenti sociali rivoluzionari di modesta misura, come fin qui in India e in diversi Stati dell'Africa settentrionale e centrale già appartenenti all'impero coloniale britannico e francese, si assiste finora ad una più accentuata tendenza alla conservazione dell'organizzazione giudiziaria anglosassone o francese con i relativi principi di diritto materiale. Sia nel continente

(60) Cfr. *supra*, pp. 202 s., 216.

indiano che negli Stati sorti all'interno degli antichi confini coloniali essa viene favorita anche dalla sentita necessità di creare una coscienza dell'unità dello Stato che non può ovviamente che fondarsi sulla precedente organizzazione statale e giuridica.

Per quanto tuttavia possa oggi essere grande l'influsso del razionalismo e legalismo europei, tutti questi paesi finiranno presto o tardi con lo sviluppare un diritto allontanandosi sempre più dai modelli delle corrispondenti famiglie giuridiche del vecchio continente. In qual modo popoli o gruppi etnici con una propria forte coscienza culturale e giuridica possano reagire alla recezione di sistemi giuridici estranei non è possibile ovviamente ipotizzare in anticipo. Un esempio per lo studio di tali problemi di recezione e assimilazione è costituito per il passato più recente dai limiti alla recezione del diritto civile tedesco e svizzero rispettivamente in Giappone e in Turchia ⁽⁷⁰⁾; altrimenti un modello molto più generale se ne ha nella recezione del diritto romano a nord delle Alpi, che ha rappresentato uno dei punti centrali di questo libro. Da tali considerazioni comparate sembra risultare che la recezione di sistemi giuridici estranei, superiori dal punto di vista tecnico e formale, riesce ad attuarsi molto più rapidamente e in modo più durevole nel campo delle concezioni teoriche del diritto o della disciplina delle obbligazioni e dei beni mobili che non a livello di coscienza giuridica operante, di diritto di famiglia, del regime patrimoniale ed ereditario familiare così come del diritto immobiliare, che affondano invece le loro radici nelle strutture storiche, morali e sociali dei popoli opponendo una resistenza quasi insuperabile ad ogni mutamento indotto da processi intellettuali ⁽⁷¹⁾. Tali strutture di fondo si modificano soltanto in presenza di cambiamenti profondi e vitali: sul tipo della penetrazione del Cristianesimo per i popoli nordeuropei, della nascita degli Stati moderni o dell'avvento dell'Illuminismo o dello scoppio della Rivoluzione francese per l'Europa, oppure delle Rivoluzioni comuniste del 1917 e 1949 per la Russia e la Cina.

⁽⁷⁰⁾ Su caratteristiche crisi di assimilazione in Turchia, specie in tema di matrimonio e del relativo regime patrimoniale vedi: SCHWARZ, *Das Schw. ZGB* cit. (nt. 8); ID., *Rezeption u. Assimilation ausl. Rechte*, in: *Rechtsgesch. u. Gegenwart*, 1960, pp. 149 ss.; specie pp. 153 ss.; cfr. anche *supra*, p. 216 e nt. 20.

⁽⁷¹⁾ Cfr. *supra*, I, pp. 345 s., 351 s.

PARTE SESTA

**IL DIRITTO PRIVATO NELLA CRISI
DEL POSITIVISMO**

LO SVILUPPO DEL DIRITTO CIVILE TEDESCO

I. La giurisprudenza civile delle corti superiori nel XX secolo. — II. L'opera di aggiornamento del BGB. — III. Tendenze generali di sviluppo.

I. 1. Gli sviluppi del diritto civile dopo il 1900 testimoniano della vitalità e della elasticità nell'attività giurisprudenziale delle corti superiori, in misura minore anche della qualità della Civilistica tedesca (1). Nonostante i caratteri positivistic ed antiquati del BGB essa ha cercato di tenere il passo con i rivolgimenti economici e sociali che già pochi anni dopo l'entrata in vigore del codice cominciarono a scuotere la Germania. Con la prudente cautela che si richiede al giudice, e tuttavia con maggiore mobilità che non il giurista romano o addirittura anglosassone, essa è riuscita a trovare di volta in volta soluzioni adatte alle mutate circostanze; e ciò in misura così accentuata che già prima del 1933 (2) il diritto privato veramente « vigente », specialmente i

(1) È vero che nei primi due decenni del secolo ha fatto seguito alla codificazione un restringersi della prospettiva dogmatica simile a quello della *école exégétique* dopo i codici napoleonici. Contemporaneamente si andavano però anche preparando nella critica giusfilosofica e naturalistica del Positivismo legislativo quei movimenti di rinnovamento degli anni Venti che perdurano tuttora.

(2) Un giudizio obiettivo sulla dogmatica civilistica degli anni dal 1933 al 1945 non è facile nemmeno per l'osservatore distaccato, figurarsi per chi ha vissuto da contemporaneo quell'esperienza. Prospettive di riforma già da lungo tempo in preparazione subirono, nel disprezzo illimitato dei governanti per ogni principio dello Stato di diritto, influssi provocantine o il semplice esteriore adattamento tattico o il totale snaturamento; la violazione senza riguardi del diritto, i pregiudizi ideologici, i puri calcoli di potere si sovrapposero continuamente all'autocritica metodologica e sociale di una Civilistica che in tempi tali non avrebbe potuto comunque restar ferma sulle posizioni raggiunte (così giustamente A. B. SCHWARZ, *Das Schw. ZGB in d. ausländ. Rechtsentw.*, Zürich 1950, pp. 19 s.;

principi generali e il diritto delle obbligazioni non avrebbe più potuto esser tratto dal testo legislativo. Quest'opera silenziosa ed

con documentazione alle ntt. 67 e 68; valuta equilibratamente anche F. v. HIPPEL, *Vorbedingungen einer Wiedergesundung heut. Rechtsdenkens*, 1947). Nel diritto delle persone e del matrimonio la follia della persecuzione razziale ha elevato terribili ingiustizie a sembianze di legge; che allo sviluppo del diritto privato siano rimasti più estranei che ad altri rami del diritto errori perniciosi e brutali violazioni dell'idea giuridica è forse dovuto più alla particolarità dell'oggetto che alla maggiore forza di resistenza dei rappresentanti della materia.

Con queste riserve è possibile affermare — e in questo sono concordi anche giudizi più competenti del nostro — che una parte notevole dei lavori di riforma nel settore del diritto civile e commerciale portati avanti dalla « Accademia per il diritto tedesco » e dalle sue commissioni, grazie all'atteggiamento obiettivo tenuto da teorici e pratici in esse impegnati, hanno condotto a risultati positivi ed utili (cfr. *infra*, nt. 72) — per quanto imbarazzanti possano essere a volte per il lettore odierno adattamenti tattici o ingenui alla terminologia e all'ideologia nazionalsocialiste. Tali deformazioni presero a crescere allorché, dopo lo scoppio della guerra, per iniziativa di forze estranee al mondo del diritto si diede inizio ai lavori preparatori per un cosiddetto « Codice popolare », intensificando il flusso di formule ideologiche e di considerazioni di carattere pragmatico-politico. Ciò nonostante la giurisprudenza civile continuò sulla strada delle precedenti legittime tendenze di sviluppo (che saranno tratteggiate qui di seguito nel testo) in tutti quei settori in cui non si trovò sottoposta ad immediate pressioni politiche; a tali pressioni inoltre essa, secondo quanto l'Autore ha potuto constatare di persona, ha ceduto spesso solo dopo aver opposto resistenza, a volte poi per niente affatto — anche qui sovente al prezzo di quelle concessioni terminologiche così sgradite al lettore odierno.

Diverso è il discorso per quanto riguarda la critica, per lo più di giovani dogmatici civilisti, alle concettualizzazioni tradizionali della Pandettistica e del diritto civile (già condivisa anche dall'Autore). Nonostante motivazioni prevalentemente fondate non le può essere risparmiato il rimprovero di non essersi sufficientemente distanziata dal punto di vista terminologico ed ideologico — soprattutto nei primi anni — da formule enfatiche non genuine, caratteristiche del tempo, e, con l'arroganza del giovane studente nella seconda parte del Faust (GOETHE, *Opere*, Firenze [Sansoni], vol. 4°, tr. it. V. Errante: 6760-I, p. 304. « Quanto si sa poi da poi che mondo è mondo, non meritava proprio, confessatelo, d'essere, poi, saputo »; 6794, p. 305: « Non esisteva il mondo, prima che io, da l nulla, lo creassi »; 6808-10, p. 306: « Qual pena ti darebbe constatare, nel corso della storia, quest'una verità: nessuno può pensare un pensiero balordo od assennato, che già prima di lui non l'abbia già altri pensato »), di non aver considerato con la dovuta attenzione o di non aver richiamato alla memoria i propri predecessori scientifici del tempo dello Stato di diritto (cfr. KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., p. 474 e ntt. 99, 100; A. B. SCHWARZ, *Das Schw. ZGB*, cit. [nt. 2], p. 19: « non poi così nuovo »). Per una valutazione di questo movimento critico si dovrà tener

invisibile al grosso pubblico tende per lo più ad essere sottovalutata; anche perché, volutamente trascurata o addirittura umiliata dalla dittatura nazionalsocialista con i suoi tentativi di riforma ideologica del diritto, viene oggi di rado sottolineata dalla nuova e autocosciente giurisprudenza che pure conserva stretti legami con l'antica tradizione.

2. Cercheremo qui di seguito di riferire, seguendo per motivi di chiarezza l'ordine del sistema legislativo, i singoli risultati di quest'opera di produzione giurisprudenziale di diritto ⁽³⁾.

a) Nel settore rientrante nella Parte generale:

aa) in collegamento con la disciplina del diritto al nome (§ 12 BGB) e alla propria immagine (§ 22 Legge a tutela della produzione

conto di quanto il senso delle sue proposte sia rimasto in accordo con la tradizione consolidata della scienza giuridica europea, ivi compresa la sua critica metodologica e la sua discussione dei problemi sociali. Una conseguenza naturale ma spiacevole di tali mancanze od errori è stata di compromettere per un certo tempo dopo il 1945 anche legittime considerazioni critiche sulla dogmatica o sulla sistematica — anche laddove esse non solo non erano frutto dell'ideologia nazionalsocialista ma addirittura erano state già discusse dai grandi pandettisti del XIX secolo o erano state stimolate dagli ordinamenti giuridici di altri popoli. È questo ad es. il caso della discussione sul fondamento dell'« *Allgemeiner Teil* » (cfr. *supra*, pp. 203 ss.), sulla funzione sociale della proprietà dei suoli, sull'abuso del diritto, sul negozio astratto di trasferimento della proprietà o sulla limitata capacità della persona giuridica; o anche il caso della risistemazione delle materie civilistiche e commercialistiche nell'ordinamento degli studi giuridici del 1935 (sul punto v. *infra*, pp. 302 s.).

(³) Un panorama generale del primo quarto di secolo ci è fornito dai 6 voll. di scritti con cui la scienza giuridica tedesca ha celebrato i cinquanta anni di attività del *Reichsgericht* (RG), la Corte suprema del *Reich*: *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, 1929; sulla prima metà del secolo vedi BOEHMER, *Grundl. d. bürg. Rechtsordnung*, II.2, 1952, che descrive la prassi della produzione giuridica giudiziale con una scelta particolarmente felice di alcuni problemi fondamentali e la relativa esauriente discussione; cfr. inoltre LARENZ, *Methodenlehre*, cit., pp. 305 ss. (sulle questioni di metodo centrali, pp. 279-303); ID., *Wegweiser zur richterl. Rechtsschöpfung*, in: *Festschr. Nikisch*, Tübingen 1958, pp. 275 ss.; ID., *Kennzeichen geglückter richterl. Rechtsfortbildungen*, NJW, XVIII (1965), pp. 1 s. Alcuni esempi anche nel bel lavoro di DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, 1958; da ultimo ESSER, *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil*, 1965. In seguito per i singoli problemi ci limiteremo a dare soltanto brevi indicazioni; ulteriore letteratura nei correnti manuali e commentari.

artistica = *Kunsturhebergesetz* = KUrHG) o indirettamente per via di divieto processuale si è aperta la strada al riconoscimento di un diritto generale della personalità (4); il passo definitivo è stato compiuto com'è noto dalla giurisprudenza della fine degli anni Cinquanta (5).

bb) La disciplina privatistica delle unioni di persone organizzate corporativamente (6) è stata profondamente modificata ed elevata a vero diritto delle associazioni o delle società di capitali soltanto dall'attività giurisprudenziale; ad essa è anche dovuto il riconoscimento come corporazione con capacità patrimoniale autonoma dell'associazione senza capacità giuridica, prima discriminata dal BGB per motivi di polizia (7).

cc) Le dottrine della dichiarazione di volontà e della stipulazione del contratto sono state adattate allo sviluppo sociale, tendente dal contratto individuale a quello di massa (con l'uso di modelli tipici), mediante il superamento delle teorie volontaristiche della Pandettistica a favore del principio dell'affidamento o di quello della volontà normativa (8), mediante l'interpreta-

(4) Sulla estensione (in sé non conforme al sistema) della tutela del nome a casi di lesione del « diritto al nome » diversi dall'uso non consentito, ad es. nel settore commerciale o letterario, vedi ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allg. Teil*¹⁵, 1959, §§ 100, 101 (indicazioni nt. 1); sull'estensione del diritto alla propria immagine (§ 22 del KUrHG) anche al cadavere (v. il caso di Bismarck: STAMMLER, *Dtsch. Rechtsleben während des 19. Jh.*, 1932, pp. 425 ss.) vedi RG 45, 170; per la presentazione di personaggi storici sul palcoscenico vedi KGJW 1928, 363 (« caso Piscator »): ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allg. Teil*, cit., § 101, II, nt. 24. Prosecuzione di questa tendenza in BHG 8, 318; 19, 23; 43, 245; BHG NJW, XVI (1963), 2267.

(5) *Infra*, pp. 259 s.

(6) È questa la corretta caratterizzazione della cosiddetta persona giuridica del diritto privato (sotto cui va ricondotta l'« associazione » nel senso dei §§ 21-53 BGB); la sua struttura di unione corporativa con capacità patrimoniale autonoma è stata completamente oscurata sia dalla teoria della finzione che dal suo opposto, la teoria della reale personalità associativa (cfr. *supra*, p. 692); per una critica v. ad es. WIEACKER, AcP, CXLVII (1941), pp. 304 ss.; cfr. anche KritVjSchr, N.F., XXXI (1941), pp. 174 ss.

(7) Sulla questione, eccellente BOEHMER, *Grundl.*, cit., II.2, pp. 167-180 (letteratura pp. 167 s.).

(8) Vedi LARENZ, *Die Methode d. Auslegung des Rechtsgeschäfts*, 1930, ed ora ID., *Schuldrecht*, I^o, 1963, pp. 86 ss.; FLUME, *Allg. Teil d. bürg. R.*, II, *Das Rechtsgesch.*, Berlin 1965, pp. 57 ss. Sullo stato generale della prassi e della scienza ENNECCERUS-NIPPERDEY¹⁵, II, 1960, pp. 1246 ss. (con ricca letteratura alla nt. 1). Indicativo per i moventi dello sviluppo il titolo del lavoro precorritore

zione obiettiva « secondo buona fede », mediante il controllo giurisprudenziale dei modelli standardizzati ⁽⁹⁾ e delle condizioni generali di contratto e mediante la teoria del silenzio nel traffico giuridico ⁽¹⁰⁾. Contemporaneamente si è assistito ad un abbandono in linea di massima del criterio dell'autoresponsabilità, in nome della funzione sociale del contratto e a costo dell'autonomia privata, nelle dottrine della società di fatto, del contratto di lavoro di fatto e infine semplicemente del contratto di fatto ⁽¹¹⁾. Inoltre la giurisprudenza si è sforzata, attraverso una sempre più accurata considerazione dei motivi individuali del dichiarante, di realizzare una giustizia contrattuale concreta. In quest'opera tesa al raggiungimento di una giustizia materiale individuale ⁽¹²⁾ si sono manifestati contrasti, caratteristici per il nuovo sviluppo, tra tendenze tipicizzanti e tendenze etico-soggettive.

dd) Un simile dualismo è ravvisabile anche nello sviluppo della rappresentanza.

Da una parte infatti con la dottrina della procura fittizia si è proceduto ad una tipicizzazione e quindi ad un distacco ancora più forte degli effetti giuridici di fattispecie sociali dalla volontà individuale delle parti di quanto non avesse già fatto la Pandettistica con l'astrazione della procura ⁽¹³⁾; dall'altra parte invece, di nuovo individualizzando, si è fatta dipendere la procura stessa, in conformità con la sua causa e tramite la limitazione dei suoi effetti esterni ai terzi di mala fede, dalla propria giustificazione etica ⁽¹⁴⁾.

di WELSPACHER, *Vertrauen auf äussere Tatbestände*, 1904; in generale cfr. anche EICHLER, *Die Rechtslehre vom Vertrauen*, 1950; JÄGGI, *Festg. Simonius*, Basel 1955, pp. 145 ss.

⁽⁹⁾ *Infra*, p. 292 e nt. 14.

⁽¹⁰⁾ Una esposizione generale degli sviluppi della dottrina e della prassi può vedersi nel lavoro, recante lo stesso titolo, di Hermann KRAUSE (1933).

⁽¹¹⁾ Un primo sguardo a problematica e letteratura ad es. in WIEACKER, in: *Göttinger Festschrift für d. OLG Celle*, Göttingen 1961, pp. 263 ss.; SIMITIS, *Faktische Vertragsverhältnisse*, 1957; più tardi LARENZ, *op. cit.*, pp. 33 ss.; ESSER, *Schuldrecht* ², 1960, pp. 33 s. e *passim* e particolarmente FLUME (nt. 8), pp. 95 ss.

⁽¹²⁾ BÄRMANN, *Typisierte Zivilrechtsordnung d. Daseinsvorsorge*, 1948; H. HENKEL, *Recht u. Individualität*, Berlin 1958, pp. 43 ss. (sulle tendenze individualizzanti della giurisprudenza pp. 56 ss.); WIEACKER, *Das bürgerl. R. im Wandel d. Gesellschaftsordnungen*, in: *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschr. z. 100jähr. Best. d. dt. Juristentages*, II, 1960, specie pp. 8, 13 s.; da ultimo Reimer SCHMIDT, *Rationalisierung u. Privatrecht*, AcP, CLXVI (1966), pp. 1-29.

⁽¹³⁾ Cfr. ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allg. Teil.*, II¹⁶, § 184.II.3; cfr. I¹⁵, § 80.II.2; SOERGEL-SIEBERT ⁹, Considerazioni introduttive ai §§ 164 ss.; STAUDINGER-COING, *Allg. Teil* ⁹, Considerazioni introduttive ai §§ 164 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. RG 52, 99; 58, 356; 61, 222; 75, 301 e ancora 143, 196 e 145, 311

ee) La tendenza a tener conto delle ragioni dei veri interessati contro l'«avente diritto» formalmente («nascita di un diritto degli aventi interesse»: Müller-Erzbach) si è manifestata nello sviluppo della immediatezza degli effetti della rappresentanza indiretta e della relativa attività negoziale a carico di «colui che ne è toccato», nel riconoscimento degli effetti esterni del legame fiduciario ⁽¹⁵⁾, nella teoria delle «semplici comunioni d'interesse» ⁽¹⁶⁾ e infine nella teoria, elaborata negli ultimi tempi, della «successione nelle funzioni» ⁽¹⁷⁾. Il motivo conduttore di questo sviluppo è costituito dal riconoscimento crescente della priorità della concreta funzione sociale di una certa situazione di legittimazione rispetto alla posizione giuridica «formale» creata dalla volontà delle parti.

ff) Con un sempre più vivo senso di responsabilità, anche se con disuguale tenacia, la giurisprudenza ha infine cercato di utilizzare per una trasformazione della morale economica liberale in direzione pubblico-sociale la clausola generale dell'«*Allgemeiner Teil*» (§§ 138 I e 138 II), originariamente tesa soltanto alla conservazione della morale in genere e della corretta osservanza delle regole del traffico. Dopo il 1933 il malcostume politico ha preso a servirsi in senso demagogico ed arbitrario di queste tendenze. Analoghi meriti e più tardi pericoli si ricollegano alla dottrina dell'abuso del diritto ⁽¹⁸⁾

con tutti i nuovi elementi, i passi indietro e gli andirivieni argomentativi caratteristici del diritto giurisprudenziale. Sul punto a suo tempo KIPP, *RG-Festschr.*, II, 1929, pp. 285 ss.; SIEBERT, *ZStaatsw*, XCV (1935), pp. 629 ss.; per la Svizzera ad es. EGGER, *Festschr. Wieland*, 1934, pp. 47 ss.

⁽¹⁵⁾ Incontestati nel «rapporto fiduciario aperto» (di origine germanica): fondamentale Alfr. SCHULTZE, *JherJb*, XLIII (1901), pp. 1 ss.; F. BEYERLE, *Die Treuhand im Grundriss d. dtsh. Privatr.*, 1932; particolareggiatamente sulla situazione del tempo SIEBERT, *Das rechtsgesch. Treuhandverh.*, I, 1933.

⁽¹⁶⁾ WÜRDINGER, *Theorie d. schlichten Interessengemeinschaften*, 1934; WÜST, *Die Interessengemeinschaft als Ordnungsprinzip d. Privatr.*, 195.

⁽¹⁷⁾ In occasione della scomparsa di diritto o di fatto di enti patrimoniali o creditizi, per lo più pubblici, dopo la Seconda guerra mondiale. Il subentrare nella responsabilità da parte del successore funzionale viene tuttavia giustamente limitato dalla giurisprudenza; cfr. BGHZ 16, 184; 20, 183; 36, 245. Sui problemi della successione funzionale e sulla breccia nella struttura esterna della persona giuridica vedi SERICK, *Rechtsform u. Realität d. jur. Person*, 1955; MÜLLER-FREIENFELS, *AcP*, CLVI (1956), pp. 522 ss.; STEINBÖMER, *Die Funktionsnachfolge*, Diss. Göttingen 1957; SOERGEL-SIEBERT, *BGB* ⁹, 1959, Considerazioni introduttive al § 21, ntt. 16-24.

⁽¹⁸⁾ Specialmente dopo il 1933, ma per lo più senza tendenze politiche RG 152, 403; 153, 356; 160, 357; 163, 98 e *passim*. La giurisprudenza si è così ricollegata, contro la codificazione, alla clausola progressista dell'art. 2 ZGB (cfr.

e allo sviluppo di un autonomo diritto della perenzione⁽¹⁹⁾ che ha dato inizio alla integrazione ed alla moralizzazione del diritto della prescrizione, troppo formalistico e legato a fasi di economia consolidata. La labilità e l'assenza di principi di un tale diritto giurisprudenziale è certamente, per una giustizia rettamente intesa e per la stabilità del senso giuridico, un pericolo a tutt'oggi non ancora eliminato.

b) Il diritto delle obbligazioni del BGB ha subito ad opera della giurisprudenza mutamenti radicali. Il rapporto obbligatorio è diventato un ordinamento generale di aspettative ed obblighi il cui contenuto concreto si orienta in linea di massima alla funzione sociale tipica dell'accordo obbligatorio.

aa) Il rapporto obbligatorio equiparato dal BGB al credito (o ad un insieme di crediti) è stato riconosciuto dalla dottrina e dalla prassi come rapporto giuridico complesso («organismo») (20), da cui si sono potute far derivare non soltanto numerose obbligazioni accessorie e comprensivi «doveri di garanzia» per entrambe le parti ma anche obblighi pre-contrattuali (*culpa in contrahendo*) ed una responsabilità contrattuale del creditore (*culpa in exigendo*).

bb) Mentre il diritto generale delle obbligazioni del BGB conosceva soltanto due tipi di lesione del dovere di prestazione, e cioè

anche l'art. 281 dello ZGB greco; su quello russo del 1923 cfr. *supra*, p. 232) e alla tradizione giusnaturalista (soprattutto al § 107 dell'ALR, sulla base di Chr. WOLFF, *Ius naturae*, I, §§ 61 ss.: vedi A. B. SCHWARZ, *Das Schw. ZGB*, cit. (nt. 2), pp. 33 s. e nt. 127). Sul diritto anglosassone C. K. ALLEN, *Legal Duties*, 1936, pp. 45 s.; H. C. GUTTERIDGE, *Cambridge Law Journ.*, V (1938), pp. 22 ss.; FRIEDMANN, *Legal Theory*³, 1949, pp. 316 s., 322 s.; sul diritto francese RIPERT, *La règle morale dans les oblig. civ.*⁴, 1949. Indicazioni di letteratura tedesca in ENNECCERUS-NIPPERDEY, II¹⁵, § 239, III e ntt. 18 e 23.

(19) RG in: zW, LX (1931), 735; 155, 148; 159, 107; 160, 357 e *passim*. Della dottrina del tempo vedi: SIEBERT, *Verwirkung u. Unzulässigkeit d. Rechtsausübung*, 1934; KRAUSE, *Schweigen im Rechtsverkehr*, 1933, pp. 40 ss.; H. LEHMANN, ZHR, LXXIX (1916), pp. 96 ss.; WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242*, 1956, pp. 28 s.; BOEHMER, *Grdl.*, cit., II.2, pp. 100-125 (ulteriore letteratura pp. 100 ss.); ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 228 IV; FLUME, *Allgem. Teil*, cit., II, pp. 69 s., 121 ss. Sulla più antica tradizione giusnaturalistica cfr. *supra*, I, p. 447 e nt. 45.

(20) Fondamentale PLANCK-SIBER, *Komm. z. Schuldrecht*⁴, 1914, Considerazioni introduttive al § 241 I 1, b; sull'odierna interpretazione della dottrina v. per tutti LARENZ, *Schuldrecht*, I⁶, 1963, pp. 19 ss.

l'omissione (« impossibilità ») e il ritardo (« mora ») nell'adempimento, ogni inadempienza contrattuale obbliga oggi al risarcimento del danno e legittima parallelamente la controparte allo scioglimento del contratto. Questo sviluppo è stato messo in moto dalla tesi precorritrice dello Staub a seguito della quale la giurisprudenza ha preso a riconoscere come inadempienza contrattuale oltre alla mancata o ritardata prestazione anche la cosiddetta lesione contrattuale « positiva », cioè quella (spesso ma non esclusivamente) determinata da atti di adempimento inadeguati. Per questa strada si è andata a poco a poco affermando la convinzione che i tre tipi della omissione, del ritardo e della inadeguatezza della prestazione non siano altro che tre particolari varianti di comportamento colposo nell'adempimento. L'evoluzione testimonia comunque di un faticoso ma inarrestabile distacco dalla Pandettistica: ché le limitate ed incomplete fattispecie di lesione previste dal BGB riposavano sulla ingiustificata generalizzazione, ad opera di Friedrich Mommsen ⁽²¹⁾, di soluzioni tramandate in alcune fonti romane in cui la figura della impossibilità era limitata alla colpa stipulatoria individuale. La formulazione generale della nuova dottrina è dovuta ad Ernst Rabel e ad Heinrich Stoll ⁽²²⁾.

cc) Un momento importante per questo sviluppo è stato la scoperta della particolare struttura dei rapporti obbligatori di durata o a prestazioni ripetute, ancora ignorati dal diritto delle obbligazioni del BGB. Poiché qui lo scioglimento di rapporti obbligatori falliti assume una particolare importanza, la giurisprudenza si è sforzata di elaborare dalle disposizioni speciali dei singoli rapporti un principio generale di recesso « per giusta causa », sostituendo in seguito — e anche questo è indicativo del crescente rispetto della realtà sociale del rapporto contrattuale — la impugnazione retroattiva con il recesso *ex nunc* ⁽²³⁾.

dd) Ma il fatto forse più rilevante è stato il ritorno della giurisprudenza al principio dell'equivalenza materia-

⁽²¹⁾ *Beitr. zum Obligationenr.*, I, 1853: l'impossibilità della prestazione nei suoi infussi sui rapporti obbligatori; HIMMELSCHNITZER, AcP, CXXXVII (1933), pp. 295 ss.; la critica da ultimo in WIEACKER, *Festschr. Nipperdey*, I, 1965, pp. 790, 795 s., 803 s. Fondamentale già RABEL, *Festschr. E. I. Bekker*, 1907, pp. 171 ss.

⁽²²⁾ *Die Lehre von d. Leistungsstörungen*, 1936. Questo denso rapporto della commissione per la riforma del diritto delle obbligazioni resta fermo tuttavia ad una figura unitaria di patologia della prestazione abbracciante sia i casi di lesione contrattuale sia quelli di turbative occasionali.

⁽²³⁾ Sulla teoria del tempo vedi: GSCHNITZER, *JherJb*, pp. 76, 72 ss., 396 ss.; WIEACKER, *ArchöffR*, N.F., XXIX (1938), pp. 1 ss.; BEITZKE, *Nichtigkeit, Auflösung u. Umgestaltung von Dauerrechtsverh.*, 1948, pp. 21 s.; LARENZ, *Schuldrecht*, cit., I^o, pp. 299 s.

1 e. Il Positivismo infatti, trascurando le antiche tradizioni, a partire dall'etica sociale aristotelica giù giù fino alla Scolastica e al Giusnaturalismo laico ⁽²⁴⁾, aveva negato rilevanza nei contratti a prestazioni corrispettive all'equilibrio delle attribuzioni patrimoniali. Il tentativo del Windscheid ⁽²⁵⁾ di reintrodurlo nelle vesti volontaristiche di una sorta di abbozzo di condizione (« teoria della presupposizione ») è stato espressamente respinto dai redattori del BGB. Diverse componenti hanno contribuito all'adozione di questa scelta di principio: l'etica kantiana e savigniana della libertà e della responsabilità — che non permetteva più alla funzione sociale del contratto di esercitare un influsso immediato sull'« essenza autonoma » del diritto —, l'avversione del Liberalismo contro una relativizzazione degli impegni assunti a seguito di oscillazioni del valore di mercato, e infine l'aspettativa, caratteristica del XIX secolo, di una generale prevedibilità dei processi economici. Sotto l'impressione immediata delle circostanze imprevedibili e delle difficoltà di consegna verificatesi a seguito della Prima guerra mondiale e della grande inflazione la giurisprudenza è stata costretta a porsi nuovamente la questione della giustizia contrattuale materiale; al tempo stesso, in seguito alla rivalutazione, essa ha dovuto abbandonare, precorrendo la legislazione, anche il principio del valore nominale del debito. Non avendo tuttavia acquisito coscienza del proprio ritorno al principio della equivalenza, essa si è data ad oscillare tra figure quali la « impossibilità economica », la « imprevedibilità », la « difficoltà sovraobbligatoria », decidendosi infine per la « causa del negozio » ⁽²⁶⁾ dell'Oertmann, la cui concezione soggettivistica (ripresa dal Windscheid) si sforzava ancora di conciliare la considerazione di lesioni obiettive dell'equivalenza con il predominio della volontà delle parti. Nella sostanza però, sotto l'imperativo stringente delle circostanze, la giurisprudenza aveva fatto già allora ritorno ai fondamenti aristotelici della giustizia contrattuale materiale bizantina e scolastico-giusrazionalista.

ee) Sulle orme del diritto romano, la Pandettistica aveva limitato rigorosamente il concetto di credito al rapporto intersoggettivo tra debitore e creditore. Questa accentuata relatività del rapporto obbligatorio tuttavia non era più all'altezza dell'organizzazione produttiva e commerciale di un'economia differenziata, fondata sulla divisione del lavoro, che esigeva invece un adeguamento del diritto contrattuale alle necessità di una più efficace difesa contro

⁽²⁴⁾ Cfr. *supra*, I, pp. 448 s. (Grotius) e 474 e nt. 34 (Pufendorf).

⁽²⁵⁾ *Die Lehre d. röm. Rechts* (2) *von d. Voraussetzung*, Düsseldorf 1850.

⁽²⁶⁾ Per tutti LARENZ, *Geschäftsvundlage u. Vertragserfüllung* 3, 1963; WIEACKER, *Festschr. Wilburg*, Graz 1965, pp. 229 ss.; entrambi con ricche indicazioni sui precedenti nella prassi e nella dottrina; da ultimo ampiamente FLUME, *Allg. Teil*, cit., II, pp. 495 ss. e STÖTTER, AcP, CLXVI (1966), pp. 149 ss.

grossisti e produttori (27). Giurisprudenza e dottrina hanno cercato di venire incontro a questi bisogni attraverso un continuo ampliamento della sfera di ammissibilità di adempimenti ausiliari e il riconoscimento della liquidazione del danno subito da terzi — nella cui motivazione traspare la difficoltà del compito (28). D'altra parte attraverso i §§ 826 e 249 quindi attraverso la giuridicizzazione di un precetto morale nel traffico contrattuale, esse hanno concesso una limitata tutela al credito contro l'ingerenza di terzi avvicinandosi così di nuovo al *jus ad rem* (29).

c) Anche la disciplina dell'atto illecito ha subito una evoluzione ad opera della giurisprudenza del *Rechtsgericht*.

Essa ha creato innanzi tutto l'azione proibitoria cautelare (30) (da delitto) — anche se limitata dapprima, per un malinteso senso di economia, ai casi in cui non esisteva tutela penale — con cui ha conferito

(27) Sul punto fondamentale WIEACKER, *Das bürg. R.*, cit. (nt. 12), pp. 15 s.; vedi lì anche la questione del rapporto di lavoro mediato e delle figure di finanziamento di terzi. Per la forza di questi impulsi è significativa la discussione attuale sulla responsabilità (contrattuale o ad essa equiparabile) del produttore nei confronti del consumatore: cfr. per tutti LORENZ, *Festschr. Nottarp*, 1961, pp. 59 ss. (con considerazioni di diritto comparato); STÖTTER, *Betrieb*, 1965, pp. 1620 s. Recentemente DIEDERICHSEN, *Die Haftung der Warenherstellers*, 1967, con ricche indicazioni. L'ultima giurisprudenza è ancora giustamente titubante.

(28) Lavori monografici di questo periodo: REINHARDT, *Ersatz d. Drittschadens*, 1933; WAHL, *Vertragsansprüche Dritter*, 1935; TÄGERT, *Geltendmachung d. Drittschadens*, 1938; ulteriori indicazioni in ENNECERUS-LEHMANN, *Schuldrecht d. BGB*¹⁸, 1954, § 17, I, nt. 3. Sullo stato attuale della questione: ESSER, *Schuldrecht*², 1960, § 50, pp. 5-7; LARENZ, *Schuldr.*⁸, I, 1963, § 14, IV; da ultimo von CAEMMERER, *Das Probl. d. Drittschadeners.*, *ZBernJurV*, CLX (1964), pp. 341 ss. Le difficilmente evitabili difficoltà nascono dall'antinomia tra collegamento in via di principio della legittimazione derivante dal danno ad una differenza nel patrimonio della controparte (cfr. immediatamente sotto alla nt. 61) ed alla non coincidenza della titolarità del credito, ed interesse tutelato nei classici casi dell'alienazione a catena, o della difesa dei propri interessi tramite rappresentante indiretto, ecc.

(29) Cfr. già *supra*, I, p. 451 (con indicazioni relative alla storia dei dogmi); inoltre H. BRANDT, *Eigentumserwerb u. Austauschgeschäft*, 1940, pp. 156 ss. Sullo stato attuale LARENZ, *Schuldrecht*, cit., II⁶, pp. 385 s.; ESSER, *Schuldrecht*, cit. (nt. 28), p. 845. Per l'influenza di terzi su rapporti obbligatori soggetti a disdetta, in generale WIEACKER, *Dtsch. Rwiss.*, V (1939), pp. 1 ss.; approfonditamente DULCKERT, *Die Verdinglichung obligat. Rechte*, 1951.

(30) Uno sguardo generale agli sviluppi dopo il 1900 in ENNECERUS-LEHMANN, *Schuldrecht*, cit.¹⁴, 1954, § 252; con dettagliate indicazioni nelle note. Sullo stato

a tutti i beni giuridici delittualmente tutelati una funzione di difesa privatistica. L'ambito dei diritti assoluti previsti dal § 823 I si è inoltre allargato a comprendere l'«attività commerciale organizzata ed esercitata» (81). Ma soprattutto essa ha utilizzato la clausola generale del § 826 non soltanto per il controllo della morale nell'ambito del diritto privato ma anche come autorizzazione allo sviluppo di un diritto equitativo la cui applicazione più importante è stata, accanto alla protezione contro inammissibili ingerenze di terzi in rapporti obbligatori di cui avessero conoscenza (*supra*, ee), la neutralizzazione dell'uso abusivo dell'autorità di cosa giudicata di sentenze favorevoli fraudolentemente carpite. Sebbene si trattasse di una giurisprudenza non equilibrata, a volte troppo esitante a volte incurante dei pur necessari limiti, nel complesso essa si è rivelata all'altezza del compito costante di ogni diritto giurisprudenziale di mitigare il rigore della disciplina giuridica (sull'esempio classico del diritto magistratuale romano o dell'*equity* inglese).

Per quel che riguarda invece il concetto di danno, il *Reichsgericht* è rimasto fermo (se si prescinde dal calcolo astratto dell'entità del danno stesso, già da tempo introdotto) alla dottrina tradizionale della Pandettistica che, in maniera rivelatrice dei suoi presupposti economici, individuava il danno patrimoniale nella differenza in denaro tra le due situazioni prima e dopo l'evento dannoso. In tal modo essa si rese difficile la soluzione dell'antico problema «nuovo contro vecchio», o quello della compensazione tra danni e vantaggi verificatisi in forza dello stesso fatto, o infine quello dell'adeguato indennizzo in caso di svalutazione della moneta come generale mezzo di scambio (82). Una totale revisione del concetto di danno è stata intrapresa soltanto di recente dall'ultima giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* (83).

d) Anche nel campo della disciplina delle cose mobili hanno finito con l'incrociarsi tendenze tipicizzanti favorevoli la

odierno della dottrina vedi LARENZ, *Schuldrecht*, cit., § 70; ESSER, *Schuldrecht*, cit.³, § 211; per la giurisprudenza vedi le considerazioni introduttive dei vari Commentari ai §§ 823 ss.

(81) Sullo sviluppo dagli inizi fino alla situazione attuale vedi LEHMANN, § 234 e nt. 5; LARENZ, cit., II^o, pp. 396 ss.; ESSER, pp. 848 s.

(82) Il problema si è manifestato con la tendenza dei tribunali, prima della riforma monetaria del 1948, ad estendere la restituzione in natura oltre i casi di applicazione previsti dalla legge (§§ 249, 250 BGB); cfr. giurispr. in PALANDT, *BGB, Komm.*³, 1951 (sul § 249); ENNECCERUS-LEHMANN, *Schuldrecht*, cit.¹⁴, § 18, III. Sulla questione di nuovo contro vecchio, vedi ESSER, *Schuldrecht*, cit.³, pp. 174, 272; LARENZ, *Schuldrecht*, cit.⁴, I, pp. 184 s.; cfr. BGH, 30, 29.

(83) *Infra*, p. 263 ntt. 61-64.

funzione di scambio, con la crescente ricerca della concreta giustizia individuale moralmente fondata.

aa) La prima di queste tendenze ha subito urtato contro il principio della tradizione come fonte e modo di trasmissione di diritti su cose mobili: lo scambio sempre più svelto e razionalizzato di beni, caratteristico di un'economia fondata sulla divisione del lavoro, richiede una separazione tra l'effettivo potere di disposizione e la proprietà della merce, soprattutto nei casi in cui la merce stessa venga utilizzata come garanzia del credito ⁽³⁴⁾. Nel momento in cui però, tramite i due surrogati della tradizione rappresentati dal costituito possessorio e dalla cessione delle azioni, si ebbe di tanto svuotato il principio della tradizione da far parlare, certo esageratamente, di conversione al « principio del contratto » ⁽³⁵⁾, la giurisprudenza, altrimenti così favorevole alla tutela della pubblicità (cioè all'interesse sociale tipizzato dei « terzi » ad un'esatta informazione a mezzo dell'apparenza giuridica), si è di nuovo sensibilmente avvicinata, nel senso di una libertà contrattuale di diritto reale, alla dottrina della trasmissione della proprietà del Giusnaturalismo laico ⁽³⁶⁾, al principio consensuale del *Code civil* o all'attenuazione della *traditio* (come quella del diritto austriaco).

Agli inizi di questo sviluppo si trova un quasi inevitabile peccato originale: la negazione del principio del § 1207 (dazione in pegno da parte del non legittimato) tramite riconoscimento del trasferimento di proprietà a titolo di garanzia ⁽³⁷⁾, che ha costretto la giurisprudenza per lungo tempo a tracciare i confini etico-economici e politici dell'istituto — una volta riconosciuto — attraverso la manipolazione pseudodogmatica di pretesi contratti (« astratti » o « concreti ») di trasmissione del possesso. Soltanto in una fase più tarda la giurisprudenza si è apertamente dichiarata, attraverso la elaborazione di « fattispecie di responsabilità » ⁽³⁸⁾, per una morale della garanzia del credito a mezzo di ipoteche mobiliari.

⁽³⁴⁾ Sulla questione ad es. WIEACKER, ZAkDR, 1938, pp. 590 ss.; DtRwiss, VI (1941), pp. 43 ss.

⁽³⁵⁾ Così HECK, *Grundr. d. Sachenrechts*, 1930, § 56; cfr. BRANDT, *Eigentums-erwerb u. Austauschgeschäfte*, 1940, pp. 160 ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. *supra*, I, p. 446, e *passim*.

⁽³⁷⁾ Sullo sviluppo del diritto fino alla Seconda guerra mondiale eccellente dal punto di vista pedagogico e metodologico BOEHMER, *Grdl.*, cit., II.2, pp. 141-165; ricche indicazioni bibliografiche pp. 141 s. Dopo di lui PAULUS, ZZPr, LXIV (1951), pp. 169 ss.

⁽³⁸⁾ RG 118, 362; 133, 234; 143, 51; particolarmente importante la distinzione in RG 136, 247; su cui H. LEHMANN, *Reform d. Kreditsich. an Fahrnis u. Ford. Der Haftungstaibestand d. Sicherungsübereignung*, 1937.

Prassi giuridica e dottrina dominante non sono riuscite fino ad oggi a riconoscere apertamente, ammaliate dal principio del § 1207 e da alcuni consolidati interessi economici⁽³⁹⁾, che anche la riserva di dominio sanzionata dalla legge non è altro, dal punto di vista della sua funzione, che garanzia reale del credito e quindi ipoteca mobiliare a tutela del prezzo di vendita residuo⁽⁴⁰⁾. Si deve a questo pregiudizio, accanto ad una filigrana concettuale, estranea alla questione, di ipotetici « negozi in sé », il nuovo tipo di diritto reale: aspettativa del compratore. L'osservatore imparziale non potrà sottrarsi all'impressione che in questo esitare al riconoscimento di tale aspettativa come proprietà del compratore gravata d'ipoteca si manifesti, oltre al legittimo interesse del creditore/venditore rispetto alle banche e ad altri creditori garantiti, anche l'intenzione, molto meno legittima, di sottoporre il compratore che si serva di un pagamento rateale alla minaccia (più efficace e più a buon mercato) di una sanzione penale per appropriazione indebita.

bb) D'altra parte la giurisprudenza ha attenuato giustamente sempre di più l'astrattezza dei negozi di disposizione di diritto reale⁽⁴¹⁾. In vista dell'acquisto di buona fede di cose e di ipoteche, questa astrattezza rappresenta un'esaltazione della tutela dell'acquirente di malafede (e dei suoi aventi causa o creditori in procedimenti esecutivi). Nei casi infatti di difetto di causa del negozio di acquisto, l'alienante merita senz'altro, in caso d'insolvenza dell'acquirente, una tutela reivindicatoria più efficace, a mezzo del riconoscimento di un diritto alla separazione del proprio credito privilegiato o tramite opposizione; al fatto che l'acquirente da parte sua abbia per lo più sol-

(39) Letteratura in LEHMANN, *Reform*, cit., nt. *. In seguito RAISER, *Dingliche Anwartschaften*, 1961, specie pp. 60 ss., 70 ss. con inquadramento dei problemi in una teoria generale dell'aspettativa; FLUME, AcP, CLXI (1962), pp. 385 ss.; notevole GEORGIADIS, *Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf*, 1963; indicazioni esaurienti pp. 182-193; da ultimo SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, I, 1963; II, 1965.

(40) Approfondita analisi strutturale in WIEACKER, ZAkDR, 1938, pp. 590 ss.; analogo nei risultati BLOMEYER, *Stud. z. Bedingungslehre*, I, 1939, pp. 166 ss., 220 ss.; Id., NJW, IV (1941), p. 548; Id., AcP, CLXII (1963), p. 193; cfr. anche ENNECERUS-LEHMANN¹⁴, § 118, considerazioni introduttive; vedi anche PAULUS, JZ, XII (1957), p. 41; GEORGIADIS, *Die Eigentumsanwartschaft*, cit., pp. 151 s.

(41) Avvincente sguardo d'insieme in BRANDT, *Eigentumserwerb u. Austauschgeschäft*, pp. 129 ss., con la provocatoria affermazione che il RG in via di principio avesse già rinunciato all'astrattezza continuando a servirsene soltanto in *obiter dicta*; ma questo non è nemmeno il caso della situazione odierna. Eccellente ora HECK, *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, 1937.

tanto un'azione pecuniaria di recupero nei confronti dell'alienante, si può ovviare anche con una ragionevole compensazione a livello di pretesa reivindicatoria. Poiché però la dottrina savigniana astratta del trasferimento della proprietà era sorta dalla convinzione della indipendenza degli effetti dell'atto dai motivi della loro destinazione etico-giuridica ⁽⁴²⁾, nel diminuire dell'astrattezza si profila anche un ritorno inconsapevole ad una motivazione etico-materiale dell'acquisto di diritti. Il contratto reale autonomo di trasferimento della proprietà elaborato dalla Pandettistica (in contrasto con l'antica dottrina del *titulus-modus*) è stato invece mantenuto in vita fino ad oggi *de lege lata* da giurisprudenza e dottrina ⁽⁴³⁾.

e) I rivolgimenti di gran lunga più notevoli del diritto immobiliare si sono verificati dopo il 1918 ad opera della nuova disciplina pubblica del diritto fondiario (§ 28 II 2c). Non-dimeno l'idea della responsabilità sociale del proprietario d'immobili si è fatta strada anche nella giurisprudenza civile.

Da una parte si è cercato di mobilitare i doveri del proprietario terriero, anche in rapporto ad altri obblighi, per mezzo del suo assoggettamento (non ancora sufficientemente fondato dal punto di vista costruttivo) ad una «responsabilità per lo stato di conservazione» in previsione dei pericoli per la sicurezza del traffico che possano derivare da un certo fondo ⁽⁴⁴⁾. Dall'altra il problema delle massicce immissioni (continuamente crescenti a seguito dello sviluppo della grande industria, soprattutto di quella chimica) ha indotto già la giurisprudenza degli anni Trenta all'abbandono della disciplina legale delle immissioni. Il dovere illimitato di tollerare le immissioni che siano da considerarsi normali in un determinato luogo (§ 906) corrispondeva ad un atteggiamento del XIX secolo favorevole al progresso industriale e poteva essere accettato nella misura di allora, ristretta e comunque di rado minacciosa per l'esistenza economica. Con l'aumentare della quantità delle immissioni e con il crescere del pregiudizio per l'agricoltura, sempre più vulnerabile quanto più sfruttata con metodi intensivi, divenne necessario sostituire alla priorità degli usi locali il principio dell'obbligo reciproco di riguardo, tutela ed indennizzo, che certamente ha trovato un'espres-

⁽⁴²⁾ Cfr. *supra*, I, p. 360 nt. 43; II, p. 10.

⁽⁴³⁾ Convincente *de lege ferenda* KRAUSE, AcP, CXLV (1939), pp. 312 ss.; istruttiva comparazione con il diritto inglese e francese in von CAEMMERER, *RabelsZ*, XII (1938/39), pp. 675 ss.

⁽⁴⁴⁾ Breyi sguardi alla situazione attuale in ESSER ², § 204; LARENZ, II^o, pp. 406 ss.

sione poco felice nella formula politica piena di *pathos* « rapporti sociali di vicinato » (45). I problemi, dopo la nuova ondata di industrializzazione degli anni Cinquanta, sono divenuti ancora più urgenti ed hanno trovato nella recente versione del § 906 un riordinamento probabilmente soltanto provvisorio.

Anche nel settore del diritto ipotecario le modificazioni più radicali, che hanno portato al superamento quasi completo del sistema classico, sono state introdotte da interventi legislativi di carattere pubblico, soprattutto dalla rivalutazione della moneta, dallo sdebitamento delle campagne e dalla perequazione dei carichi. La giurisprudenza privatistica invece ha intaccato di poco il capolavoro tecnico (anche se dottrinario) del sistema ipotecario del BGB (46); le sue caute correzioni si sono limitate al completamento e all'adattamento in funzione della nuova realtà della disciplina del credito agrario. In particolare il suo merito consiste nell'aver minuziosamente elaborato le strutture della « *Höchstbetragshypothek* », l'ipoteca iscritta col solo ammontare massimo, e della « *Tilgungshypothek* », l'ipoteca ammortizzabile; nell'aver creato la figura del credito fondiario garantito in accordo con la tendenza alla crescente considerazione dei rapporti giuridici fondiari (47); e di aver lentamente costruito come ipoteca trasferibile di grado anteriore l'aspettativa del creditore ipotecario antecedente alla fissazione in valuta, in considerazione delle esigenze del finanziamento edilizio e tramite il potenziamento degli effetti giuridici da un lato e la limitazione della posizione giuridica del proprietario (e titolare momentaneo del debito fondiario) dall'altro.

(45) Così dopo la sentenza del RG 154, 165; RG, ZAKDR, 1940, 100 (diversamente ancora in RG 139, 29). Sulla situazione odierna vedi ad es. WESTERMANN, *Sachenrecht*⁵, 1966, p. 311; BAUR, *Sachenrecht*³, 1966, pp. 215 s.; PLEYER, *JZ*, XIV (1959), p. 305; ottimo KLEINDIENST, *Der privatrechtliche Immissionschutz*, n. § 906 BGB, 1964, specialmente pp. 26 ss. Sulla rielaborazione del § 906 avvenuta nel 1964, cfr. *infra*, p. 275 e nt. 85.

(46) Fondamentale HECK, *Grundr. d. Sachenrechts*, 1930, §§ 79-99; WESTERMANN, §§ 91 ss.; BAUR, §§ 36 ss.

(47) Sulla questione da ultimo Ulrich HUBER, *Die Sicherungsgrundschuld*, 1965, specie pp. 260 ss.

f) Nel campo del diritto di famiglia gli impulsi fondamentali sono provenuti prevalentemente dalla legislazione che è riuscita a realizzare nel diritto matrimoniale (1938, 1946, 1961) e nella disciplina del patrimonio familiare le uniche importanti fratture nel sistema della nostra codificazione di diritto privato ⁽⁴⁸⁾. Di fronte a quest'opera imponente di emendamento la giurisprudenza si è limitata ad occuparsi coscienziosamente e minutamente dei problemi posti dal rapido invecchiamento delle concezioni sociali del BGB: lo spostamento del posto di lavoro fuori dell'abitazione, l'affermarsi di un ménage familiare senza patrimonio sostenuto soltanto dal comune reddito dei coniugi, il comune contratto di locazione, i rapporti giuridici tra coniugi separati e l'adattamento delle pretese alimentari alle mutate condizioni sociali ed economiche. Lo stesso vale per il diritto ereditario, la cui portata politico-sociale era stata notevolmente intaccata, nella catastrofe dell'inflazione e della Seconda guerra mondiale, dalla rovina del patrimonio del ceto medio e dalla crescente importanza del reddito da lavoro e che soltanto negli ultimi anni, a seguito della nuova legislazione sulla ricostituzione del patrimonio, sembra riacquistare significato.

3. Con la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* (BGH), la Corte suprema federale, lo sviluppo del diritto civile dopo il 1951 ha accelerato i tempi. Uno spirito d'iniziativa molto consapevole e un forte senso di autonomia nei confronti della tradizione del *Reichsgericht* (RG) non hanno impedito a questa giurisprudenza di riprenderne quasi tutti i risultati, portandoli però con decisione ad ulteriori conseguenze e spingendoli in una direzione che probabilmente il Reichsgericht con il suo atteggiamento rigorosamente fedele al BGB non avrebbe potuto seguire. Nello stesso ordine precedentemente seguito cerchiamo ora di offrirne un riepilogo ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Vedi *infra*, pp. 276 s.

⁽⁴⁹⁾ Anche qui ai fini del nostro lavoro dobbiamo limitarci a brevi accenni. La giurisprudenza del BGH potrà essere rintracciata senza difficoltà nei correnti manuali e commentari al BGB. Un panorama molto chiaro è offerto, a partire da JZ, VII (1952), pp. 495 ss. dai ricorrenti resoconti di F. BAUR sulla giurisprudenza del BGH in materia civile.

a) Va ascritto al merito ed alla audacia del BGH di aver riconosciuto contro lo spirito e la lettera del BGB e anticipando la desiderata disciplina normativa, i diritti generali della personalità. L'audacia si manifesta già in triplice direzione nel primo dei casi da esso affrontati ⁽⁵⁰⁾: il BGH fa derivare innanzi tutto una pretesa privatistica negatoria dall'art. 2 della Costituzione mediante applicazione del principio (ancora contestato) dell'effetto privatistico dei diritti inalienabili nei confronti dei terzi; sottopone poi questo diritto alla generale tutela dei diritti del § 823 I; concede infine *contra legem* (cfr. § 253 BGB) a chi ha subito la lesione il risarcimento del danno immateriale. Specialmente quest'ultima parte della decisione può essere messa d'accordo con il principio della soggezione del giudice alla legge soltanto se — come è stato più volte rilevato ⁽⁵¹⁾ — dal diritto inalienabile della dignità dell'Uomo (art. 1 Costituzione) si deduce la norma implicita che una tale dignità esige la riparazione del danno immateriale; questa motivazione è stata tuttavia fornita a quella prima decisione soltanto successivamente. La giurisprudenza del BGH ha continuato ad occuparsi anche in seguito dello sviluppo e della definizione dei diritti della personalità in generale, mostrando però chiaramente che a lungo andare non è possibile prescindere da una disciplina legislativa. Purtroppo non si è ancora riusciti ad ottenere dal legislatore la emanazione della legge a tutela dell'onore personale e della personalità, che pure esiste da tempo allo stato di progetto ⁽⁵²⁾.

⁽⁵⁰⁾ BGH 26, 349; ulteriori decisioni fondamentali: BGH 20, 345 (« caso Dahlke »); 27, 284 (registrazione su nastro magnetico); e ancora 30, 7, 31, 308; 35, 363; 36, 77; 39, 124. Approfonditamente sulla situazione attuale di dottrina e prassi ENNECERUS-NIPPERDEY ¹⁵, § 101: i diritti della personalità in generale, con ricche indicazioni alle ntt. 1-76; LARENZ, *Schuldrecht*, cit., II², pp. 412 ss.; cfr. inoltre HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, 1953; K. MICHAELIS, *Der Persönlichkeitsbegriff in seiner Eign. als Rechtsbegr.*, in: Th. HECKEL, *Person u. Recht*, 1962, pp. 40 ss.; v. anche qui di seguito nt. 51.

⁽⁵¹⁾ Cfr. PALANDT-GRAMM ¹⁷, 1958, § 823, nt. 6; REINHARDT, AcP, CLIII (1954), p. 548; ESSER ², pp. 846 ss.; cauto LARENZ, II⁸, pp. 390 s.; cfr. H. KAUFMANN, JuS, III (1963), pp. 373 ss. Alla sessione del 42° Deutsche Juristentag (1957; con relazioni di Bussmann, Nipperdey e Larenz) ha fatto seguito il progetto di legge per il riordinamento della tutela privatistica della personalità e dell'onore (1958), su cui REINHARDT, JZ, XII (1957), p. 41; WEITNAUER, Betrieb, XII (1959), p. 45; NJW, XII (1959), p. 313. Alla riparazione in denaro di danni immateriali è stata dedicata la sessione del 45° Dtsch. Juristentag (1965) con relazioni di BÖTTICHER, KRÜGER-NIELAND e STOLL; su cui vedi la rinnovata critica di FLUME nel discorso di chiusura del 46° Juristentag (1966): *Richter u. Recht*, pp. 6 ss.

⁽⁵²⁾ Sugli antecedenti e sugli ulteriori sviluppi della progettata riforma

b) Anche nella dottrina generale del contratto il BGH ha continuato, portandola a risultati quasi rivoluzionari, la linea seguita dal RG. Si deve ad essa lo sviluppo della figura del contratto di fatto fino all'elaborazione del principio che legami contrattuali possono nascere non soltanto da negozi ma anche da semplici comportamenti sociali ⁽⁵³⁾. La dottrina si è decisamente opposta alla estensione di questi principi alla designazione tacita o di fatto dell'erede dell'azienda agricola o ai contratti di trasferimento ⁽⁵⁴⁾. In realtà una generale ammissione della possibilità della nascita di effetti contrattuali da puri comportamenti socialmente tipici porterebbe al superamento parziale del principio dell'autonomia privata e autorizzerebbe il giudice a riconoscere effetti contrattuali *contra legem* ⁽⁵⁵⁾.

legislativa cfr. COING, *Ehrenschtz u. Presserecht*, 1960: considerati gli aggravati derivanti alla questione dalla disputa tra (legittima ed illegittima) libertà d'informazione e tutela politica dell'onore, non c'è da attendersi una rapida decisione del legislatore: l'assetto dei diritti generali della personalità rimane così affidato anche per il futuro alla elaborazione giurisprudenziale. Dal momento che questa si è già così decisamente affermata nel processo di produzione del diritto, il continuo raffinamento dei principi al vaglio delle situazioni di conflitto concrete che si offrono all'attività giurisprudenziale è forse il cammino più adatto per la istituzionalizzazione di una disciplina giuridica dei diritti della personalità.

⁽⁵³⁾ BGH 21, 319 (cd. caso del parcheggio); nella stessa direzione già RG III, 310 (uso della corrente elettrica); analogamente BGHMDR 59, 924. Per una critica: FLUME, da ultimo in *Allg. Teil*, II, pp. 99 ss.; WIEACKER, JZ XII (1957), p. 61; ID., *Festschr. OLG Celle*, 1961, pp. 269 ss.; d'accordo invece LARENZ, DRiZ, XXXVI (1958), p. 247 e *passim*; STAUDINGER, *Schuldrecht*, I⁸, pp. 34 s.; COING, considerazioni introduttive ai §§ 116, n. 3 e *passim*.

⁽⁵⁴⁾ BGH 12, 291; inoltre NJW, VIII (1955), p. 1065; RdLandw, VII (1955), p. 197 e *passim*; da ultimo RdLandw, XVIII (1966), pp. 41 e 75. Critico sul punto WIEACKER, DNotZ, 1956, pp. 113 ss.; ID., *Zur rechtstheoret. Präzis. d. § 242* 1957, nt. 62, 75 e 101; ID., *Festschr. Celle*, cit., pp. 274 s.; FLUME, (*supra*, nt. 51) e fin qui anche LARENZ (nt. 51), con numerose indicazioni di letteratura positivamente orientata.

⁽⁵⁵⁾ In questo senso prevalentemente la dottrina: cfr. WIEACKER, (*supra* nt. 54); ID., *Festschr. Wilburg*, 1965, pp. 230 s.; FLUME (nt. 53), pp. 526 s. e *passim*; LARENZ, *Methodenlehre*, cit., pp. 305 ss.; e soprattutto ID., *Kennzeichen geglückter richterl. Rechtsfortbildungen*, 1965; ID., NJW, XVIII (1965), pp. 1 ss.; da ultimo F. WERNER, *Zum Verhältn. v. gesetzl. Generalklauseln u. Richterrecht*, 1966, pp. 19 ss. Al contrario la giurisprudenza e la parte della dottrina che si orienta alla prassi si sono pronunciate prevalentemente per una generale competenza del giudice alla modificazione del contratto. Questo contrasto si fonda legittimamente ed inevitabilmente sul cambiamento delle funzioni dell'ordinamento normativo in una comunità basata sulla solidarietà sociale: la dottrina sente la responsabilità per la normatività dell'applicazione del diritto, la giuri-

Essa condurrebbe inoltre ad un doppio binario nel fondamento dei rapporti di diritto privato: da una parte un ambito di autoresponsabile assetto degli interessi, dall'altra la derivazione immediata di diritti soggettivi da situazioni sociali.

Nel campo del diritto delle obbligazioni il BGH ha dato al § 242 un valore completamente diverso⁽⁵⁶⁾. Anziché considerarlo come correttivo e come massima d'interpretazione del contenuto del rapporto obbligatorio, esso ne ha fatto il fondamento unitario dell'obbligazione stessa, in guisa tale che tutte le altre disposizioni in materia obbligatoria appaiono ora come concretizzazioni di questo principio. Un simile spostamento di accenti non ha, come potrebbe sembrare a prima vista, carattere declamatorio; né deriva da una fin troppo spesso sottolineata fiducia nel ristabilimento degli imperativi etici nell'ordinamento privatistico. In esso si esprime piuttosto una specifica intenzione giuridico-politica: se il § 242 rappresenta infatti la norma per eccellenza del diritto delle obbligazioni, diviene possibile al giudice, senza ledere il principio costituzionale della soggezione alla legge (art. 20 III Cost.), invalidare o modificare ogni singola norma del diritto obbligatorio facendo semplicemente richiamo al § 242.

Da questa posizione certo problematica⁽⁵⁷⁾ il BGH ha potuto, con più decisione e disinvoltura e senza far ricorso a costruzioni ausiliarie sforzate, proseguire sulla strada aperta dal RG. Il fallito sistema normativo delle turbative della prestazione è stato definitivamente abbandonato, la cattiva derivazione legislativa della cd. lesione contrattuale positiva dal § 276 o per analogia da altri casi regolati dalla

sprudenza avverte invece la responsabilità per la decisione socialmente giusta del conflitto concreto dichiarandosi quindi all'occorrenza per un *social engineering*; cfr. anche *infra*, nt. 59 e p. 281. Un equilibrio va cercato nella direzione di LARENZ, *Kennzeichen geglückter Rechtsfortbildungen*, cit.; la decisione eventualmente presa dal giudice *praeter legem* deve potersi giustificare come massima *generalmente* valida ed applicabile, quindi non soltanto socialmente esatta ed equa ma anche giusta.

(56) Sul punto si veda ogni più recente commentario (§ 242): cfr. in particolare SOERGEL-SIEBERT⁹, 1959, pp. 5-107; v. anche degli stessi autori la pubblicazione autonoma *Treu u. Glauben, Erläuterungen zu § 242*, Stuttgart 1959.

(57) Cfr. ad es. WIEACKER, *Zur rechtstheoret. Präzisierung des § 242*, cit., specie pp. 10 ss.; cfr. ID., *Gesetz u. Richterkunst*, 1958, pp. 6 ss.; ottimo MERZ, *Auslegung, Lückenfüllung u. Normberichtigung*, AcP, CLXIII (1964), pp. 305 ss. Che la desiderata istituzionalizzazione abbia seguito vie diverse da quelle della giurisprudenza sul § 242 è dimostrato dalle vedute d'insieme dei vari commentari sul § 242; si manifesta qui di nuovo l'antinomia accennata (*supra*, nt. 55) — e su cui si tornerà in seguito — tra applicazione astratta della norma e composizione del conflitto socialmente orientata.

legge è divenuta superflua e il semplice principio che la « violazione di un obbligo vincola al risarcimento del danno » è stato immediatamente riconosciuto. Nel settore della teoria della causa del negozio il BGH si sente svincolato dalle formule lungamente maturate nella elaborazione dogmatica da Windscheid a Larenz, sebbene qua e là risuoni ancora la formulazione dell'Oertmann e le proposte del Larenz incontrino la pur meritata attenzione. Ancora più indicativo è che la giurisprudenza del BGH, soprattutto nel primo dopoguerra, si sia apertamente dichiarata per una equa perequazione giudiziale dei carichi, nel senso di includere nella considerazione di mutate circostanze rilevanti anche fatti sociali (impoverimento, distruzione delle basi di esistenza, danni di guerra) ⁽⁵⁸⁾. Nell'estensione degli effetti del rapporto obbligatorio intersoggettivo anche ai terzi, soprattutto nella questione del danno del terzo, il BGH si è completamente allontanato dalle costruzioni più antiche riconoscendo inoltre l'applicabilità anche a favore del terzo degli effetti protettivi del contratto ⁽⁵⁹⁾. La gestione d'affari propria ed impropria si è andata sempre più sviluppando come fattispecie generale sussidiaria e quindi, nei risultati, come un terzo motivo di compensazione extracontrattuale accanto al delitto ed all'arricchimento, in cui si esprime tipicamente il rafforzamento delle reciproche responsabilità sociali.

c) Mutamenti ancora più radicali si sono prodotti ad opera del BGH nella disciplina del risarcimento del danno. Il riconoscimento del danno immateriale in connessione con l'ordinamento dei diritti generali della personalità ⁽⁶⁰⁾ ha condotto anche nel campo del risarcimento dei danni patrimoniali all'abban-

⁽⁵⁸⁾ Cfr. le sintesi in LARENZ, WIEACKER, FLUME (nt. 26); sulle preoccupazioni anche da un punto di vista di economia processuale da ultimo STÖTTER, AcP, CLXVI (1966), pp. 153 ss.

⁽⁵⁹⁾ Decisioni fondamentali: BGH, NJW, XVII (1964), p. 33 e *passim*; su cui GERNHUBER, *Festschr. Nikisch*, 1958, pp. 249 ss.; LARENZ, NJW, XIII (1960), p. 78; ID., *Schuldrecht*, I⁷, 1964, pp. 126 ss.; LORENZ, JZ, XV (1960), pp. 108 ss.; BYDLINSKI, *JurBl*, Wien 1960, pp. 359 ss.; CANARIS, JZ, XX (1965), pp. 475 ss. L'accurata distinzione degli interessi di terzo tutelati (a livello di considerazione del circolo di persone per le quali il danneggiato ha obbligo di assistenza, e di esclusione degli aventi causa successivi in una catena continua di alienazioni) è particolarmente indicativa dell'attuale mutamento di struttura del rapporto contrattuale: da una rigorosa intersoggettività (relatività) al campo della disciplina oggettiva; cfr. WIEACKER, *Das bürg. Recht im Wandel* (nt. 12), p. 16 e *infra*, p. 275.

⁽⁶⁰⁾ LARENZ, *VersR*, XIV (1963), pp. 312 ss.; inoltre (con esaurienti indicazioni) WIESE, *Der Ersatz d. immat. Schadens*, Tübingen 1964; cfr. anche H. KAUFMANN, *JuS*, III (1963), pp. 373 ss.

dono della teoria della differenza ⁽⁶¹⁾ ed all'inclusione nel calcolo di settori limite tra puro danno patrimoniale e pregiudizio di situazioni sociali di prestigio: il BGH accorda oggi risarcimento del danno per minorazione del prestigio sociale ⁽⁶²⁾ e, nel caso di danni ad un veicolo, il rimborso dei costi per il noleggio di una vettura anche senza la prova dell'effettivo impiego della somma per questo scopo ⁽⁶³⁾. Parallelamente esso ammette la pretesa di risarcimento anche per i cd. costi generali di prevenzione, p. es. per la tenuta a disposizione di « vetture sostitutive » nell'esercizio di una tramvia ⁽⁶⁴⁾. Questo sviluppo è già indicativo di una diversa concezione del nesso causale. In maniera metodologicamente corretta, anche se non sempre

⁽⁶¹⁾ Sulla questione vedi ESSER, *Schuldr.*², § 48, 9; LARENZ, I⁷, § 14, II e particolarmente ad es. SELB, *Schadensbegriff u. Regressmethoden*, 1963, pp. 49 ss.; ZEUNER, AcP, CLXIII (1964), pp. 380 ss.; BYDLINSKI, *Probl. d. Schadenverursach. nach dtsh. u. österr. R.*, 1964, pp. 24 ss. (con ulteriori indicazioni alle pp. 35 ss.); KLINGMÜLLER, *Grundlagen u. Methoden d. Schadensberechnung*, in: *Karlsruher Forum*, 1964, pp. 21 ss.; da ultimo LARENZ, *Festschr. Nipperdey*, I, 1965, pp. 489 ss. ed esaurientemente MERTENS, *Der Begriff d. Vermögensschadens*, 1967, specie pp. 51 ss. Inattuabile è il conguaglio, propugnato dalla teoria della differenza, tra il patrimonio attuale dopo l'avverarsi del danno e la situazione patrimoniale ipotetica che si sarebbe avuta se il danno stesso non si fosse verificato, particolarmente nei casi di cosiddetta lesione prenatale (cfr. BGH JZ, VI (1951), p. 758; BGH 8, 243; cfr. anche OLG dello Schleswig in NJW, III (1950), p. 388; OLG di Freiburg, JZ, VIII (1952), pp. 704 ss.; OLG di Norimberga, NJW, XVIII (1965), p. 694; LG di Amburgo, NJZ (RzW), 1957, p. 402; cfr. soprattutto WOLF-NAUJOKS, *Anfang u. Ende der Rechtsfähigkeit d. Menschen*, 1955, specie pp. 170 ss.; HELDRICH, JZ, XX (1965), p. 594; STOLL, *Festschr. Nipperdey*, I, 1965, pp. 751 ss.; SELB, AcP, CLXVI (1966), pp. 76 ss.), ovviamente soltanto se, d'accordo con la dottrina dominante, nel rapporto di causalità tra una determinata azione e l'esito lesivo a danno di una persona non ancora concepita (oppure già concepita ma non ancora nata) si voglia vedere uno specifico problema (diversamente e a ragione BAUR, JZ, VIII [1953], p. 633; cfr. *infra*, p. 374, nt. 88).

⁽⁶²⁾ BGH 40, 345 (cd. caso del Madera); NJW, IX (1956), p. 1234; JZ, XXI (1966), p. 410.

⁽⁶³⁾ Così ora BGH 41, 345; contrario il LÖWE, *VersR*, XIV (1963), pp. 307 ss. Per entrambi i gruppi di decisioni è caratteristico il crescente indebolimento della distinzione tra danno patrimoniale e cd. danno immateriale; vedi da ultimo BYDLINSKI (nt. 61) e WIESE (nt. 60).

⁽⁶⁴⁾ BGH 40, 345 e *passim*; cfr. ora HERRMANN, *Schadensersatz für Reservhaltung*, Diss. Göttingen 1965. È evidente che il risarcimento delle spese per una difesa preventiva contro il danno non può essere più fatto rientrare nel concetto convenzionale di danno.

con chiara formulazione, il BGH riconosce che un adeguato nesso causale non è tuttavia la stessa cosa che un rapporto fisico di causa ed effetto ma che si tratta bensì di un problema di giusta imputazione del danno; esso ha pertanto spesso ridefinito la questione dell'esclusione del risarcimento di danni inadeguati come questione dello scopo normativo della disposizione lesa ⁽⁶⁵⁾. In questo contesto si sono ulteriormente discussi anche i problemi della compensazione tra danni e vantaggi e della cosiddetta « causalità eccedente » ⁽⁶⁶⁾.

In tema di risarcimento del danno si manifesta in modo forse ancor più indicativo la generale tendenza all'accentuazione delle reciproche responsabilità sociali ed alla moralizzazione del diritto privato. Nel calcolo del risarcimento del danno immateriale (§ 847) sulla base della situazione economica e sociale di entrambe le parti, come pure nella crescente tendenza al computo del risarcimento e della ripartizione del danno, con riferimento esterno al § 254 I, secondo il grado della colpa, il BGH si allontana dal rigoroso formalismo della disciplina civile del danno per dare sempre più rilevanza a punti di vista di equità sociale e individuale. La penetrazione nel diritto privato del principio della pena, rigettato dal BGB ma avente in ultima analisi scopi morali e pedagogici, trova anche conferma nel ripetuto rilievo che il venir meno degli effetti del danno per il danneggiato non debba condurre alla liberazione del danneggiante. Tutti questi cambiamenti si sono ripercossi negli attuali progetti per una riforma generale della disciplina del risarcimento del danno ⁽⁶⁷⁾. Rimane la que-

⁽⁶⁵⁾ Sul problema vedi ad es. BGH 41, 123 (caso delle uova da cova); cfr. 37, 306 (sul § 7 StVG); 36, 217 (§ 2 Legge sui telegrafi); inoltre 39, 366; 40, 306 e 42, 316; J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht*, 1962; STOLL, AcP, CLXII (1962), pp. 203 ss.; Th. RAISER, JZ, XVIII (1963), pp. 462 ss.; BYDLINSKI (nt. 60), pp. 63 ss.; DEUTSCH, NJW, XVIII (1965), pp. 1985 s.; cfr. anche von CAEMMERER, *Das Problem d. Kausalzusammenh.*, 1956.

⁽⁶⁶⁾ Sul punto per tutti NIEDERLÄNDER, AcP, CLIII (1954), p. 41; JZ, XIV (1959), p. 617; ZEUNER, AcP, CLVII (1958), p. 441; von CAEMMERER, *Das Problem d. überh. K. im Schadenersatzrecht*, 1962; FLUME, AcP, CLXII (1963), pp. 516 ss.; ESSER², § 62, 3-12; LARENZ, I⁷, § 14 IIIe. La tendenza che si va oggi affermando che la cd. causa di riserva sia da mobilitare soltanto nel calcolo del danno mediato (cfr. ad es. LARENZ), rinuncia implicitamente alla teoria della differenza per il danno immediato a persone e cose — il che rappresenta al tempo stesso una moralizzazione dell'obbligo d'indennizzo in considerazione dell'altro punto di vista, spesso difeso, della iniquità della liberazione del danneggiante mediante cause di riserva.

⁽⁶⁷⁾ Così soprattutto nel progetto ufficiale per il riordinamento della disciplina del danno (1962); vedine il testo in: *Karlsruher Forum 1962: Zur Fortentwicklung d. Haftungsrechts, Beiträge u. Bem. z. dtsh. u. z. österr. Entwurf einer*

stione di quanto essi possano accordarsi con altre moderne tendenze, evolvendosi verso una progressiva razionalizzazione tramite indennizzo del danneggiato ad opera di assicurazioni sociali o private e quindi verso una oggettivazione della disciplina del danno che lascia poco spazio per la considerazione di prospettive moraleggianti ed individuali d'equità. Di nuovo emerge l'antinomia tra tipizzazione ed atteggiamenti moralistici di giustizia individuale concreta.

d) La struttura formale della disciplina privatistica dei diritti reali pone anche alla giurisprudenza più recente confini ristretti. E tuttavia anche qui si sono verificati dei progressi. Nel campo delle ipoteche mobiliari (trasferimenti di proprietà a titolo di garanzia e riservato dominio) la giurisprudenza del BGH, mediante il progressivo riconoscimento delle aspettative del debitore ⁽⁶⁸⁾ ed una più accurata considerazione delle esigenze economiche, si è potuta liberare dalle forzate costruzioni ausiliarie del *Reichsgericht* e della dottrina più antica ⁽⁶⁹⁾. Contemporaneamente però la motivazione con cui si è giustificata la creazione di debiti fondiari ad opera della legge (per « attingere agli ingiustificati guadagni dei debitori »!) dopo lo sdebitamento delle campagne degli anni Trenta ha causato di nuovo una rottura nel regime di pubblicità del diritto immobiliare e nella chiarezza giuridica dei libri fondiari. Conformemente alla tendenza all'accertazione della responsabilità del titolare di diritti nei confronti di terzi, la giurisprudenza ha aggravato la responsabilità del proprietario. In fatto di immissioni di grossa entità essa ha tratto inoltre ulteriori conseguenze, prima e dopo l'emendamento del § 906 BGB, dal dovere reciproco di moderazione dei proprietari in una situazione di concentrazione sociale ed economica ⁽⁷⁰⁾.

e) Nel settore del diritto di famiglia la giurisprudenza ha fornito negli anni 1953-1957 una notevole testimonianza della sua

Novelle, Supplemento di *Versicherungsrecht* (1962), pp. 42 ss. Da ultimo: *Referentenentwurf* (del Ministro Federale della Giustizia) *eines Gesetzes z. Änderung schandensrechtl. Vorschriften*, Karlsruhe 1967, vol. I (testo) e II (motivazioni).

⁽⁶⁸⁾ Sullo sviluppo della aspettativa dell'acquirente con riserva della proprietà v. soprattutto RAISER, *Dingl. Anwartschaft*, Tübingen 1961, pp. 70 ss. ed ora SERICK, *Eigentumsvorbehalt*, I, 1963, *passim*; cfr. però *supra*, nt. 39.

⁽⁶⁹⁾ Così ad es. BGH 20, 88 ha abbandonato il requisito che, in caso di riservato dominio, all'atto del pagamento del prezzo compratore e venditore dovessero ancora essere d'accordo sul trasferimento della proprietà (§ 929), e che, in caso di trapasso dell'aspettativa ad un terzo, debba comunque essersi precedentemente verificato un acquisto transitorio da parte del primo compratore (così ancora RG in: JW, LXII (1933), 1762).

⁽⁷⁰⁾ BGH 30, 273 (280); BGH, NJW, XV (1962), 1342; su cui KLEINDIENST (nt. 45), pp. 43 s.

volontà e capacità di produrre diritto senza disporre di un fondamento legislativo. Con l'abrogazione il 1° aprile 1953, in forza dell'art. 117 della Costituzione, delle disposizioni contrarie all'equiparazione dei coniugi (art. 3 II Cost.) prima che fosse approntata la legislazione sostitutiva, essa ha realizzato con grande tatto e senso pratico un ambito di diritto giurisprudenziale molto migliore, a giudizio di alcuni osservatori, della disciplina, introdotta in fretta e pregiudicata da compromessi, della legge sull'equiparazione del 1957. Ma anche nella difficile applicazione di questo nuovo materiale normativo essa ha apportato nel frattempo un contributo di umile e prezioso lavoro.

Nonostante la continuità rispetto all'opera, soltanto iniziata o già portata a compimento, del *Reichsgericht*, la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* si distacca fundamentalmente da quella del suo predecessore per il diverso rapporto nei confronti del dettato legislativo. Mentre infatti il RG si manteneva aderente alla legge (vedendosi spesso costretto in tal modo anche alla ricerca di scappatoie, a costruzioni ausiliarie o a metodi nascostamente arieggianti la giurisprudenza degli interessi), il BGH si dichiara apertamente e sicuro di sé per l'impegno del giudice a favore di un adeguamento dell'ordinamento giuridico scritto alle esigenze sociali ed ai valori morali dell'attuale società tedesco-occidentale.

Questo atteggiamento spiega significative differenze nello stile e nei tempi del lavoro giurisprudenziale di adattamento del diritto legislativo. Mentre il RG (con la sola eccezione della libera rivalutazione dei crediti propugnata dalla organizzazione di ceto dei Magistrati) ha imboccato nuove strade con molta cautela e con un proverbiale *horror pleni* (cioè evitando tendenzialmente decisioni plenarie) e comunque caso per caso e con esitazione, il BGH ha invece determinato svolte fondamentali, anticipando la disciplina legislativa che di volta in volta gli è sembrata auspicabile e al di là della occasione concreta fornita dal caso in esame. Ciò è visibile in modo particolare in tema di disciplina generale dei diritti della personalità (« caso del cavaliere ») o nella derivazione di effetti simili a quelli contrattuali da fattispecie sociali (« caso del parcheggio », istituzione « tacita » di erede dell'azienda agricola, contratto di trasferimento). A questa situazione corrisponde, dal punto di vista dell'organizzazione giudiziaria, l'incoraggiamento dell'opera di sviluppo giurisprudenziale del diritto proveniente dalla recezione del « *Großer Senat* » (al posto del collegio a corti civili riunite) dal sistema della riforma del 1935 (predisposto tuttavia per altri scopi politici). Evidentemente inoltre il BGH ha spesso evitato l'adozione di più ovvie soluzioni convenzionali (gestione d'affari senza procura nel « caso del cavaliere », arricchimento nel

« caso del parcheggio » o applicazione delle disposizioni di diritto del lavoro nel caso della istituzione tacita dell'erede d'una azienda agricola) per provocare l'occasione di nuove sentenze. Esso veniva a trovarsi così nella necessità di porre successivamente dei limiti al principio dapprima stabilito adattandolo così a poco a poco alle esigenze reali. In sintesi: mentre il *Reichsgericht* aveva manifestato la tendenza a procedere con troppa esitazione, il *Bundesgerichtshof* propende piuttosto ad anticipazioni premature.

I motivi di questo mutamento di stile sono comprensibili. L'attività del RG aveva avuto inizio nell'epoca di massima fioritura del Positivismo legislativo, sotto la fresca impressione del prestigio del BGB e dell'apparentemente incontestato dominio del suo sistema di valori. Soltanto faticosamente, e sempre vincolato all'autorità delle proprie decisioni, riuscì ad arrivare a nuove valutazioni; soprattutto dopo la Prima guerra mondiale e l'impressione delle asprezze economiche e dei cambiamenti sociali. Il BGH invece ha cominciato la sua opera in un periodo sufficientemente lontano dalla promulgazione del BGB, dopo un tremendo vuoto nell'ordine economico, nella morale pubblica e nella sicurezza sociale e senza vincoli nei confronti della propria tradizione; inoltre esso si è visto immediatamente posto a contatto con le maggiori responsabilità di cui le necessità del dopoguerra e la scelta costituzionale a favore dello Stato sociale hanno investito anche il giudice civile. A tutto ciò va infine aggiunto il discredito morale del Positivismo legislativo a seguito delle ingiustizie della legge nello Stato nazionalsocialista; mentre la istituzione del BGH era stata immediatamente preceduta dalla professione di fede della Costituzione in una giustizia al di sopra della legge, nel chiaro ristabilimento del sistema di valori dello Stato di diritto e nel carattere sociale di questo Stato. In grembo alla corte stessa poi era particolarmente viva la convinzione (in senso lato giusnaturalista) dell'esistenza di un ordine assoluto extraterreno dei valori sociali, la cui realizzazione deve costituire il compito più nobile del giudice ⁽⁷¹⁾. Con questa convinzione il

(71) Per l'influsso del pensiero giusnaturalista sulla giurisprudenza vedi *infra*, p. 373 ss. Nella giurisprudenza civile la sua influenza immediata si è limitata ad occasionali *obiter dicta* (« Che cosa sia lesione ... della salute, non può essere

BGH si è accinto con ferma fiducia al lavoro di rinnovamento della giurisprudenza tedesca nel completo distacco da ogni valutazione formale e positivista.

In effetti questo atteggiamento è servito a dare allo sviluppo del diritto tedesco in tempi recenti fruttuosi impulsi. In stretto contatto con i compiti sociali come prima di lei nessun'altra giurisprudenza che non fosse di origine rivoluzionaria, il BGH ha potuto inserire il diritto civile nella concezione sociale dello Stato di diritto ponendolo in armonia con il quadro costituzionale. La sua maggiore sicurezza di sé ne ha posto la giurisprudenza, più di quanto non sia stato possibile fare con l'opera del giudice positivista, al riparo dalle manipolazioni delle parti interessate, e la scelta di principio a favore di un'aperta attività di progressivo adattamento del diritto ha permesso l'abbandono di costruzioni concettuali superate o non più rispondenti a verità.

Ovviamente dove c'è luce ci sono anche ombre. La decisione con cui si porta avanti il processo di distacco dalle tradizioni legislative e dogmatiche pone nuovi problemi di cui sarebbe auspicabile che la nuova giurisprudenza avesse costantemente coscienza. I suoi improvvisi cambiamenti e gli sforzi per il raggiungimento di una giustizia del caso concreto compromettono senza dubbio la certezza esterna del diritto, cioè la prevedibilità per gli avvocati e per le parti del tenore della decisione, come pure quell'uniformità di applicazione che svolge un ruolo così indispensabile per l'economia della lite ed anche per il consolidamento di una stabile coscienza giuridica dei consociati. Analogamente presenta i suoi svantaggi il progressivo abbandono delle basi sistematiche e concettuali della grande scienza giuridica del XIX

definito con i concetti logici della tecnica giuridica ma è piuttosto predeterminato, come il dono stesso della salute, dal creato e dalla natura », BGH 8, 244; cfr. *supra*, nt. 61). Inconfondibile rimane tuttavia anche nella giurisprudenza civile il favore per un giudizio secondo i criteri di un'etica normativa (sulla questione WEISCHEDEL, *Recht u. Ethik* ², Karlsruhe 1958); sull'applicazione di principi etici nella giurisprudenza del BGH vedi ESSER, *Wertung, Konstruktion u. Argument im Zivilurteil*, 1965, pp. 17 s. (« superamento di controlli dogmatici e costruttivi » mediante « l'evidenza dei valori »); cfr. anche *infra*, pp. 370 s., ntt. 78 e 79.

V. sul punto le valutazioni differenziate di J. ESSER, *Realität u. Ideologie d. Rechtssicherheit. Festschr. Rittler*, 1957, pp. 13 ss.

secolo, la cui regola costante, di commisurarsi sempre alla « verità interiore e alla coerenza » (*supra*, p. 178) del sistema e della dogmatica del diritto e di controllare il proprio modo di sentire giuridico sul metro di una « costruzione » esente da contraddizioni (l'ultima giustificazione della dogmatica giuridica), si era rivelata utile anche alla giustizia materiale ed alla contingenza interna dell'ordinamento, due autentici valori dell'etica giuridica pratica. Infine una fiducia troppo accentuata nella esattezza assoluta di valutazioni sostanziali etico-giuridiche può essere nociva — come dimostra soprattutto la storia del Giusnaturalismo — ai compiti concreti dell'apparato giudiziario che possono essere realizzati soltanto attraverso lo sforzo continuo di avvicinarsi quanto più possibile alla giustizia (72).

II. 1. La legislazione più recente, in cui dopo la fine della Prima guerra mondiale si è fatta più evidente la tendenza verso lo Stato sociale, non ha intaccato molto profondamente nella sua immediata struttura esterna la codificazione del 1900. Fino al 1933 le modificazioni si sono limitate all'emendamento del 1908 relativo alla tenuta di animali (una giustificata concessione agli interessi dell'agricoltura) e alla sostituzione della disciplina del diritto di superficie del BGB (§§ 1012-1017), ancora di impronta romanistica ed inadeguata alla politica di finanziamento dei nuovi insediamenti comunali superficiali, a mezzo del regolamento dei diritti di superficie del 15.1.1919. In realtà tuttavia con il regolamento sull'alienazione di fondi del 1918 (necessità di autorizzazione), con la legge a tutela dell'inquilino del 1920, con la legislazione sulla rivalutazione, con la legge sull'assistenza giovanile del 9.7.1922 e con lo sviluppo del diritto del lavoro si sono operati interventi molto più profondi nella sostanza stessa del diritto civile. Ma soltanto il regime nazionalsocialista e poi l'epoca della ricostruzione dopo il 1945 hanno disarticolato o sostituito mediante codificazioni parziali settori normativi in sé coerenti del BGB.

(72) Cfr. WELZEL, *Diritto naturale*, cit., p. 379; WEISHCEDDEL, *Recht u. Ethik*, cit.; WIEACKER, *JZ*, XIX (1964), p. 640; ID., *Zum heutigen Stand d. Naturrechtsdiskussion*, Köln/Opladen 1965, pp. 16 s.; ESSER, *Wertung Konstruktion u. Argument im Zivilurteil*, Karlsruhe 1965.

2. I cambiamenti legislativi del periodo nazionalsocialista vengono qui in considerazione soltanto in quanto non siano stati indotti da ideologie irrealistiche o criminali, in particolare da idee razziste o da analoghe discriminazioni nei confronti di minoranze perseguitate, o infine dalla tattica intimidatoria della dittatura nazionalsocialista, bensì siano tali da poter trovar posto in uno Stato di diritto intatto ⁽⁷³⁾. Questo settore coincide più o meno ⁽⁷⁴⁾ con quelle innovazioni giuridiche che dopo il 1945 non sono state abrogate dalla nuova Germania ⁽⁷⁵⁾.

Le vere e proprie leggi terroristiche nel campo del diritto privato sono state ovviamente poche; esse sono sostanzialmente le leggi razziste di Norimberga e la legge che privava l'avversario politico esiliato della capacità di ricevere per testamento. Insanabilmente impregnate di ideologia nazionalsocialista erano la legge matrimoniale nella vecchia redazione del 1938, la legge eugenetica del 1935, la maggior parte delle disposizioni procedurali per l'accertamento della « discendenza di sangue » e la impugnazione dello stato di figlio legittimo da parte del Pubblico ministero (modificazioni alla legge sulla disciplina della famiglia del 12 aprile 1938) così come la legge sui poteri ereditari. Per quanto riguarda la legge eugenetica, tuttavia si deve tener conto della tollerabilità anche in uno Stato di diritto dell'obbligo di utilizzazione dei consultori matrimoniali, che si muove nell'ambito dei risultati accertati delle ricerche in tema di trasmissione dei caratteri ereditari ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷³⁾ Non soltanto nel diritto penale (che si trascina dietro inasprimenti o nuove fattispecie di discutibile contenuto ma che comunque poterono insinuarsi soltanto senza il vaglio del Parlamento sotto il regime nazionalsocialista) ma anche nel campo del diritto privato sono rimaste in vigore leggi nazionalsocialiste, il cui contenuto, a condizione che se ne faccia un uso conforme ai dettami costituzionali, non si trova in contrasto con i principi dello Stato di diritto ma di cui la trasparente motivazione o derivazione autoritaria o nazionalsocialista avrebbe dovuto consigliare l'abrogazione (o magari la sostituzione con atti normativi fondati sulla ristabilita legalità): cfr. anche *infra*, nt. 76.

⁽⁷⁴⁾ Di regola si può facilmente riconoscere se queste leggi fossero espressione di intenzioni ideologicamente neutrali ed orientate al caso concreto (come le leggi, di seguito ricordate, sulle servitù personali, sul diritto della navigazione, e soprattutto sull'assenza o scomparsa), oppure invece leggi terroristiche o affermazioni di ideologie politiche estranee al diritto e alla vita.

⁽⁷⁵⁾ Così ad es. si è mantenuta in vigore la sanzione penale del § 170a del Codice penale evidentemente senza riflettere sugli effetti incisivi a sfavore della concezione della proprietà caratteristica dello Stato di diritto.

⁽⁷⁶⁾ Nondimeno è indubbia l'abrogazione della legge eugenetica. Per la pre-

A prescindere da emendamenti insignificanti (come la legge sull'usufrutto e sulle servitù personali del 13.12.1935, come i §§ 1059 a-e oppure i §§ 929a, 932a; come infine le disposizioni sulla trasmissione della proprietà della nave, introdotte dalla legge sulla navigazione del 1940), notevoli innovazioni si sono avute in tema di diritto delle persone e di diritto matrimoniale e testamentario.

a) La legge sulla scomparsa del 4 luglio 1938 ha cercato nella sostanza di tener conto dei moderni mezzi di trasporto e di comunicazione come pure degli interessi delle società di assicurazione sulla vita ad un sollecito disbrigo dei casi; e sicuramente si era pensato al conflitto imminente ed alle operazioni militari di aggressione ad esso equivalenti (cfr. § 4 «operazione speciale»). Nei §§ 39-45 si è recepita dal diritto austriaco l'efficace «procedura per l'accertamento dell'istante della morte» in casi di «morte indubbia» (§ 1.II).

b) Nel 1938 a seguito dell'evento esterno della unificazione del diritto matrimoniale tedesco ed austriaco fu promulgata una nuova legge matrimoniale che disarticolava anche esternamente dal BGB la disciplina della contrazione e dello scioglimento del matrimonio. In tema di divorzio si intersecano, in modo del tutto singolare, legittime e già mature esigenze di sostituzione del principio della colpa con quello della disgregazione come pure un anticonfessionalismo appena velato, con i robusti interessi di funzionari arrivati e con un interesse biologico alla crescita della popolazione, che nel suo utilitarismo pieno di disprezzo per la natura umana non ha saputo comprendere che la via migliore per il potenziamento della forza anche fisica di un popolo è l'integrità e la tutela giuridica del matrimonio. A questo atteggiamento corrisponde anche la scarsa attenzione per il diritto agli alimenti della donna divorziata ed il suo abbandono allo

cisione il § 2 (certificato di idoneità) non era mai entrato in vigore mentre il § 3, che si trovava in contrasto con i motivi esclusivi di nullità previsti dalla legge matrimoniale del 20.2.1946 (legge n. 16 del Consiglio di controllo, §§ 16-22, specialmente § 16) ha perduto indubbiamente la sua vigenza. Ma purtroppo l'ordinanza n. 34 del governo militare della, allora, zona britannica ha disposto «l'attuazione della disciplina di questa legge» (ma contemporaneamente il 28.8.1947 la riapertura dei procedimenti in questioni di ereditarietà dello stato di salute). Nell'interesse di un chiaro distacco dalle idee matrimoniali naturalistico-biologiche del legislatore nazionalsocialista (rappresentanti in egual misura un abbandono sia delle concezioni ecclesiastico-sacramentali che di quelle giusrazionalistico-contrattuali) sarebbe auspicabile un'espressa abrogazione e corrispettivamente una disciplina legislativa dei consultori matrimoniali (cfr. anche MÜLLER-FREIENFELS, *Ehe u. Recht*, 1962, pp. 327 ss.

sfruttamento della propria capacità di lavoro. La giurisprudenza di allora ha cercato di favorire, sotto la pressione pubblica, quella liberalizzazione del divorzio che il legislatore (specializzato) aveva ancora contenuto entro certi limiti. Al contrario la nuova disciplina delle conseguenze personali del divorzio ha tenuto conto delle vecchie ragionevoli convinzioni della prassi. Per ciò che concerne la conclusione del matrimonio si è fatta sentire, accanto ad un più stretto controllo dello Stato, l'avversione caratteristica del Naturalismo giuridico per la dignità interiore della forma della celebrazione. Nonostante la considerazione di esigenze già da tempo fatte presenti e gli innegabili progressi tecnici, la legge ha meritato il rimprovero, nella sua concezione di fondo, di aver rivolto la sua attenzione all'essenza dell'Uomo e del matrimonio in modo molto più sbrigativo e superficiale che non la media della popolazione.

La rielaborazione della legge matrimoniale da parte della legge del Consiglio di controllo n° 16 del 20 febbraio 1946 ne ha purgato la terminologia ideologica senza intaccarne la sostanza. I contrasti di vedute dei partiti ne hanno reso impossibile finora una revisione di fondo; con tutto ciò la concezione cristiano-conservatrice è riuscita a far passare nell'emendamento del § 48 con la legge dell'11 agosto 1961 (BGBl., I.1221) una versione più rigorosa del principio della disgregazione. Sulla facilitazione o sull'aggravamento del divorzio continua ad essere decisiva l'applicazione locale del § 48 da parte dei vari organi giudicanti. Il complesso normativo regolante la celebrazione e lo scioglimento del matrimonio a tutt'oggi non è stato ancora reincorporato nella codificazione.

c) Il decreto sulle *suppellettili domestiche* del 21 ottobre 1944, reso necessario dalle difficoltà degli ultimi anni di guerra, ha riconosciuto per la prima volta, fuori da quelli che possano essere gli effettivi rapporti di proprietà secondo il diritto civile, un collegamento della facoltà di disporre della mobilia comune con il fatto stesso dell'esistenza della unione coniugale. Queste idee sono state oggi riprese dalla normazione relativa all'equiparazione dei sessi (§§ 1369 s. BGB, nuova red.) ⁽⁷⁷⁾.

d) La legge sul *testamento* del 31 luglio 1938 ha scorporato dal BGB le disposizioni riguardanti testamenti e contratti successori. In sostanza essa ha cercato di ovviare ad inconvenienti da tempo rilevati e relativi sia alla forma del testamento olografo che all'atteggiamento incerto della giurisprudenza in questo settore ⁽⁷⁸⁾. Il § 48 tuttavia, che sanciva la nullità delle disposizioni carpite « sfrut-

⁽⁷⁷⁾ Cfr. *infra*, p. 276.

⁽⁷⁸⁾ Su questi problemi fondamentale F. v. HIPPEL, *Formalismus u. Rechtsdogmatik*, 1935; cfr. anche ID., JW, LXVII (1938), pp. 625 ss.

tando la situazione di necessità del morituro », rappresentava un attacco appena velato contro clausole a favore delle Chiese e delle loro istituzioni di beneficenza; invece la sanzione della nullità di qualsiasi disposizione « che in modo contrario ad ogni sano sentire del popolo trascuri i necessari riguardi che il testatore responsabile deve avere nei confronti della famiglia e della comunità etnica » (§ 48 II) incoraggiava eredi sfavoriti ad atti di discriminazione razziale, politica e morale contro il testatore ed i coeredi ⁽⁷⁹⁾. Queste macchie odiose sono state cancellate dall'art. 1a della legge del Consiglio di controllo n° 37 del 30 ottobre 1946. Con la legge per la ricostituzione dell'unità legislativa del 5 marzo 1953 la legge testamentaria è stata reincorporata nel BGB (§§ 2229-2264). Riserve di autorizzazione regionale per disposizioni di ultima volontà a vantaggio della mano morta (artt. 86 e 87 della legge introduttiva al BGB) sono state abrogate in questa occasione.

Che il « rinnovamento giuridico » nazionalsocialista si sia astenuto da modificazioni profonde al diritto civile può meravigliare soltanto a prima vista. La distruzione dello Stato di diritto e gli sviluppi (da tenersene separati) verso lo Stato sociale si sono attuati infatti in questo periodo prevalentemente tramite la legislazione speciale e la giurisprudenza e soprattutto in via d'applicazione della legge da parte del potere pubblico. Questo vale in modo particolare per il completo rivolgimento nei settori dell'economia di mercato, del diritto del lavoro e del diritto fondiario ⁽⁸⁰⁾.

Per il futuro si progettava già la sostituzione del BGB con un « *Volksgesetzbuch* », un Codice popolare. Nonostante che i lavori di preparazione costituissero un auspicato pretesto per la prosecuzione di serie discussioni di riforma da parte di scienziati e pratici sostanzialmente orientati per lo Stato di diritto, il « Progetto del primo libro di un Codice popolare tedesco » ⁽⁸¹⁾ pubblicato nel 1941 ha mostrato chiaramente che non c'erano le condizioni per « discernere il grano dal loglio », che cioè in un regime autoritario violento non c'è assolutamente spazio per la grande e libera concezione di un nuovo modello di diritto. Nella sua struttura linguistica esso cercava infatti in ma-

⁽⁷⁹⁾ Tristemente indicativo di questa situazione è il Provvedimento Generale del Ministro della Giustizia del Reich del 23.9.1941 (Dt. Justiz, CIII (1941), p. 958)

⁽⁸⁰⁾ Cfr. *infra*, pp. 291 ss.

⁽⁸¹⁾ *Volksgesetzbuch. Grundregeln und Buch I. Entwurf u. Erläuterungen (Arbeitsberichte der Ak. f. D.R., XXII, 1941)*.

niera a tratti addirittura penosa, la popolarità politica ⁽⁸²⁾; nella sistematica e nei contenuti si palesava invece del tutto convenzionale, anzi, nei settori in cui non era questione di concessioni ideologiche, piuttosto conservatore. Prima del 1933 qualunque progetto di un nuovo diritto privato tedesco avrebbe potuto contare sull'attenzione dei giuristi del mondo intero. Ora invece quelle prime proposte non vennero prese in considerazione nemmeno nei paesi con forme di governo affini, di plauso poi non è nemmeno il caso di parlare; e lo stesso destino toccò financo all'opera pregevole che in vista della riforma del diritto civile continuò a farsi in molte commissioni della « Accademia per il Diritto Tedesco » ⁽⁸³⁾. Nulla dimostra più chiaramente la rapida decadenza della scienza del diritto privato: prima valida a livello mondiale, poi strumento dell'abuso politico e privata delle sue forze migliori con l'esilio, la persecuzione o la intimidazione.

3. Anche nell'opera di rinnovamento dello Stato di diritto dopo il 1949, con la chiara conversione ai principi dello Stato sociale in ossequio alla secolare tendenza del diritto privato in questa direzione, gli strumenti più efficaci della crescita sono stati la legislazione particolare e la giurisprudenza. Nelle celebrazioni per il cinquantesimo anniversario del BGB predomina ancora un grato sentimento di dipendenza e di apprezzamento ⁽⁸⁴⁾. Eppure risale già a questo periodo, accanto a tutto un lavoro caratteristico di emendamento, la prima completa riforma di settore sfo-

⁽⁸²⁾ Nonostante la riserva (da approvarsi) contenuta in *Volkszes.*, cit. (nt. 81), p. 24.

⁽⁸³⁾ Sulla base delle pubblicazioni dell'Accademia si può constatare, ad es. nelle commissioni per il diritto delle obbligazioni, per la disciplina delle cose mobili, per il diritto ipotecario, per il diritto ereditario, per il diritto delle associazioni, ma anche per la disciplina del lavoro giovanile, per il diritto penale minorile, addirittura per la disciplina della espropriazione, la prevalenza di un atteggiamento di fondo orientato ai principi dello Stato di diritto o a punti di vista scientifici o oggettivi. Nella misura in cui si è fatta strada la decadenza del sentimento giuridico e la corruzione della legislazione privatistica anche sotto un profilo tecnico ad opera degli interessi del potere politico, le proposte ed i rapporti di queste commissioni sono andate sempre più acquistando puro carattere accademico.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. DÖLLE, *Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Gegenwart*, 1950; HEDERMANN, *Jur. Rd.*, 1950, pp. 1 ss.; ISELE, *AcP*, CL (1951), pp. 1 ss.; W. KISCH, *NJW*, III (1950), pp. 1 s.; lavori pubblicati tutti in occasione delle celebrazioni, significativamente in sordina, del cinquantesimo anniversario del codice tedesco.

ciata nel totale rinnovamento della disciplina del patrimonio familiare.

a) Tra i diversi emendamenti va ricordato quello del § 906 che, portando ad attuazione legislativa l'ultima giurisprudenza, ha modificato la disciplina delle immissioni orientandola anziché al criterio della prevenzione a quello dell'indennizzo ⁽⁸⁵⁾. Nell'interesse dell'edilizia privata, la legge del 15 marzo 1951 ha creato un nuovo diritto di proprietà su case d'abitazione strutturato come comunione *pro indiviso* inscindibile (WEG § 10 I) — con un ordinamento amministrativo di tipo cooperativo (§§ 20 ss.; cfr. 14-16) — e un diritto permanente di abitazione (§§ 31 ss.), entrambi in contrasto con il principio della inassoggettabilità di parti di un edificio a qualsiasi disciplina speciale (§ 93 BGB) caratteristico sia del concetto di cosa della Pandettistica sia della concezione liberale della proprietà. In funzione della nuova concezione sociale del diritto delle abitazioni era anche ideato il nuovo generale rafforzamento della tutela dell'inquilino contro la disdetta, divenuto necessario dopo il progressivo smantellamento della protezione giuridica del locatario ⁽⁸⁶⁾. Una legge federale per la revisione dei contratti ha riunito insieme definitivamente molte disposizioni degli ultimi anni di guerra e del dopoguerra nelle quali, in veste di moratorie, ridimensionamenti del debito e revisione giudiziale delle clausole contrattuali, si era maggiormente espressa la generale tendenza ad una definizione sociale del contenuto del rapporto di debito. Nel campo della disciplina del danno la legge del 5 aprile 1965 (*Bundesgesetzblatt* = BGBl., I 213) sull'assicurazione dei veicoli contro la responsabilità civile consente (accanto al progetto per la imminente riforma di tutta la materia del danno: v. *supra*, p. 264 e nt. 67) uno sguardo a fondo sulla ristrutturazione in senso sociale del diritto privato. Procedendo infatti sulla via intrapresa nel 1939 con la istituzione di una assicurazione obbligatoria, si concede al terzo danneggiato di rivolgersi, con una caratteristica violazione del sistema, direttamente alla società assicuratrice. Ciò significa quindi che l'interesse del contratto non viene più visto nella liberazione del civilmente responsabile bensì nella stessa copertura del danno, esprimendo così apertamente, sia pure per un tipo particolare di

⁽⁸⁵⁾ Legge federale per la modifica dell'ordinamento industriale del 22.12.1959 (*Bundesgesetzbl.*, 1959, I 781); cfr. nt. 45.

⁽⁸⁶⁾ Legge federale del 14.7.1964 (BGBl., I 457), come contrappeso per la contemporaneamente iniziata eliminazione regionale della legislazione a tutela degli inquilini (*infra*, p. 293) nel caso di vecchie case d'abitazione nei cd. circondari bianchi.

contratto, la tendenza generalmente seguita dalla giurisprudenza: cioè la concezione del contratto come mezzo destinato a garantire l'esistenza sociale, dal che a sua volta consegue la necessità di spezzare la rigorosa intersoggettività (relatività) del concetto classico di credito (§ 241 BGB).

b) La legge del 18 giugno 1957 ha attuato con quattro anni di ritardo il dettato costituzionale (artt. 3 II, 117) concernente l'abrogazione e la modificazione di quelle parti del diritto civile in contrasto con il principio dell'equiparazione dei sessi. La legge, frutto di un compromesso di vedute, cerca di conciliare il criterio della equiparazione dell'art. 2 Cost. con le particolari esigenze di tutela del matrimonio e della famiglia (art. 6 I Cost.) attraverso la costruzione di un regime patrimoniale familiare di carattere cooperativo. Questi elementi di struttura cooperativa si esprimono specialmente nella conservazione del regime contrattuale dei beni della comunione patrimoniale (ormai paritetica) (§§ 1415 ss.), nella limitazione della facoltà di disporre estesa a tutto il patrimonio di entrambi i coniugi (§ 1368) ed agli oggetti di uso domestico (§§ 1369 s.), e infine nella comunione degli acquisti patrimoniali cioè nel riconoscimento di un eguale diritto alla ripartizione, all'atto dello scioglimento del matrimonio, dell'incremento patrimoniale comunemente derivato ad entrambi i coniugi durante il persistere del vincolo (§§ 1371-1390). Se anche in tal modo non si è riusciti a trarre rigorosamente le conseguenze della separazione dei beni, tuttavia l'idea della equiparazione ha trovato, nel reciproco obbligo di mantenimento (§ 1360), nella responsabilità sussidiaria della moglie per negozi conclusi nell'ambito del suo potere domestico (§ 1357 I) e nella eliminazione della pretesa di dote, un'espressione attuale ed adeguata alla posizione odierna della donna nel mondo del lavoro.

Gli effetti del compromesso e la fretta della redazione conclusiva dovuta alla mancanza di tempo, si manifestano purtroppo in una serie di difetti di contenuto e di forma. Così ad es. il tentativo, ispirato da riflessioni pratiche ma anche ideologiche, di lasciare intatta la preminenza del diritto paterno di sorveglianza e rappresentanza (§ 1628) è fallito a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dei §§ 1628 e 1629 I pronunciata dalla Corte costituzionale il 29 luglio 1959 (BGBl., I 633) interpretando esattamente lettera e spirito dell'art. 3 I della Costituzione. Invece con la generalizzazione della pretesa alla

ripartizione degli incrementi patrimoniali tramite l'aumento di un quarto della quota ereditaria del coniuge (§ 1371, 1931 III) il legislatore sembra essere andato oltre il suo compito di apprestamento di una disciplina del patrimonio familiare adeguata al principio dell'equiparazione; anche di fatto questo privilegiare la vedova (in genere più longeva) a sfavore dei figli non pare sempre corrispondere alle attuali concezioni giuridiche ed alle esigenze economiche⁽⁸⁷⁾. La designazione del regime legale dei beni, in una situazione di attenuata separazione patrimoniale di tipo cooperativo, come *comunione degli incrementi* — designazione con cui il legislatore sottolinea la sua scelta per la costituzione di una forte cooperativa matrimoniale — è pericolosa dal punto di vista dogmatico e pedagogico essendo preferibile che la espressione « comunione » si riservi unicamente alle vere comunioni di carattere patrimoniale del diritto civile con le loro specifiche conseguenze dogmatiche. La « comunione degli incrementi » è invece paradossalmente una semplice comunione contabile a fini di liquidazione al momento dello scioglimento della cooperativa matrimoniale. La elaborazione tecnico-giuridica del problema di gran lunga più importante in costanza di matrimonio, cioè quello delle limitazioni alla facoltà dei coniugi di disporre su cose « appartenenti al comune patrimonio familiare » (§ 1386 s.), presenta evidenti e gravi difetti. Nonostante questi vari rilievi⁽⁸⁸⁾, le concrete scelte di fondo della legge sull'equiparazione, soprattutto il collegamento tra equiparazione della moglie e rafforzamento della cooperativa matrimoniale, meritano in linea di massima approvazione.

(87) Questo giudizio non viene completamente condiviso nemmeno da coloro che pure criticano l'aspetto tecnico della disciplina. Sulle difficili questioni interpretative cfr. da una parte Heinr. LANGE, NJW, X (1957), p. 1381; XI (1958), pp. 288 ss.; dall'altra NIEDERLÄNDER, NJW, XIII (1960), pp. 1732 ss. (alle cui vedute si avvicinano maggiormente le mie); su posizioni mediatrici THIELE, FamRZ, V (1958), pp. 393 ss.; MASSFELLER-REINICKE, DB, 60; pp. 1445 ss.; e inoltre ora i manuali di DÖLLE, I, 1964 e GERNHUBER, 1964; cfr. Herm. LANGE, JZ, XX (1965), pp. 425 ss.; da ultimo OLTROGGE, *Der Pflichtteil des überleb. Ehegatten*, Diss. Göttingen 1966, con un resoconto sulla storia della legislazione alle pp. 4-24. Le difficoltà derivano, oltretutto dalla redazione non chiara del testo, concordato all'ultimo momento, del § 1371 II e III (*Pflichtteil*, quota indisponibile) e del § 1931 III, anche dal fatto che il legislatore ha mancato di indicare chiaramente se intendesse limitare l'aumento della quota del coniuge al caso specifico della valutazione globale degli incrementi o se invece lo concepisse come una generale intensificazione dei diritti ereditari del coniuge, quindi anche come aumento della quota di legittima (a danno dei figli in concorso).

(88) Cfr. ad es. la decisa e non ingiustificata critica del BÄRMANN, *Das neue Ehegüterrecht*, AcP, CLVII (1958), pp. 146 ss., spec. 181 ss.; Id., JZ, XIII (1958), pp. 225 ss.

c) Il ripetuto dettato costituzionale (art. 121 Cost. Rep. di Weimar; art. 6 V Cost. attuale) teso al miglioramento della posizione del figlio illegittimo nel diritto privato non ha trovato invece fin qui attuazione nella legislazione familiare, se si eccettua il rafforzamento del diritto al mantenimento ed il suo prolungamento fino al 18° anno di vita ⁽⁸⁹⁾ — evidentemente sia perché dal 1924 ad oggi non si sono avute quelle maggioranze parlamentari socialliberali che avrebbero potuto vincere la resistenza delle concezioni morali cristiano-conservatrici, sia per il motivo pratico che la efficace tutela esercitata istituzionalmente dall'Ufficio per i minorenni ed introdotta dalla legge sull'assistenza minorile avrebbe dovuto essere sostituita dal pieno diritto di rappresentanza della madre naturale ⁽⁹⁰⁾. Non si è nemmeno riusciti a raggiungere il livello di sicurezza già garantito ad es. nello ZGB svizzero con il riconoscimento dei cd. « *Brutkinder* », i figli avuti dalla promessa sposa. Nel frattempo tuttavia la discussione si è aperta su tutti i fronti, soprattutto nelle sedute del 44° *Deutscher Juristentag*, il Congresso dei Giuristi Tedeschi (1962); e di recente il Ministero Federale della Giustizia ha approntato un progetto che tiene conto delle sollecitazioni della Corte costituzionale federale ⁽⁹¹⁾.

d) La legge per la facilitazione dell'adozione dell'8 agosto 1950 si è ispirata invece non soltanto alle esigenze umane e morali del periodo di guerra e del dopoguerra ma anche a moderne conoscenze in tema di assistenza ai giovani.

III. Il quadro generale della giurisprudenza e della legislazione di diritto civile presenta, pur nel succedersi a partire dal

⁽⁸⁹⁾ § 1708 BGB (nuova red.), sulla base della legge di emendamento al diritto di famiglia dell'11.8.1961.

⁽⁹⁰⁾ Indicativa delle difficoltà tecniche è anche l'esitazione della prassi della Germania orientale ad aggiornare nel senso indicato dall'art. 33 della Costituzione della RDT la disciplina legislativa del diritto ereditario del figlio illegittimo (cfr. *supra*, p. 236 nt. 60).

⁽⁹¹⁾ *Referentenentwurf eines Gesetzes über d. rechtl. Stellung d. unehelichen Kinder* (legge sugli illegittimi), ed. dal Ministero Federale della Giustizia, Bielefeld 1966; su cui, con cautela, Herm. LANGE, *JZ*, XXI (1966), pp. 727-735. Significativo inoltre il cd. *Heidelberger Entwurf der Deutschen Instituts f. Vormundtschaftswesen* (*ZentrBlJugR*, 1963, pp. 199 ss.).

1918 di diverse forme costituzionali e politiche e nonostante il conflitto delle ideologie, una tale costanza di caratteri comuni da giustificare il tentativo di guardare alla recente evoluzione del diritto privato come sviluppantesi in un unico contesto. Seguendo la nota e pregnante formula programmatica della Costituzione (art. 20 I e II), la generale tendenza di sviluppo si lascia ricondurre al passaggio dallo Stato borghese-liberale allo Stato di diritto sociale — a patto di intendere con questo la realizzazione della responsabilità collettiva per l'esistenza sociale, economica e morale dei singoli cittadini garantendo l'autonomia dell'ordinamento ed il rispetto dei diritti privati ⁽⁹²⁾. Le caratteristiche più salienti di questa svolta sono la relativizzazione dei diritti soggettivi in vista della loro funzione sociale, il collegamento di questi diritti con un contesto etico-sociale e l'abbandono del formalismo del classico sistema del diritto privato del secolo XIX.

1. L'essenza del principio dello Stato sociale si manifesta nella limitazione della sfera d'esplicazione soggettiva della posizione giuridica del singolo: cioè nella responsabilizzazione non soltanto della società ma anche dello stesso individuo per l'esistenza sociale ed il benessere degli altri. Nella legislazione privatistica più recente essa trova l'espressione più drastica nella tutela dell'inquilino, nella possibilità di revisione giudiziaria delle clausole contrattuali, nella nuova disciplina delle immissioni e nei progetti di riforma della disciplina del danno. Effetti ancora più persistenti essa dimostra tuttavia nel continuo lavoro di dettaglio della giurisprudenza teso alla limitazione dei diritti del creditore sotto il

⁽⁹²⁾ Cfr. già WIEACKER, *Das Sozialmodell d. klass. Privatrechtsgesetzbücher u. d. Entw. d. mod. Gesellschaft*, 1963, pp. 24 s. Stimolante EGGER, *Wandl. d. kontinentaleurop. PRordn. in d. Ära d. Weltkriege*, *Festschr. Max Huber*, Zürich 1945, pp. 41-75. Istruttiva a questo proposito la questione del « modello umano » attuale del giudice: HANS HUBER, *ZSchweizR*, LXXX (1961), pp. 1 ss.; HUBMANN, *Das Menschenbild unserer Rechtsordnung*, *Festschr. Nipperdey*, I, 1965, pp. 37 ss. Significativa per la Francia l'importante esposizione di R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui* ², Paris 1964; cfr. anche i contributi in *Etudes Ripert, Le droit privé franç. au milieu du XXe siècle*, I/II, Paris 1950.

profilo della ammissibilità (tollerabilità) della prestazione, al continuo ampliamento dei doveri di garanzia nel rapporto contrattuale, alla derivazione di effetti contrattuali da fattispecie sociali, al progressivo allargamento della responsabilità da delitto e infine al rafforzamento dei doveri del proprietario in rapporto a singoli terzi. I sintomi più appariscenti di questo sviluppo sono la liberazione del debitore dall'obbligo di prestazione in considerazione della sua generale condizione finanziaria operata dalla recente giurisprudenza sulla causa negoziale, il calcolo dell'indennizzo per danni immateriali e la libera commisurazione del risarcimento del danno secondo criteri di equità sociale ⁽⁸³⁾. Questa tendenza corrisponde talmente al generale modo di sentire del presente ⁽⁸⁴⁾ che spesso non se ne vedono i pericoli, consistenti essenzialmente nel crescente superamento della intangibilità di diritti fondati su contratti moralmente ineccepibili ed il rilassamento del senso delle parti per un adempimento coscienzioso delle obbligazioni assunte. Questo utilitarismo sociale, l'opposto dell'individualismo rigoroso e fariseo della metà del secolo XIX, trova in ultima analisi la sua giustificazione nella concezione naturalistica che anche il diritto privato debba perseguire, oltre ai propri, scopi di carattere sociale. Il che è senza dubbio esatto, ma non costituisce l'intera verità.

2. Nella misura in cui la reciproca solidarietà sociale dei membri della collettività giuridica, in quanto interiormente vincolante, si lascia motivare soltanto da un punto di vista etico-sociale, essa si collega indiscutibilmente a tendenze moraleggianti. Questa rinnovata carica etica del diritto privato — se si prescinde dalle formule piene di pathos delle leggi nationalsocialiste calcolate in vista dell'emozione ideologica o dell'intimidazione politica — si fa sentire nella giurisprudenza più chiaramente che nei singoli atti legislativi dello Stato sociale. Specialmente nel diritto delle obbligazioni la giurisprudenza delle corti superiori è ritornata in tal modo quasi senza accorgersene a quell'etica contrattuale materiale della tradizione europea, da ultimo del Giusnatu-

⁽⁸³⁾ *Supra*, p. 264.

⁽⁸⁴⁾ *Cfr. supra*, nt. 92 (HUBER, HUBMANN, SAVATIER).

ralismo laico, che il Formalismo scientifico del XIX secolo aveva abbandonato. Nella teoria dell'affidamento, nel ritorno al principio dell'equivalenza materiale in caso del venir meno della causa del negozio, nella revisione giudiziale del contratto, nel riconoscimento di doveri reciproci di tutela e di riguardo per gli interessi dell'altro, infine nello sforzo di concretizzazione del « buon costume » e delle esigenze della « buona fede », la giurisprudenza si è venuta a trovare su posizioni molto più vicine alle concezioni giuridiche bizantine, medioevali e del primo Giusnaturalismo che non a quelle dei giuristi romani classici o della Pandettistica.

La sopra ricordata tendenza etica, nelle vesti di un orientamento moralistico di per sé mai favorevole all'affermazione del diritto come tale, si manifesta in modo più preoccupante in quei settori nei quali il diritto privato sembra avere da sempre un evidente fondamento morale, cioè nella disciplina dell'atto illecito e nel diritto di famiglia. In tema di delitto essa porta ad una penalizzazione che viene particolarmente in luce in una classificazione dell'obbligo di risarcimento secondo il grado della colpa e nel principio della inammissibilità dello sgravio del danneggiante da parte del danneggiato. Anche nel diritto di famiglia il pur giustificato risalto concesso al carattere etico dell'ordinamento matrimoniale e familiare è suscettibile di favorire facilmente un astratto moralismo che può entrare in contrasto proprio con i compiti sociali pratici del diritto ⁽⁸⁵⁾.

3. L'abbandono del Formalismo giuridico si annuncia innanzi tutto nel progressivo svincolamento del giudice dalle fattispecie rigorosamente previste dalla legge. Ciò corrisponde ad un mutamento nel nuovo Stato sociale della funzione della legge. I compiti di cui si affida l'attuazione all'amministrazione statale sotto il controllo della giurisdizione amministrativa, sociale e del lavoro non consistono più, come nello Stato di diritto borghese, nella delimitazione delle sfere di diritto e di libertà tra loro o contro il potere pubblico bensì in un'opera di *social engineering*, di ela-

⁽⁸⁵⁾ Cfr. ora, accuratamente soppesato, il pensiero di MÜLLER-FREIENFELS, *Ehe und Recht*, 1962, pp. 99, 104, 107 ss., 284 s. e *passim*.

borazione di direttive per la pianificazione della società ⁽⁹⁶⁾. È nell'ambito di un tale tipo di legislazione che trova la sua specifica giustificazione la indeterminatezza della clausola generale richiamantesi all'equità, alla particolare durezza delle circostanze, agli importanti motivi. Oggi clausole di questo genere inondano anche le leggi d'emendamento del diritto privato. Una tale legislazione più che autorizzare costringe il giudice alla elaborazione di propri criteri di valutazione ed alla ricerca dell'equità del caso singolo; spesso gli richiede uno sforzo superiore alle sue forze col lasciare la clausola generale priva di concrete indicazioni orientative ⁽⁹⁷⁾, o lo abbandona a sé stesso ritardando o rimandando per motivi tecnici o politici scelte legislative indispensabili ⁽⁹⁸⁾.

Liberarsi dal vincolo al testo legislativo del BGB significa però anche allontanarsi dalla sua sistematica interna, dal suo apparato concettuale e dalle strutture della sua costruzione, elementi tutti che una volta costituivano le linee portanti del diritto civile. È evidente che ogni spostamento della giurisprudenza nel senso di una maggiore accentuazione della funzione sociale del

⁽⁹⁶⁾ Su questo sviluppo, con una formulazione provocatoria, R. MARCIC, *Vom Gesetzesstaat z. Richterstaat*, 1957; cfr. da ultimo F. WERNER, *Zum Verhältnis v. gesetzl. Generalklauseln u. Richterrecht*, 1966, spec. pp. 11 ss., 19 ss.

⁽⁹⁷⁾ Come dimostra la preferenza accordata, anche negli emendamenti al BGB, e spesso avvertibile, alle clausole generali richiamantesi all'equità senza direttive più specifiche: ad es. § 48 I Legge matr. («una comunità di vita corrispondente all'essenza del matrimonio»); 48 II («moralmente ingiustificato alla luce di una esatta considerazione dell'essenza del matrimonio e del comportamento complessivo del coniuge»); 48 II nuova red. (legge 11.8.1961: «a meno che al coniuge opponente non manchino il senso del vincolo all'unione matrimoniale e la disponibilità entro certi limiti a tenere in vita il matrimonio» [1]); § 59 («equità»); § 138 I BGB («grossolana iniquità secondo le circostanze del caso»); caratteristico anche il § 138 II BGB («una iniquità grossolana p u ò [1] sussistere in particolare quando ... »).

⁽⁹⁸⁾ Un esempio molto vistoso: la decisione (quasi un'ordinanza) della Corte Federale del lavoro, il *Bundesarbeitsgericht* (n. 13, 129 ss.), con direttive vincolanti (anche se non riguardanti il caso in oggetto in merito alla relazione tra ammontare della gratificazione e rinuncia al licenziamento dei membri dell'azienda; provvedimento chiaramente provocato dal silenzio del legislatore e che è servito a prevenire una serie sterminata di controversie di diritto del lavoro (cfr. WIEACKER, JZ, XVIII [1963], pp. 175 ss.).

diritto debba venire necessariamente pagato con turbative della sistematica, deformazioni concettuali, abuso o abbandono di determinate costruzioni. Ora è vero che la prassi giuridica ha sempre considerato a buon diritto come suo compito più alto non la soluzione conforme al sistema concettuale o elegantemente costruita, bensì la decisione del caso singolo secondo criteri giuridici razionali nell'ambito dell'ordinamento giuridico scritto. Ma è altrettanto vero che tra le funzioni delle corti superiori rientra anche la coordinazione della giurisprudenza nell'unità ideale e morale dell'intero ordinamento giuridico; questo ufficio di vigilanza non può essere efficacemente svolto senza il riferimento continuo ad un coerente contesto sistematico e concettuale. Si capisce dunque come l'abbandono del formalismo dogmatico riesca a mettere oggi proprio la giurisprudenza superiore in una difficile situazione. Se infatti la critica al giudice positivista era diretta a colpirne il suo tener fermo alle tradizioni e costruzioni sistematiche e concettuali a scapito di soluzioni più pratiche, il rimprovero che invece oggi a quella si muove è d'operare sperimentalmente e senza principi sulla sola base dell'equità. Questo rimprovero perde certamente valore in considerazione del rapporto nuovo tra giudice e legge e delle esigenze della situazione sociale e comunque non tocca la sostanza della responsabilità del giudice; ma esso costituisce tuttavia un invito per il legislatore e per la dottrina ad esercitare una maggiore vigilanza sulla contingenza ideale del nostro ordinamento giuridico privato. Sui pericoli di questa situazione in termini di politica del diritto si è già avuto modo di parlare ⁽⁹⁹⁾.

Le tendenze sociali sono penetrate nell'ordinamento privatistico classico muovendo dalle zone più esterne della codificazione civilistica. Un panorama completo della situazione attuale del diritto privato può essere offerto pertanto solo attraverso un esame particolare di quei settori fondamentali del diritto sociale, che hanno avuto un influsso immediato sulla disciplina privatistica dei diritti e doveri dei singoli.

⁽⁹⁹⁾ *Supra*, p. 268.

LA DISSOLUZIONE DELL'UNITÀ INTERNA DEL DIRITTO PRIVATO E IL DIRITTO SOCIALE

I. Vecchi limiti delle aspirazioni del diritto civile all'unità sistematica. — II. La separazione del diritto sociale. — III. Critica ideologica e metodologica del sistema classico del diritto privato.

I. 1. Il Positivismo giuridico del XIX secolo con l'elaborazione di un sistema concluso del diritto privato e di una teoria generale del diritto civile aveva non soltanto portato per la prima volta all'affermarsi nell'ordinamento giuridico positivo delle rivendicazioni metodologiche del Giusnaturalismo laico, bensì anche espresso scientificamente e legittimato idealmente le concezioni giuridiche della società borghese del proprio tempo ⁽¹⁾. Il diritto privato e la teoria del diritto civile della Pandettistica divennero in tal modo un modello anche per le altre discipline della scienza giuridica, soprattutto per il diritto penale e per il diritto pubblico.

Nel XX secolo la scienza del diritto privato non è più riuscita però a mantenere la sua posizione di egemonia. La rovina dell'antica compagine della società si è andata annunciando nel progressivo dissolversi della unità sistematica del diritto civile a seguito della frammentazione in settori particolari proprio di quelli che erano stati i punti chiave dell'orientamento sociale del diritto privato. Come dimostrano gli antecedenti della codificazione nel primo Parlamento del *Reich* ⁽²⁾, dietro quella coerenza sistematica si nascondevano le aspirazioni unitarie della borghesia liberale che allora si poneva come rappresentante della società nazio-

⁽¹⁾ V. *supra*, pp. 138 s.; 166.

⁽²⁾ V. *supra*, pp. 177 s.

nale. Aspirazioni che poi nel diritto del lavoro degli inizi del secolo, nel diritto d'emergenza della Prima guerra mondiale e nel pluralismo politico ed economico della democrazia di Weimar erano state definitivamente abbandonate. A questa abdicazione della società economica liberale aveva corrisposto appunto il venir meno di quello che ne era stato il contributo maggiore sul piano giuridico: l'unità del diritto privato.

2. Questa unità interiore non era stata invece compromessa dal fatto che importanti settori del diritto privato per motivi di politica legislativa si trovassero ad essere disciplinati in atti normativi separati. Quelle leggi erano infatti derivazioni genuine dello spirito del diritto civile e si inquadravano senza fatica nel suo sistema interiore.

a) Questo vale specialmente per l'*Handelsgesetzbuch* (= HGB), il Codice di commercio del 1896, e per le leggi commerciali collaterali, le cui materie erano già state codificate al tempo della Confederazione tedesca e che non costituivano l'espressione di ordinamenti particolari di gruppo ai margini della società industriale borghese ⁽³⁾. Che questo complesso normativo fosse destinato a costituire dal punto di vista sistematico un tutt'uno con il BGB è già dimostrato dalla mancanza di compattezza sistematica del nuovo HGB piccolo-tedesco che ha rinunciato a favore del BGB alla dottrina del contratto e alla definizione di importanti principi di diritto obbligatorio.

b) Anche le, originariamente poche, « Leggi annesse al BGB », come l'ordinamento dei registri immobiliari del 1897 o il decreto imperiale del 1899 sui vizi essenziali e sulla durata della garanzia nel campo del commercio di bestiame, rappresentavano aggiunte dirette e parti integranti della nuova codificazione.

c) Concezioni giuridiche autonome avevano invece spinto a scorporare dal diritto civile il settore della tutela dei diritti nell'ambito industriale (diritto d'autore per opere dell'ingegno letterarie, musicali od artistiche; diritto d'edizione; diritto di brevetto per invenzioni industriali, per modelli di utilità e per modelli e disegni ornamentali). Le categorie giuridiche di questo settore erano state il prodotto di una importante opera di elaborazione scientifica verificatasi nel XIX secolo nel momento della conversione dello Stato di diritto costituzionale, a seguito dell'assimilazione di fondamentali idee giusrazionaliste, da un sistema di privilegi a quello del

⁽³⁾ V. *supra*, p. 167.

riconoscimento della proprietà delle opere dell'ingegno o di un diritto su beni immateriali spettante all'autore o all'inventore (4). Questo nuovo sistema di tutela di diritti, sconosciuto al Diritto comune più antico e ancora alla Scuola storica del diritto, è stato subito codificato in forma autonoma dal giovane *Reich* bismarkiano. Ma anche queste materie corrispondevano completamente allo spirito della società dei traffici liberali, (di cui viveva anche il BGB) almeno a partire dal momento in cui essa, nell'interesse del progresso culturale e industriale, prese a riconoscere quel diritto esclusivo di utilizzazione da parte dell'autore e dell'inventore che originariamente aveva combattuto come inammissibile monopolio.

Forme giuridiche affini a tutela della denominazione delle merci e della concorrenza erano state favorite nell'Europa centrale, a partire dalla metà del XIX secolo, dalla incipiente produzione industriale di massa; la loro codificazione autonoma si basa sugli stessi motivi. Nemmeno questo complesso costituiva un corpo estraneo nel sistema interiore dell'ordinamento giuridico privato, dal momento che la garanzia di una corretta concorrenza apparteneva ai principi di funzionamento del Liberalismo economico classico.

d) Anche la legge mineraria prussiana del 1865, un modello per i vari territori tedeschi, con il suo abbandono del mercantilistico e autoritario « principio di direttiva » e la scelta fatta, nell'interesse dell'incremento della produzione, contro il diritto del proprietario del fondo e a favore della libertà di sfruttamento del primo aspirante alla concessione mineraria, si inseriva (a parte alcune singolarità di origine storica e particolaristica) nel sistema classico del diritto privato nonostante che la vigilanza statale sulle miniere abbia ancora continuato ad esistere e che dagli inizi del secolo si sia assistito al ritorno di una tendenza di sviluppo verso il monopolio di sfruttamento dello Stato (5).

II. 1. Al nuovo diritto sociale e dell'economia, che a partire dalla Prima guerra mondiale avrebbe dovuto abbattere il predominio del diritto privato e dissolverne l'unità interiore, era stato

(4) Sul punto GIESEKE, *Die geschichtl. Entw. d. dtsh. Urheberrechts*, Göttingen 1957, pp. 23 ss. (sistema dei privilegi), pp. 69 ss. (nascita del diritto d'autore e della proprietà sulle opere dell'ingegno sotto l'influsso giusrazionalista); ulteriori indicazioni pp. 8 s.; cfr. inoltre BAPPERT, *Wege z. Urheberrecht*, Frankfurt 1962.

(5) Per tutti HECK, *Grundr. d. Sachenrechts*, 1929, §§ 113 s.; WIEACKER, *Bodenrecht*, Hamburg 1937, §§ 46-48 (ulteriori indicazioni pp. 306, 313 s.); ENNECERUS-WOLF-RAISER, *Sachenrecht*¹⁰, 1957, §§ 95-98.

appianato il cammino dalla circostanza che nei diritti particolari tedeschi del XIX secolo si era continuamente conservata una massa di diritto non liberale, di struttura piuttosto feudale, autoritaria o assistenziale: specificatamente l'intero diritto pubblico dei suoli, la disciplina delle acque, della caccia e della pesca e, nel settore dell'agricoltura, il diritto fondiario e la disciplina del credito e dell'eredità. Erano questi i baluardi, mai rovesciati, da un lato di strutture economiche particolaristiche e dall'altro dell'influenza di una burocrazia illuminata di un'epoca in cui la Rivoluzione industriale e i movimenti costituzionali del XIX secolo non avevano ancora condotto ad una separazione tra Stato e società.

Soltanto nel campo dell'economia industriale l'ideale liberale della libertà dei traffici si era potuto già affermare nell'Ordinamento dell'industria del *Reich* del 1869, il primo atto normativo dopo l'unità.

In quasi tutti questi settori le vecchie tradizioni amministrative locali passarono direttamente, spesso senza cesure avvertibili, nel nuovo filone di sviluppo giuridico-sociale del nostro secolo. Una posizione chiave hanno assunto in questo processo le unioni di datori di lavoro e di lavoratori e i loro influssi sul mercato; possibilità queste che lo Stato autoritario ed il Liberalismo classico aveva a lungo negato ai gruppi economici (diversamente dalla libertà politica di associazione e riunione) (6).

Il segnale per questo sviluppo era stata l'economia di guerra del Primo conflitto mondiale che per la prima volta nella gestione pubblica di quasi tutti i beni, nella legislazione dettata dalla penuria di abitazioni e nel traffico dei terreni aveva dovuto introdurre profonde restrizioni alla libertà di contrattazione e al godimento della proprietà. Contemporaneamente, dopo un lungo periodo di diffidenza, essa aveva preso a riconoscere ai grandi gruppi economici che nella Rivoluzione industriale si erano andati costituendo come poteri immediati — ad es. i cartelli o le unioni sindacali — funzioni politico-economiche integrative. Dopo la

(6) E. R. HUBER, *Dtsch. Wirtschaftsverwaltungsgr.*, II², 1954, pp. 381 ss. e *passim* (indice); RAMM, *Koalitionsrecht*, in: *Hdwb. d. Sozialwiss.*, vol. 6, 1957, pp. 28 ss. (con letteratura pp. 37 s.).

guerra i vincoli all'edilizia ed alla circolazione fondiaria continuarono ad essere mantenuti in vita; nel settore del carbone e del potassio, in via di concessione alle tendenze socializzatrici dell'economia di guerra e della prima fase rivoluzionaria, una parte della produzione fu sottratta all'ambito della economia privata liberale e sottoposta ad una amministrazione autonoma orientata a criteri di valutazione economica generale. Nel 1919 la disciplina delle tariffe contrattuali, apprestata nell'ultimo periodo di guerra, sanzionava così ufficialmente nell'ordinamento giuridico statale la figura del contratto collettivo di lavoro e poneva le fondamenta dell'autonomia del diritto del lavoro. La disciplina dei cartelli, approvata nel 1923 sotto l'incubo dell'inflazione, teneva conto per la prima volta della constatazione, caratteristica delle fasi più tarde di un'economia basata sulla concorrenza, che la libertà contrattuale senza il controllo dei fenomeni di concentrazione da essa resi possibili conduce a condizioni in cui la libertà del più forte si trasforma nella soggezione del più debole. Fin lì al contrario l'ideologia di tipo cooperativo comune a tutti i gruppi (fino ai liberali classici) aveva visto nei cartelli una forma organizzativa coerente con il sistema economico preso nella sua totalità. Tant'è che imprenditori, pianificatori dell'economia e socialisti, sia pure per diversi motivi, avevano potuto inquadrare i cartelli nei loro modelli economici, facilitati in ciò dal fatto che nel tardo XIX secolo lo Stato aveva riconosciuto l'ammissibilità dapprima delle coalizioni di datori di lavoro (7) e poi di quelle dei lavoratori. In queste misure si era già manifestato il mutamento di tendenza dall'individualismo economico ad un pluralismo in cui la lotta degli interessi economici non viene più condotta da entità isolate bensì da rappresentanze dell'interesse collettivo e quindi in vista del compromesso: più specificamente da sindacati e organizzazioni dei datori di lavoro, dall'associazione degli inquilini e da quella dei proprietari di case, o addirittura da partiti con interessi economicamente e socialmente omogenei come quelli dei lavoratori, degli agricoltori, del ceto medio.

(7) RGZ, XXXVIII (1897), p. 55.

Anche le tendenze dello sviluppo del diritto privato sono spiegabili solo muovendo da questo mutamento della struttura economica tedesca (e in gran parte anche europea e nordamericana). Essa induce infatti a forza, laddove la ricerca del libero compromesso fallisce e la solidarietà sociale è in pericolo, l'intervento legislativo dello Stato o la continua guida tramite un'amministrazione pubblica dell'economia. Espressione di questa necessità a livello giuridico sono state le nuove forme giuridiche sviluppatesi un po' dovunque col nuovo diritto pubblico dei suoli, dei quartieri e dell'edilizia d'abitazione, colla disciplina della locazione e dell'affitto, col diritto del lavoro e con quello dell'economia, e che, con la formula precorritrice di Otto von Gierke, si lasciano tutte ricondurre sotto la denominazione di *diritto sociale* ⁽⁸⁾. Il comune principio di funzionamento di questo nuovo settore intermedio tra diritto pubblico tradizionale e diritto privato, in cui ha trovato il suo classico sbocco il confronto tra Stato e società, consiste nel fatto che, dal punto di vista funzionale, i processi sociali ed economici non vengono guidati, né tramite l'intervento diretto dello Stato né tramite il libero gioco dell'autonomia privata dei soggetti economici, bensì attraverso la cooperazione dei gruppi sociali o il compromesso mediato dai pubblici poteri. Per questa via si è verificata una tale inarrestabile integrazione delle strutture economiche nell'ordinamento giuridico pubblico (non voluta né dal Giusrazionalismo liberale né dal Liberalismo classico) che questi principi sono riusciti a mantenersi continuamente nella realtà giuridica tedesca del XX secolo nonostante tutti i cambiamenti di governo o di sistema politico. Essi sono oggi talmente radicati da costituire forse l'unico fondamento comune di una generale coscienza giuridica tedesca del presente ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Su cui approfonditamente Erik WOLF, *Große Rechtsdenker*, cit., pp. 698-706; cfr. anche WIEACKER, *Sozialmodell. d. klass. Privatrechtsgesetzbücher*, 1963, pp. 13 s., 21, 25 e *supra*, pp. 157 s.; fondamentale per l'Europa occidentale GURVITCH, *L'idée du droit social*, Paris 1932; cfr. anche *supra*, pp. 155 ss. La concezione del Gierke riposava evidentemente su una proiezione idealistica del vecchio ordine sociale particolaristico e liberale sulla società del proprio tempo nata invece dalla Rivoluzione industriale. Debbo ad Hermann KRAUSE oltre a questa riflessione l'accento (verbale) alle speranze di GIERKE nel primo volume del suo *Genossenschaftsrechts*, 1868, e alla sua rassegnazione nel quarto volume (1913).

⁽⁹⁾ WIEACKER, *Sozialmodell*, cit., pp. 23 s.

Ciò significa però necessariamente che in un ordine siffatto i principi costitutivi del diritto privato classico vengono non solo posti alla prova ma finiscono anche col subire un mutamento di funzioni decisivo: essi vanno cioè a fornire il fondamento dei diritti soggettivi privati e della autonomia negoziale garantendo la coesione concettuale e l'unità interiore del sistema. La nuova legittimazione del diritto privato nella coscienza giuridica dello Stato sociale e la sua convincente armonizzazione con il diritto sociale sono divenuti così (accanto alla sua integrazione in una economia di concorrenza concepita come principio di funzionamento del mercato) i compiti più impellenti della giurisprudenza e della dogmatica civilistiche attuali.

2. Ci limiteremo qui di seguito a registrare i punti di irruzione più importanti del diritto sociale nel complesso del diritto privato classico.

a) Contrariamente a quanto avviene in regime di economia dirigitica o in altre forme di pianificazione, nel sistema dell'economia sociale di mercato si è conservata in linea di massima la libertà contrattuale, concependola tuttavia, diversamente che nel sistema economico liberale, come principio in funzione dell'intero ordine sociale ⁽¹⁰⁾: anche questo già un impatto della solidarietà economica globale con la concezione classica del diritto privato inteso come compagine di differenti sfere di

⁽¹⁰⁾ Sul mutamento di funzione della libertà contrattuale principalmente: F. BÖHM, *Wettbewerb u. Monopolkampf*, 1933; SCHMIDT-RIMPLER, AcP, CXLVII (1948), pp. 1 ss.; Id., ZHR, CXI (1948), pp. 92 ss.; E. R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsgr.*, I, p. 660 e *passim* (indice); ESSER, *Schuldr.*, 1960, §§ 5 e 6; LARENZ, I, 1964, § 5; NIPPERDEY, AT, I¹⁵, pp. 100 ss.; FLUME, AcP, CLXII (1962), pp. 516 s.; Id., *Rechtsgesch. u. Privataut.*, in: *Hundert Jahre Deutsches Recht*, I, 1960, pp. 135 ss.; cfr. ora anche Id., *Allg. Teil. Das Rechtsgeschäft*, 1965, pp. 15 ss., specie pp. 17-22. Nipperdey (da ultimo in: *Soziale Marktwirtschaft u. Grundgesetz*, 1961) fonda il contenuto della libertà contrattuale su una garanzia della Costituzione a favore del sistema economico dell'economia sociale di mercato (sulle controversie v. *op. cit.*). Per un esame comparato, istruttivo il lavoro di Eike v. HIPPEL, *Die Kontrolle d. Vertragsfreiheit nach anglo-amerikan. R.*, 1963. Più in generale SCHERRER, *Die geschichtl. Entw. d. Prinzips d. Vertragsfreiheit*, Basel 1948.

libertà. I suoi vincoli e le sue limitazioni si orientano pertanto a questa funzione. Nel settore commerciale si tratta per lo più di controlli di mercato contro accordi illeciti di cartello o di fissazione dei prezzi. Invece nell'intero settore dei servizi, del traffico (compreso il campo dei trasporti privati di merci), delle assicurazioni private e delle libere professioni l'entità delle remunerazioni viene generalmente determinata dalla mano pubblica ⁽¹¹⁾. Nel campo dell'economia alimentare agricola, nonostante la crescente liberalizzazione, domina ancora — sia nell'interesse dell'agricoltore che in quello di un controllo sociale dei prezzi — un ordinamento vincolistico del mercato ⁽¹²⁾. Le condizioni offerte dagli istituti di credito sottostanno, quale strumento della coordinazione centrale dei bisogni di capitale del mercato, alla normazione in tema di condizioni e di controllo del credito. La giurisprudenza ⁽¹³⁾ si riserva inoltre in misura crescente l'intervento contro l'abuso della libertà contrattuale per via di condizioni negoziali precostituite ⁽¹⁴⁾.

Un attacco a fondo della libertà di contrattazione e di assetto dei contenuti riconosciuta dal diritto civile ha significato l'economia coattiva delle abitazioni dopo la Prima guerra mondiale. Occasionata dalla crisi di alloggi, caratterizzante la vita delle odierne masse di popolazione anche indipendentemente dalle distruzioni belliche, essa saera concepita come rimedio provvisorio alle necessità del dopoguerra. Nello sviluppo successivo essa si dimostrò tuttavia come prodromo di una duratura disciplina sociale della casa.

⁽¹¹⁾ A fondo E. R. HUBER, *Dtsch. Wirtschaftsverwaltungsrecht*, cit., pp. 300 ss. e *passim* (indice).

⁽¹²⁾ E. R. HUBER, *Wirtschverw.*, cit., pp. 269 ss.; 325 ss.; sullo stato attuale ad es. RINCK, *Wirtschaftsrecht*, 1963, pp. 121 ss.

⁽¹³⁾ E. R. HUBER, *Wirtschoerw.*, cit., I, pp. 743, 748 s.; II, pp. 211, 247 e *passim* (v. indice analitico sotto « Kreditwirtschaft »).

⁽¹⁴⁾ Cfr. BGH 13, 198; 17, I; 20, 164; 22, 90; 33, 316; 37, 94; 38, 183 e 41, 151. Su tutto ciò v. RAISER, *R.d. Allg. Geschäftsbed.*, pp. 137 ss., 199 ss.; 277 ss.; HAUPT, *ZakDR* (1943), pp. 84, ss.; BRANDT, *Dtsch. Rwiss.*, (1940), pp. 76 ss.; KRAUSE, *B. Ber.* 1955, pp. 265 ss.; MEESKE, *loc. cit.* 1959, pp. 857 ss.; FLUME, *Hundert Jahre*, cit. (nt. 9), pp. 165 ss.; LARENZ, *SchR.*, I, § 8; LUKES, *Festschr. Hueck*, 1959, pp. 459 ss.; BRANDNER, *ACP*, CLXII (1962), pp. 237 ss.; HELM, *JuS*, V (1965), pp. 121 ss.; *Id.*, *Karlsruher Forum* 1965; vgl. E. v. HIPPEL (nt. 9), pp. 127 ss.; da ultimo, stimolante, KLIEGE, *Rechtsprobl. d. AGB in wirtschaftswiss. Analyse*, Göttingen 1966.

Al canone massimo fissato per legge e alla tutela dell'inquilino tenne quindi fermo anche la prima congiuntura dopo il 1925; e nel rimontare dell'onda di crisi nel 1931 si decise che la disciplina d'emergenza delle locazioni dovesse restare in vigore fino all'emanazione di una nuova « disciplina sociale dei fitti » (15). Durante la Seconda guerra mondiale si ritornò ad una vera e propria economia coattiva degli alloggi, che ovviamente negli anni del dopoguerra in Germania (come in molti altri paesi d'Europa) rimase in sella più saldamente che prima, fino a che la ricostruzione economica e la gestione coatta tramite gli Uffici per l'alloggio (legge del Consiglio di controllo n° 18 [Legge sulle abitazioni] dell'8 marzo 1946) ne diminuirono sempre più il significato pratico.

La fissazione del canone massimo e la legislazione a tutela dell'inquilino si sono invece mantenute fino ai tempi più recenti. Soltanto nell'ultimo decennio infatti il progresso nell'edilizia d'abitazione ha consentito di dare inizio alla graduale abrogazione nelle varie regioni della tutela legislativa dei canoni e della durata della locazione. Le controversie politico-sociali sui tempi di questo sviluppo sono tuttora in corso. Alla possibilità che venga a crearsi un vuoto legislativo si cerca di ovviare con il contemporaneo rafforzamento della tutela civilistica contro la disdetta (16) e con misure d'incoraggiamento dell'edilizia sociale.

b) Se è vero che l'importanza dell'abitazione per il tenore di vita e quella del canone per il reddito reale hanno fatto dell'edilizia e del diritto che la concerne un punto focale dell'evoluzione giuridico-sociale, altrettanto deve affermarsi per il diritto del lavoro che giurisprudenza e dottrina hanno costruito, reso autonomo e sviluppato fino a farne uno dei pochi indubbi esempi del progresso della cultura giuridica nel nostro secolo. L'evoluzione della disciplina del contratto di lavoro è stata ritardata dal lungo diniego della libertà di associazione dei lavoratori. Nel periodo precedente la Prima guerra mondiale lo si era ancora voluto considerare come il caso d'applicazione più significativo del contratto d'opera di diritto civile mentre la disciplina delle

(15) Sugli sviluppi fino al 1935: WIEACKER, *Bodenrecht*, 1937, pp. 246 ss.; sullo stato attuale della disciplina particolare della tutela dell'inquilino v. ad es. ROQUETTE, *Mietrecht* 5, 1961; PERGANDE, *Ges. über d. Abbau d. Wohnungszwangswirtschaft* ecc., 1961; W. HANS, *Das neue Mietrecht in d. weissen Kreisen*, Loseblatt-Komm., 1963 ss.

(16) Cfr. *supra*, p. 275 e nt. 86.

assicurazioni sociali, nata dalla vecchia previdenza di tipo patriarcale dello Stato assolutista, e la tutela del lavoro erano entrambe già di molto progredite. D'altra parte il diritto concernente il lavoro del personale domestico e della manodopera in agricoltura aveva assunto forme più reazionarie e classiste che non patriarcali. Il contratto collettivo di lavoro quindi, applicato già dagli inizi del XX secolo, non era ancora entrato nel campo visivo del legislatore e veniva pertanto costretto in costruzioni civilistiche ausiliarie (quali: rappresentanza, società, transazione, contratto preliminare, contratto reale innominato). I « tribunali dell'industria e del commercio » non costituivano, sia nel nome che nella sostanza, l'espressione di una autonoma giurisdizione del lavoro.

Soltanto nel 1918, dopo la vittoria parziale della classe operaia tedesca e delle sue rappresentanze politiche e professionali nei sindacati, il diritto del lavoro prese a crescere del tutto fuori dal diritto privato. Il decreto sui contratti di lavoro collettivi del 1919 ha potuto così legittimare un ordinamento generale del lavoro in cui le organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori si fronteggiavano con l'intervento mediatore dello Stato, sanzionare la legalità della lotta operaia, elevare il contratto collettivo di lavoro a principio di composizione tra le parti opposte e sottoporre infine i singoli membri all'unità contrattuale del gruppo con il riconoscimento dei criteri della vincolatività generale e della irrinunciabilità. Una legge sui consigli di fabbrica ha applicato questa organizzazione pluralistica del mondo del lavoro ad ogni singola impresa ed ha condizionato il licenziamento all'approvazione del consiglio di fabbrica. La legge sulla giustizia del lavoro ha poi sostituito i vecchi tribunali dell'industria e del commercio con un'autentica giurisdizione speciale con partecipazione paritetica di giudici laici. Da questo momento in poi la giurisprudenza della Corte del lavoro del *Reich* acquisì un'influenza predominante per l'ulteriore sviluppo del diritto del lavoro. Risultati ne sono stati l'imbrigliamento e la limitazione della lotta delle parti interessate tramite la sanzione di determinate regole del gioco o, come nella Repubblica di Weimar, attraverso l'intervento dello Stato in funzione mediatrice. Oggi assistiamo al ripetersi di quello che è l'eterno *iter* genetico del diritto, cioè del passaggio dall'auto-

difesa privata al regolamento pubblico del conflitto: attualmente si è raggiunto lo stadio, altrimenti caratteristico degli ordinamenti giuridici più antichi (come quello della Roma repubblicana oppure quello medioevale), della formalizzazione e legalizzazione dell'autodifesa dei gruppi. Dopo il fallimento del tentativo nazional-socialista di soffocare questi principi per mezzo di un « ordinamento del lavoro nazionale » di natura cooperativo-autoritaria, i fondamenti del sistema di organizzazione del lavoro basato sul contratto collettivo hanno potuto riaffermarsi (almeno nella Germania occidentale) e addirittura consolidarsi in seguito al venir meno della mediazione statale. Principi analoghi dominano in tutti gli Stati industrializzati in cui l'autonomia dei contraenti sociali non sia stata eliminata da una costituzione sociale autoritaria o dalla vittoria del socialismo dogmatico.

c) Il diritto immobiliare del BGB lascia la proprietà fondiaria a libera disposizione, di fatto e di diritto, del proprietario. Dopo il *Liberty and Property* di John Locke questo tipo di libertà era diventato una sorta di secondo palladio di una libera società di cittadini. Nella realtà del XIX secolo essa era stata in parte strumentalizzata dal sistema imprenditoriale borghese per il superamento dei resti della organizzazione contadina e particolaristica della società feudale. In questo sforzo il nuovo concetto liberale della proprietà si era dovuto continuamente misurare con la tradizione consolidata del diritto fondiario pubblico della legislazione regionale (disciplina delle acque, della caccia e della pesca; utilizzazione delle foreste; divieti di partizione e di eccessiva frammentazione dei possedimenti agricoli; limiti all'indebitamento; disciplina del settore edilizio con relative disposizioni di polizia; disciplina dell'industria e diritto d'espropriazione) (17). A questo nucleo di diritto fondiario pubblico, sempre conservato e costantemente accresciuto, si vennero aggiungendo, già dalla Prima guerra mondiale, leggi fondiarie socialmente orientate che ponevano l'intero territorio nazionale al servizio di scopi di approvvigionamento alimentare (avviso relativo al trasferimento di fondi, 1918) o di politica sociale (legge del *Reich* sull'insediamento agricolo, 1919) imponendo degli oneri al

(17) Pp. 147 s.

diritto di proprietà. La legislazione dei decenni seguenti ha esteso l'ambito dei nuovi compiti sociali ai piani regolatori delle città, ai quartieri d'abitazione ⁽¹⁸⁾ e alla ricostruzione in zone devastate dalla guerra. Questo sviluppo introduce nella disciplina giuridica dei suoli un dualismo fondamentale. Mentre infatti oggetto del diritto privato sono il singolo fondo e le facoltà del suo proprietario, il diritto immobiliare pubblico e quello sociale considerano il territorio nel suo complesso sia in relazione a quelli che sono i compiti dei comuni, delle regioni, o dell'economia e della società globalmente considerate, sia con riferimento alla pianificazione unitaria di un « ordinamento territoriale » ⁽¹⁹⁾. È evidente tuttavia che dalla Prima guerra mondiale ad oggi gli accenti si sono andati continuamente spostando in direzione di una disciplina pubblica dello spazio.

⁽¹⁸⁾ Un ampio panorama degli sviluppi fino alla vigilia della Seconda guerra mondiale in WIEACKER, *Bodenrecht*, pp. 236, 246 ss.

⁽¹⁹⁾ Sulla formazione di questo dualismo, che specie dopo la intensificazione della pianificazione del territorio a partire dagli anni Cinquanta si rivela come una costante della moderna amministrazione del suolo, vedi ad es. WIEACKER, *Bodenrecht*, cit., pp. 30 ss., e, con una valutazione più differenziata, Id., *Vielfalt u. Einheit d. dtsh. Bodenrechtswissenschaft*, Stuttgart 1942, pp. 7 ss.; qui, alle pp. 1 ss. e spec. 20 ss. e nt. 2-9, un tentativo di individuazione delle conseguenze per il sistema che però — e particolarmente la distinzione sistematica tra diritto fondiario e diritto delle cose mobili — ha trovato a suo tempo scarsa eco nella scienza del diritto civile (indipendentemente dall'atteggiamento politico dei suoi rappresentanti): cfr. H. STOLL, DJZ, XL (1935), pp. 1162 s.; F. v. HIPPEL, AcP, CXLVI (1941), pp. 207 ss.; Heinr. LANGE, *Die Entw. d. Wiss. v. bürg. Recht seit 1933*, 1941, pp. 12 ss. Per un isolamento (anche) del diritto dei suoli (urbani) v. ad es. BUSSE, ZStaatswiss., XCVIII (1938), pp. 498 ss. e, con più esitazione, K. BLOMEYER, *Forsch. u. Fortschritte*, XVII (1941), n. 6. Delle trattazioni generali apparse dopo il 1945 soltanto A. NIKISCH, *Bodenrecht*, 1949, ha mantenuto la distinzione tra diritto delle cose mobili e diritto fondiario e la riunione del diritto immobiliare privato con il diritto fondiario pubblico (motivazione p. 7) Da quanto detto nel testo consegue che la scienza del diritto civile si preclude con la sua rassegnazione molte possibilità di inquadrare ed organizzare sistematicamente la realtà sociale della disciplina del suolo rinunciando così al controllo di una legislazione fondiaria orientata quasi esclusivamente secondo punti di vista pubblici e sociali: e ciò non va certo a vantaggio dello sviluppo giuridico e di una disciplina della proprietà sulla base dei principi dello Stato di diritto, la cui tutela viene ora necessariamente ed esclusivamente svolta dalla giurisprudenza della Corte costituzionale federale, del BGH e dei tribunali amministrativi e dalla dottrina amministrativista (cfr. subito sotto, ntt. 20 e 24).

Questa tendenza, che si va ormai facendo strada da quasi mezzo secolo, non è legata a particolari scelte ideologiche ma rappresenta piuttosto un fenomeno generalizzato a livello mondiale. Su questo non ci si deve lasciare trarre in inganno dall'euforia pianificatrice o dal pathos nazionale ed ideologico di cui essa si è particolarmente rivestita nel Terzo Reich. Al contrario essa è stata al massimo esaltata proprio nella Germania del dopoguerra dapprima dalle esigenze di ricostruzione delle città e in seguito dalla mobilitazione dell'edilizia d'abitazione pubblica, dai problemi del traffico stradale e dell'espansione industriale, infine dal bisogno di terreni (divenuti sempre più rari) per scopi sociali e pubblici ⁽²⁰⁾.

Nel quadro della nostra esposizione sono interessanti i riflessi diretti sulle facoltà di diritto privato del proprietario fondiario ⁽²¹⁾. È necessario tuttavia distinguere tra suoli destinati ad utilizzazione agricola o forestale e terreni edificabili nell'ambito cittadino.

aa) La proprietà di fondi extraurbani è soggetta ad una disciplina di stretto controllo. Dopo l'Ordinanza sul traffico di terreni del 15.3.1918 (diretta originariamente ad assicurare la produzione agricola durante la guerra) il principio che la disponibilità dei fondi a sfruttamento agricolo o forestale debba essere soggetta ad autorizzazione non è più scomparso dall'ordinamento tedesco, pur nel mutare degli scopi e delle ideologie. L'alienazione, il vincolo o la partizione del fondo da parte del proprietario sono sottoposte ad autorizzazione (attualmente a norma della

⁽²⁰⁾ Vedi soprattutto la Legge edilizia federale del 1960, che autorizza la espropriazione non soltanto per il reperimento di aree per l'edilizia d'abitazione, ma anche per procurare suoli in sostituzione di aree edificabili espropriate (*infra*, p. 298): disciplina indicativa di una concezione sociale della proprietà che — del tutto in contrasto con i presupposti tradizionali dell'espropriazione — definisce come interesse immediato della comunità non soltanto il fatto della costruzione in sé ma anche la prestazione del relativo indennizzo, aprendo così la strada ad un intervento pubblico sulla proprietà fondiaria praticamente quasi illimitato nel nome di una totale solidarietà della società del benessere. Il pieno anelito di questa solidarietà di ogni singola parte della legge con la società non potrebbe trovare espressione più decisa; rimane il problema — analogamente che nel caso della pianificazione del traffico — se esso, oltre che per la esistenza degli altri (la loro assistenza), venga mobilitato anche per il prestigio sociale (benessere).

⁽²¹⁾ Su quanto segue HÜBNER, *Annales Saravienses: Rechts- u. Wirtschaftswiss.*, VIII (1960), pp. 87 ss.

Legge del Consiglio di controllo n. 45 del 20.2.1947); a ciò si aggiungono gli antichi divieti di diritto territoriale contro il frazionamento (art. 119 EGBGB) e l'indebitamento (art. 117) eccessivi. Nel caso di masserie, la possibilità del proprietario di disporre per ultima volontà trova ancor oggi nelle discipline regionali dei beni rustici, specialmente nell'Ordinamento nordoccidentale delle corti agricole del 1947, notevoli limitazioni e la sanzione dell'obbligo di autorizzazione.

bb) Invece la proprietà di fondi urbani o a sfruttamento industriale non sottosta a queste restrizioni generali. Tuttavia nel momento in cui essa rientra nella pianificazione pubblica del suolo cittadino, i vincoli derivanti da una disciplina dirigitica del territorio e dalle tendenze sociali ⁽²³⁾ si rivelano ancora più forti. La fonte principale di questo diritto di piano degli spazi urbani ⁽²³⁾ è attualmente la Legge edilizia federale del 23.6.1960 che ha compendiato una serie di vecchie norme del *Reich* o di nuove leggi regionali sotto un più deciso profilo di utilizzazione sociale ⁽²⁴⁾. La definizione di terreni come aree fabbricabili, la loro rivendicazione nel quadro del reperimento di territorio edificabile, l'apprestamento di piani regolatori per le zone edificabili e non, la sistemazione delle città in funzione di leggi o statuti regionali di sviluppo espongono il proprietario di suoli, anche senza il ricorso all'espropriazione, a numerose (anche se a termine) limitazioni o blocchi alla facoltà di disposizione oppure a divieti di edificazione o di modificazione. Una parte di queste limitazioni, come la necessità di autorizzazione per divisioni ed alienazioni, riguarda la maggior parte della proprietà fondiaria non agricola e cioè tutte le zone ad edilizia concentrata ed i terreni definiti come fabbricabili dai piani regolatori. La legge consente inoltre

⁽²³⁾ Per questo concetto, utile, forse inevitabile, per l'inquadramento dogmatico dell'ordinamento giuridico attuale, vedi, con espresse riserve, WIEACKER, *Vielfalt u. Einheit*, cit., pp. 13 ss.

⁽²³⁾ Sugli sviluppi fino alla Seconda guerra mondiale vedi WIEACKER, *Bodenrecht*, cit., pp. 122 s.

⁽²⁴⁾ Commentari: SCHÜTZ-FROHBERG ², 1962; SCHRÖDTER, *Bundesbaugesetz*, 1964, HEITZER-OESTREICHER ², 1965.

l'espropriazione non soltanto per procurare aree fabbricabili ma anche per il reperimento di terreni in sostituzione di aree espropriate ⁽²⁵⁾.

In tutti questi casi i gravami in funzione sociale cui è stata sottoposta la proprietà fondiaria hanno raggiunto una misura che non ha eguali nella storia della proprietà privata e che probabilmente nei secoli precedenti non sarebbe stata sopportata dalla generale coscienza giuridica europea. Oggi al contrario essa sembra essersi affermata a livello di coscienza pubblica. Il suo pathos deriva nello stesso grado dalle antiche tradizioni amministrative previdenziali, dal patrimonio ideale della riforma fondiaria in senso sociale, dapprima propagato in Germania da Wagner, Damaschke e Friedrich Naumann poi entrato a far parte degli obbiettivi pratici della Repubblica di Weimar, dalle pianificazioni senza riguardi del Terzo Reich, dalle necessità della ricostruzione dopo la Seconda guerra mondiale e dalle cresciute esigenze della nuova società del benessere tedesca. La sconcertante diversità di motivi rende difficile giudicare con sicurezza se gli effetti pratici di queste tendenze rappresentino un vero e proprio guadagno per la concezione del diritto ⁽²⁶⁾. Ad ogni modo il giurista che, sotto l'impressione del ristabilimento dello Stato di diritto o ammalato dal generale fiorire dell'economia, non si renda conto di questa realtà non sarà in grado di cogliere la portata per l'idea di diritto del rivolgimento in direzione dello Stato sociale.

⁽²⁵⁾ Cfr. *supra*, nt. 20.

⁽²⁶⁾ Più ottimista l'edizione precedente, p. 323 i.f.: « I concetti fondamentali di un diritto fondiario sociale appartengono al novero dei pochi sicuri contributi per una nuova cultura giuridica che il nostro caotico secolo sia riuscito ad offrire »; cfr. anche WIEACKER, *Sozialmodell*, cit., pp. 24 s. Il giudizio più cauto espresso qui nel testo si fonda sulle esperienze fatte nel frattempo con le tendenze pianificatrici tedesche, europee e mondiali. Sempre valida rimane la valutazione favorevole delle forme giuridiche elaborate nella Repubblica di Weimar e nella Germania del dopoguerra — sul solco delle idee dei riformatori anglosassoni e tedeschi a cavallo del secolo (Wagner, Damaschke e Friedrich Naumann) — per la superficie con il Decreto del 1919, per la piccola proprietà con la Legge imperiale del 1920, e per la proprietà di case d'abitazione con la Legge federale del 1951 (su cui brevemente WIEACKER, *Sozialmodell*, cit., pp. 22 s.; per le prime due forme *Id.*, *Bodenrecht*, cit., §§ 34 e 35).

III. La disintegrazione del diritto civile che da questo rivolgimento consegue pone la giurisprudenza civilistica e la scienza del diritto privato di fronte a difficili compiti. La sua coerenza interiore ne viene minacciata nella stessa misura che la sua netta delimitazione nei confronti del diritto pubblico, uno dei presupposti questo dell'ordinamento giuridico tradizionale ancora agli inizi del nostro secolo. Le punte avanzate dello sviluppo del diritto si sono spostate in nuove zone periferiche dell'ordinamento giuridico classico ancora scarsamente elaborate dal punto di vista sistematico e concettuale. In tali circostanze si è fatto finora molto poco per la integrazione di queste fasce marginali nella tradizione dogmatica consolidata ⁽²⁷⁾: un pericolo sia per una teoria che non prenda sufficientemente sul serio i nuovi compiti organizzativi del diritto sia per una *routine* legislativa che non sappia apprezzare il vero lavoro di teorizzazione diretto a coordinare i più svariati fenomeni della vita. La storia del diritto europeo insegna che una situazione in cui lo sforzo teoretico rimanga indietro rispetto alle esigenze e ai compiti della prassi (come ad es. in Germania durante la Recezione pratica) ⁽²⁸⁾ può avere come conseguenza inutili deviazioni e dispersioni di energie. In effetti già oggi il risultato dell'emergere dei settori marginali del diritto sociale si palesa nella dissoluzione dell'unità della coscienza giuridica a seguito della dispersione legislativa e della proliferazione delle giurisdizioni speciali a scapito dell'importanza della giurisdizione ordinaria compromessa dal numero crescente di decisioni preliminari di autorità ed uffici amministrativi generali e speciali

⁽²⁷⁾ Cfr. tuttavia F. v. HIPPEL, *Zum Aufbau u. Sinnwandel unseres Privatrechts*, 1957. Il rimprovero si indirizza contro la formazione giuridica tedesca tradizionale e contro il consueto impianto sistematico delle trattazioni generali del diritto civile che viene imposto in tal modo anche ai manuali più moderni; esso non tocca invece né gli sforzi costanti dei civilisti o degli esperti di diritto dell'economia né la superiore competenza della prassi giuridica ed economica nell'adeguato inquadramento della realtà attuale dei problemi giuridici. Chi sia solito tornare dalle discussioni dei convegni civilistici, dei congressi giuridici e di altri simili consessi alla pratica di lezioni, esercitazioni ed esami della realtà universitaria quotidiana, avverte immediatamente il crescente divario tra questa attività di routine e la discussione di prima linea dei veri problemi attuali.

⁽²⁸⁾ Cfr. *supra*, I, pp. 233 e 369

sulla situazione dei diritti privati. Le decisioni degli uffici del lavoro, dell'alloggio e d'assistenza rappresentano oggi per il benessere o malessere dei singoli molto di più che non parecchie sentenze dei tribunali civili.

Per il ristabilimento della unità della coscienza giuridica acquista una particolare importanza la conservazione o il ripristino dell'unità interiore ed esteriore del sistema giuridico. Le responsabilità per l'assolvimento di questo compito gravano più sulla politica legislativa e sulla dottrina giuridica che non sulla giurisprudenza, necessariamente vincolata alle concrete circostanze del caso.

1. Lo stesso legislatore federale si sforza oggi di nuovo, ed a giusto titolo, di lasciare intoccata l'unità della codificazione civile almeno nei margini di manovra lasciategli dalle esigenze contingenti.

Diversamente invece il legislatore nazionalsocialista, per la cui febbrile produzione normativa l'unità interna dell'ordinamento giuridico era del tutto indifferente; esso aveva anzi manifestato l'intenzione di « infrangere » il BGB in più « blocchi » e comunque aveva provveduto all'isolamento del diritto matrimoniale, della disciplina della scomparsa e del diritto testamentario ⁽²⁹⁾. Più tardi tuttavia i lavori di rinnovamento del diritto civile, portati avanti dall'« Accademia per il Diritto Tedesco », così come il piano di un « Codice popolare » ⁽³⁰⁾ tornarono ad orientarsi all'obbiettivo di una codificazione unitaria del diritto civile.

Il legislatore federale, con la legge sul ripristino della unità legislativa nel campo del diritto civile del 5 marzo 1953, ha reintegrato nel BGB almeno le minori novelle sul diritto delle obbligazioni e sui diritti reali, nonché la legge testamentaria, ed ha cercato di fondere nella codificazione l'ampia riforma della disci-

⁽²⁹⁾ SCHLEGELBERGER, *Abschied vom BGB*, 1937. Un giudizio di storia contemporanea sul fondamento di questa svolta apparentemente arbitraria ed ingiustificata non è possibile senza conoscere i veri motivi del relatore al Ministero di Giustizia del Reich (e più tardi editore di un'opera di commento al BGB) e il suo rapporto interno con il partito allora al potere. L'Ordinamento per la formazione giuridica del 4.1.1939 (RGB, I 6 ss.) dimostra sulla questione un atteggiamento del tutto conservatore.

⁽³⁰⁾ Cfr. *supra*, p. 273.

plina del matrimonio e dei beni matrimoniali, oltre ai più recenti emendamenti in tema di tutela degli inquilini (§§ 537-570 in nuova redazione) e di immissioni. Sembra essere prevista anche una recezione dei progetti sul diritto della personalità in generale e sulla riforma della disciplina del danno. Lacune notevoli sono invece rimaste nei §§ 13-20 (scomparsa) e nei §§ 1303-1352 (legge matrimoniale). I (restanti) 52 paragrafi della legge sulla scomparsa e gli 80 paragrafi della legge matrimoniale (per tacere delle relative leggi aggiuntive e dei regolamenti d'esecuzione e d'attuazione) non potrebbero in effetti trovar più posto nel codice.

2. Maggiore significato riveste il ripristino della sistematica interiore per la formazione giuridica scientifica, cui è necessaria la congruenza tra materia giuridica oggetto d'insegnamento e principi interni, e per la stessa scienza del diritto, il cui metodo si trova sotto l'imperativo della coerenza con il sistema.

Il modello sistematico per la formazione giuridica trova la sua manifestazione esteriore nei diversi ordinamenti dei *Länder* tedeschi riguardanti la formazione giuridica e nei consueti, e per lo più uniformi, ordinamenti degli studi delle università. Mentre i regolamenti d'esame (diversi l'uno dall'altro) per il primo degli esami di Stato del giurista si limitano in genere a parlare di « diritto civile » e a prendere atto delle discipline particolari nel frattempo riconosciute ⁽⁸¹⁾, gli ordinamenti degli studi emanati dopo il 1945 si rifanno di nuovo decisamente allo schema delle due codificazioni del diritto privato BGB: e HGB.

Al contrario l'ordinamento degli studi del *Reich* del 1935 ⁽⁸²⁾ (non motivato politicamente almeno nella parte essenziale dei suoi contenuti) aveva proceduto, con notevole autonomia e senso per le correlazioni reali pedagogicamente produttive, ad una nuova ripartizione del tradizionale materiale didattico dei cinque libri del BGB. La Parte Generale (che effettivamente per la sua oscurità e per la sua struttura discontinua disorienta chi comincia gli studi) ⁽⁸³⁾ era scomparsa; le

⁽⁸¹⁾ Così ad es. il § 3 dell'Ordinamento per la formazione giuridica della Bassa Sassonia del 25.10.1965 (NdsGBl, 225 ss.). Ulteriori notizie (allo stato del 1960) nella memoria del gruppo di lavoro per la riforma degli studi giuridici: HUSSERL-ZWEIGERT-KUNKEL, *Die Ausbild. des dtsh. Juristen. Darstellung, Kritik u. Reform*, 1960, pp. 108 ss.

⁽⁸²⁾ Piano degli studi e motivazioni in K. A. ECKHARDT, *Das Studium d. Rechtswissenschaft*, Hamburg 1935.

⁽⁸³⁾ Sul problema della Parte Generale cfr. particolareggiatamente *supra*, p. 203 (Excursus).

« persone fisiche » avevano trovato una nuova collocazione nella sezione del diritto di famiglia dedicata alle persone (« *Person und Familie* »), le persone giuridiche nel diritto delle associazioni (« *Vereine und Gesellschaften* »), negozio giuridico e contratto nella parte generale del diritto delle obbligazioni (« *Vertrag und Unrecht* »). Anche la subordinazione del diritto delle cose mobili alla sezione del credito e dei traffici (« *Ware und Geld* »), o l'aver reso indipendente il diritto immobiliare e fondiario (« *Boden* »!) o infine l'aver riunito diritto patrimoniale familiare e diritto ereditario (« *Familienerbe* ») offrivano a giudizio dell'A. la possibilità di cogliere le relazioni funzionali dell'ordinamento privatistico. Nonostante l'originale e non del tutto felice denominazione dei corsi di lezione ⁽⁸⁴⁾ questa riforma improvvisata costituiva, almeno per le materie giuridiche prese in considerazione, un tentativo, serio e degno di essere intrapreso (tra l'altro quasi senza distorsioni politiche), di condurre l'insegnamento del diritto fuori dai binari tradizionali. Dopo il 1945 le facoltà tedesche sono ritornate alle partizioni convenzionali delle materie. Una deprecabile conseguenza del doppio cambiamento dei programmi di studio è stata la grave interruzione della tradizione della manualistica, che nel frattempo tuttavia dopo gli anni Cinquanta ha raggiunto di nuovo un alto livello ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸⁴⁾ Essa evita del tutto la parola « diritto »; in ciò si esprime non tanto uno scetticismo nei confronti del diritto quanto piuttosto la convinzione, derivante dall'origine germanistica del suo autore K. A. Eckhardt, che le concrete strutture e funzioni della vita racchiudano già in sé stesse il loro diritto — allo stesso modo che il consapevole distacco dal linguaggio giuridico convenzionale testimonia della preoccupazione, sostanzialmente fuori dalla realtà, che l'importante storico del diritto nutrive per la possibile violenza da parte di convenzioni, concetti ed astrazioni scientifiche nei confronti dei fenomeni della vita. All'ordinamento degli studi deriva per questa via una nomenclatura sforzata, a volte sorprendente (« patrimonio familiare ereditario » anziché diritto del patrimonio familiare e dell'eredità; « merce e denaro » anziché disciplina del commercio e del credito; « fondo » anziché diritto fondiario, o addirittura « agricoltore » anziché disciplina dei rapporti di lavoro agricolo). Ritengo pertanto opportuno tenere distinto da ciò il giudizio sulla sostanza della cosa.

⁽⁸⁵⁾ La Civilistica tedesca dell'epoca ha rifiutato completamente tutte queste novità con i più disparati motivi e senza riguardo all'orientamento politico dei riformatori. In ciò si esprimeva in parte un (del tutto rispettabile) atteggiamento conservatore professionale, una scarsa partecipazione alla discussione della moderna Civilistica europea sui problemi della sistematica e il difetto di consapevolezza del condizionamento, da un punto di vista di storia delle idee, del sistema della Pandettistica; in parte però (e soprattutto) vi si manifestava una preoccupazione profondamente giustificata per le fondamenta ideali dello Stato di diritto ed una antipatia sgorgante dall'etica professionale per ogni sorta di espe-

3. Nella scienza del diritto civile la discussione circa il sistema interno del diritto privato è stata turbata in doppia guisa dal collegamento con il « rinnovamento giuridico » nazionalsocialista. La critica dell'epoca al concettualismo astratto della dottrina civilistica ha dovuto a sua volta accettare il rimprovero di non essere poi, nonostante le esagerazioni ideologiche, così originale come essa stessa si credeva ⁽³⁶⁾; effettivamente la libertà contrattuale era stata già combattuta dalla critica giuridica dei socialisti, così come il concetto astratto di contratto dallo Schloßmann, e la trasmissione astratta della proprietà dal Neuner. D'altra parte la giustificata sensazione che in un'epoca di generale minaccia dell'idea di diritto una critica delle categorie e della sistematica tradizionali servisse solo a mettere in dubbio ulteriori elementi della cultura giuridica consolidata ⁽³⁷⁾, ha indotto alcuni dei giuristi più anziani ancora legati allo Stato di diritto a perseverare nell'antica tradizione dogmatica. Gli attacchi contro la Parte generale, la suddivisione dei diritti reali in diritti mobiliari e immobiliari con il parallelo isolamento di un diritto fondiario autonomo, soprattutto i progetti di una nuova sistematica diretti ad opporre alla latente arretratezza del « Codice popolare » modelli di sistema più vicini alla realtà ⁽³⁸⁾, sono stati avversati allora perfino da quei sostenitori del « rinnovamento giuridico » di cui si conosceva il maggiore senso pratico ed impegno politico.

rimenti politicizzanti. Un esame accurato e spassionato utilizzando dirette ed intime conoscenza dei precedenti scientifici del sistema del BGB in A. B. SCHWARZ, *Das Schweiz. ZGB in d. ausländ. Rechtsentw.*, 1950, spec. p. 82; cfr. anche EBRARD, SchwJZ, LXVII (1948), pp. 95 ss.).

⁽³⁶⁾ Cfr. p. 243, nt. 2.

⁽³⁷⁾ Anche su questo punto degno d'attenzione SCHWARZ, *Das Schweiz. ZGB*, cit., pp. 19, 26 e nt. 96; K. LÖWENSTEIN, *Yale Law Journ.*, XLV (1936), pp. 779 ss.; OFTINGER, SchwJZ, LXIV (1945), pp. 352 ss.; WALINE, *L'individualisme et le droit*, Paris 1945; FRIEDMANN, *Legal Theorie* ², 1949, pp. 255 ss.; pp. 391 ss.

—⁽³⁸⁾ Un tentativo imperfetto, ma materialmente fondato in WIEACKER, *Zum System d. dtsch. Vermögensrechts*, Leipzig 1941, spec. pp. 22 ss. e 26 ss. (con allegati); nella stessa direzione, ma spesso in netto contrasto e con l'esortazione ad una più stretta aderenza alla (effettiva) realtà sociale, F. BEYERLE, *Schuldenken u. Gesetzeshunst*, ZStaatsw, CII (1942), pp. 209 ss.

E tuttavia si è riflettuto troppo poco sul fatto che il dominio indiscusso di quei concetti formali e di quelle strutture sistematiche nella scienza e nella formazione giuridica come pure nella giurisprudenza delle Corti superiori non è riuscita a fermare, o sia pure soltanto a ritardare, la disintegrazione strisciante e infine la catastrofe del diritto del Terzo *Reich*: forse proprio perché un Positivismo soddisfatto è capace di indurre nel modo più pericoloso a distogliere lo sguardo dai veri problemi pubblici di giustizia. Fatali errori di giudizio, specie nel campo del diritto penale, hanno potuto essere motivati con l'impiego del tutto corretto, addirittura sottile, di un istrumentario concettuale altamente differenziato; nello stile di un Positivismo perfettamente perverso il cui assoluto capolavoro consiste nella legalizzazione di ogni ingiustizia con la massima eleganza giuridica. I problemi della morale pratica del diritto cominciano soltanto là dove un cambiamento radicale di concezioni riesca a porre fine a simili acrobazie al di là del bene e del male.

Dopo il ripristino dello Stato di diritto, la quiete soddisfatta conseguente alla restaurazione dello *status quo* ci sembra rappresentare un pericolo più grande che non la ripresa della critica del sistema condotta con coscienza metodologica e con autentico amore per il diritto. Anche dopo l'ammutolire della critica degli anni Trenta di fronte all'eredità paurosa dei torti nazional-socialisti la dissoluzione del quadro coerente del diritto privato del secolo XIX rimane il problema chiave nel rapporto del diritto civile con la realtà. Ignorarlo significherebbe eludere la responsabilità che incombe anche alla teoria del diritto per la soluzione dei compiti sociali e morali della prassi giuridica; proporlo vuol dire invece verificare i legittimi contenuti di giustizia dei nuovi sviluppi nell'ambito della scienza del diritto portandoli a manifestarsi idealmente. Merito questo che è sempre stato di ogni grande epoca del diritto, dalla Glossa fino alla Pandettistica.

LA DEGENERAZIONE DEL POSITIVISMO E DEL NATURALISMO GIURIDICO

I. Venir meno dei presupposti morali e giuridico-politici del Positivismo classico. — II. Suo volgersi in Naturalismo. — III. Meriti del Naturalismo per la scienza del diritto e la legislazione. — IV. Parte avuta dal Naturalismo alla rovina dell'idea di diritto.

I. Entrambe le fondamentali tendenze di sviluppo del diritto nel XX secolo rappresentavano una modificata concezione del rapporto tra ordinamento giuridico e realtà sociale ed una conversione al principio della responsabilità etico-sociale dell'ordine giuridico positivo. L'una si basava infatti sulla naturalizzazione della concezione del diritto e sull'affermarsi di una percezione immediata delle realtà sociali e dei problemi da esse posti al senso di responsabilità pratica; l'altra tentava di superare Positivismo e Naturalismo tramite una rifondazione metapositiva del diritto. Descrizione e valutazione di questi due movimenti offrono quasi la naturale conclusione di una storia del diritto privato; il contrasto tra loro esistente si rivelerà infatti decisivo sul futuro vicino e lontano del diritto privato.

Si è già fatto cenno alla preoccupazione che il Positivismo legislativo a cavallo del secolo, con i suoi aspetti scientifici ed il legame ideale con lo Stato di diritto, potesse degenerare in un irresponsabile Positivismo strumentale al servizio del potere (1). Ma soltanto una precisa descrizione della avvenuta degenerazione può dare un'impronta più decisa al moto di protesta, molto diffuso ma per lo più indeterminato ed impotente, contro un Posi-

(1) V. *supra*, p. 165.

tivismo che domina ancora incontrastato e senza riguardi nella realtà politica attuale ⁽²⁾.

1. Il Formalismo giuridico del XIX secolo rappresentava il programma di una disciplina scientifica particolare scaturita essa stessa da precisi presupposti etici. Come tale esso era dunque compatibile con una cultura giuridica eticamente fondata fino a che questi fondamenti morali del diritto positivo continuassero a vivere nella coscienza dei giuristi e nell'opinione pubblica. Queste scelte preliminari extragiuridiche continuarono in generale ad essere valide anche quando negli Stati costituzionali europei il compito della produzione del diritto passò al legislatore statale. Nelle codificazioni di diritto civile la tradizione giuridica più antica, da cui esse erano scaturite, continuò a vivere immutata; anzi con la divisione dei poteri ed il vincolo del giudice alla legge essa sembrò essere più efficacemente conservata che non ad es. nella giurisprudenza dotta dell'epoca assolutista.

Tutto questo presupponeva però che il legislatore, cioè governo e parlamento, si sentisse tenuto al rispetto delle convinzioni giuridiche oggetto di tradizione. Ed in effetti nel XIX secolo la legislazione sulle materie giuridiche classiche rimase completamente affidata a rappresentanti di quella cultura giuridica, cioè a studiosi del diritto e giuristi specializzati. In simili circostanze dunque, leggi che ad es. sanzionassero il furto lieve con la pena di morte oppure che autorizzassero o disponessero la privazione perma-

(2) Sui limiti della critica al Positivismo RADBRUCH, *SüddJZ*, 1946, pp. 105 ss.; ID., *Rechtsphil.*⁵, 1956, pp. 347 ss.; COING, *loc. cit.*, 1947, pp. 61 ss.; E. RIEZLER, *Der toigesagte Positivismus*, in: *Festschr. F. Schulz*, II, 1951, pp. 347 ss.; Eb. SCHMIDT, *Gesetz und Richter. Wert und Unwert des Positivismus*, Karlsruhe 1952; WEISCHEDEL, *Recht u. Ethik*², Karlsruhe 1959, pp. 26 ss.; EVERS, *Der Richter u. d. unsittl. Gesetz*, Berlin 1956; ID., *JZ*, XVI (1961), pp. 241 ss.; WIEACKER, *loc. cit.*, pp. 337 ss.; ponderatamente WIEACKER, *Zum heutigen Stand d. Naturrechtsdiskussion*, Köln/Opladen 1965, pp. 10 ss., 14 ss.; WELZEL, *Naturr. u. Positivismus*, in: *Gött. Festschr. f. Niedermeyer*, 1953, pp. 279 ss.; ID., *Gesetz u. Gewissen*, in: *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, I, 1960, pp. 385 ss.; ID., *An den Grenzen d. Rechts*, Köln/Opladen 1966; FECHNER, *Rechtsphil.*, 1956, pp. 182 ss.; 187 ss.; WERNER, *Über Tendenzen d. Entw. von Recht u. Gericht in unserer Zeit*, 1965; Arth. KAUFMANN, *Gesetz u. Recht, Existenz u. Ormund*, in: *Festschr. Erik Wolf*, 1962, pp. 357 ss.

nente della libertà pei malati di mente o addirittura la loro uccisione, sarebbero state moralmente e politicamente impossibili. Non avendo però la situazione etica e politica della società, che sola è in grado di impedire la traduzione in legge di tali ingiustizie, un saldo ancoramento in norme scritte, la concordanza di diritto positivo e sentimento del diritto veniva a trovarsi priva di tutela proprio in base ai presupposti stessi del Positivismo. Non appena infatti per la massa degli elettori e per i loro rappresentanti, per governanti e governati, «l'elemento morale perse il suo carattere di immediatezza», presero a divenir possibili atti normativi che o non avevano più alcun rapporto con principi giuridici consolidati aventi il loro fondamento nella religione, nella filosofia o nella storia, oppure li calpestavano apertamente.

Le moderne democrazie possono accettare questi rischi perché, coerentemente con le loro origini secolaristiche e totalitarie, riescono a vedere nella rappresentanza popolare l'espressione della volontà collettiva (*volonté générale*) e nella maggioranza legislativa la fonte esclusiva del diritto: unica condizione, la validità generale della legge. Esse partono in tal modo dal presupposto che la nazione proceda continuamente ad una sorta di autointegrazione ⁽³⁾ come unità volitiva vivente (come *plébiscite de tous les jours* secondo la celebre formula di Renan) sia per il tramite di atti di volontà rivoluzionari, come nel modello di Stato delle Rivoluzioni americana e francese, sia attraverso una coscienza giuridica formatasi storicamente per via di tradizione, come in Inghilterra e nelle antiche repubbliche olandese e svizzera. Anche in questo caso tuttavia la legittimità del diritto legislativo dipende dal perdurare di questa integrazione: essa viene meno ogni qual volta il continuo rinnovarsi della volontà generale venga reso impossibile dalla dissoluzione del comune retaggio nazionale di valori e di principi, dall'avidità o dalla demagogia delle maggioranze parlamentari, o addirittura dallo scoppio di una guerra

⁽³⁾ O. VOSSLER, *Rousseaus Freiheitslehre*, 1962; Ernst BLOCH, *Naturrecht u. menschl. Würde*, Frankfurt 1961, *passim* (su cui v. la critica di WELZEL, *Naturr.*, cit., pp. 198 s.); Herb. KRÜGER, *Allg. Staatslehre*, 1964, pp. 619 ss. e *passim*; sull'ideale del « vuoto assoluto di potere » (criticamente) pp. 654 ss.

civile o dall'avvento di una dittatura (4). La degenerazione del Positivismo legislativo in Germania è stata favorita dal fatto che la sua forma costituzionale non avesse i caratteri di una democrazia storicamente cresciuta, bensì si fosse modellata nel 1918 sul tipo plebiscitario senza essere stata preceduta da un vero atto di integrazione. La *via crucis* del Positivismo tedesco era così cominciata non soltanto con la erosione dei valori tradizionali ad opera della Rivoluzione industriale ma anche con il fallimento dell'integrazione politica: impedita dopo il 1848 dalla superiore abilità di statista del Bismarck, dopo il 1918 dal difetto di senso civico sia delle vecchie forze allora sconfitte, sia dei nuovi partiti (5).

La legittimazione della legge sulla base della volontà generale viene anche messa in forse dalle possibilità tecniche dello Stato d'amministrazione moderno: per l'esattezza, ogni qualvolta il Legislativo trasmetta per delegazione le proprie competenze all'Esecutivo, sia che si tratti del governo o di *ressorts* particolari. Una costituzione che ammetta o addirittura favorisca la possibilità di sospendere l'*iter* legislativo ordinario sacrifica in definitiva lo stesso concetto di legge su cui essa si fonda. In Germania un tale pericolo si fece virulento allorché dopo il 1930 forti raggruppamenti politici radicali ostili alla costituzione riuscirono a paralizzare il Legislativo proprio nel momento in cui la grande crisi economica mondiale rendeva necessarie leggi particolarmente incisive, provocando quindi in tal modo lo slittamento della democrazia parlamentare verso un « sistema presidenziale ».

Ma anche in una democrazia ancora intatta non esiste la garanzia che il diritto legislativo si orienti veramente a principi giuridici sovralegislativi indisponibili. Lo Stato costituzionale cerca

(4) Nei casi conosciuti si tratta di leggi portate all'approvazione dai gruppi interessati a mezzo di *lobbies* o maggioranze tattiche (ad es. dazi protettivi a svantaggio del consumatore), di leggi confessionali o anticconfessionali (come nel « *Kulturkampf* ») oppure di pure leggi persecutorie contro avversari ideologici o politici (come la legge bismarckiana contro i socialisti, la legislazione penale politica del Terzo Reich o la discriminazione di gruppi sociali, classi e razze). In generale su quanto segue G. RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris 1948.

(5) Degno di riflessione Helmuth PLESSNER, *Die verspätete Nation*², 1959 (1935), pp. 39 ss., 72 ss.

di assicurare la effettività di questo orientamento tramite il riconoscimento di diritti inviolabili individuali, considerati come sorti prima dello Stato e che altro non sono che l'eredità degli antichi predemocratici diritti di libertà ⁽⁶⁾. Soltanto che laddove questi diritti fondamentali vengano sanciti sotto riserva di legge (cfr. art. 19 I Cost.) o possano essere abrogati da maggioranze qualificate atte a modificare la Costituzione, anche quella garanzia statale finisce col dipendere dalla volontà di maggioranze irresponsabili o senza sensibilità per i problemi del diritto o soggette ad intimidazione e violenza e quindi col venir meno ⁽⁷⁾. In realtà la legittimità metalegislativa dell'ordinamento giuridico può essere idealmente assicurata soltanto se la Costituzione sottragga il principio dello Stato di diritto e la sostanza (« il contenuto essenziale ») dei vari diritti fondamentali alla disponibilità legislativa (cfr. ora artt. 19 II e 79 Cost.).

Non è ancora certamente questo il caso laddove la teoria costituzionale interpreti restrittivamente il « contenuto essenziale »; come fa ad es. la cosiddetta teoria « relativista », che determina il « contenuto essenziale » attraverso la valutazione comparata dell'interesse individuale e pubblico. Pertanto solo la teoria « assoluta » assicura veramente il primato del diritto metalegislativo di fronte alla volontà generale ⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ *Supra*, I, p. 460 e nt. 1; p. 403, nt. 73; cfr. anche WIEACKER, *Sozialmodell* cit., pp. 6 s. Sul rapporto dei diritti inviolabili con il diritto privato principalmente LEISNER, *Grundrechte u. Privatrecht*, 1960.

⁽⁷⁾ Sulla problematica fondamentale G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne* ², Paris 1948. Il fatale esempio di scuola della storia tedesca più recente rimane la legge sul conferimento dei pieni poteri ad Hitler del 24.6.1933 (cfr. E. R. HUBER, *Dokum. z. dtsh. Verfassungsgesch.*, III, 1966, pp. 603 s.). In questo contesto l'affermazione dell'art. 38 Cost. che il parlamentare debba sentirsi vincolato soltanto alla propria coscienza conserva un significato attuale nonostante la struttura partitica dello Stato moderno e la configurazione dell'ordinamento dei partiti. Tutto ciò naturalmente nei limiti in cui si possa dire che la coscienza vincolante del parlamentare al momento della espressione del voto su una certa legge comprenda anche la sua (oggettivabile!) coscienza giuridica.

⁽⁸⁾ Sul problema del « contenuto essenziale » v. ad es. Herb. KRÜGER, *Die Einschränkung d. Grundr.*, DVerwBl, LXV (1950), p. 625; ID., *Öff. Verw.*, 1953, pp. 597 ss.; EHMKE, *Grenzen d. Verfassungsänderung*, 1953; FECHNER, *Die soziologische Grenze d. Grundrechte*, 1954; LEISNER, *Grundrechte*, cit., pp. 87 ss., 152 s.

La costruzione di simili garanzie mette però il Positivismo legislativo in contraddizione con sé stesso. L'interpretazione costituzionale non è infatti in grado da parte sua di definire con gli strumenti del Positivismo le condizioni in presenza delle quali determinati principi giuridici metapositivi siano sottratti alla disponibilità del legislatore o degli organi costituenti ⁽⁹⁾. Massime come quella dell'« uguale trattamento degli uguali » (art. 3 I Cost.) o l'altra del « contenuto essenziale » dei diritti inviolabili (art. 19 II) presuppongono già un quadro di diritto metapositivo nell'ambito del quale vengano prese decisioni preliminari sulla giustizia o ingiustizia di certe distinzioni o sull'« essenza » dei diritti fondamentali; questo vale soprattutto per la dignità dell'Uomo dell'art. 1 della Costituzione o per la determinazione dei limiti costituzionali al « libero sviluppo della personalità » (art. 2 Cost.). A mio modesto avviso: già il riconoscimento da parte della Costituzione (art. 79) del principio materiale dello Stato di diritto implica il rifiuto del Positivismo legislativo.

2. Riepilogando: l'opposizione al Positivismo, oggi quasi un luogo comune, è giustificata ma richiede ulteriori specificazioni. La crisi del Positivismo è in realtà una crisi della forza di legittimazione della volontà generale democratica. Questa ammissione spinge a distinguere tra un Positivismo legittimo, autovincolantesi a principi giuridici metalegislativi assoluti, e un altro invece illegittimo che se ne ritiene dispensato. La lotta contro questo Positivismo illegittimo è in realtà la lotta contro la vincolatività di leggi ingiuste e come tale la manifestazione odierna del rifiuto del diritto « vigente » ingiusto tramite il ricorso alla stessa idea di giustizia ⁽¹⁰⁾.

389 s. e *passim*; HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie d. Art. 19 II GG*, 1962 (indicazioni bibliografiche pp. 239-254); ultimamente Eike v. HIPPEL, *Grenze u. Wesensgehalt d. Grundrechte*, 1965.

⁽⁹⁾ LARENZ, *Methodenlehre*, cit., pp. 195 e *passim*; WIEACKER, *Z. heut. Stand* (*supra*, nt. 2), p. 12. Il Positivismo giuridico ha in sé, come ogni Formalismo, l'immanente tendenza a distruggere i suoi stessi presupposti. Cfr. in generale ZIPPELIUS, *Wertungsprobleme im System d. Grundrechte*, München 1962.

⁽¹⁰⁾ Cfr. *infra*, p. 377 ss.

Nel quadro particolare della storia giuridica europea la decadenza del Positivismo comincia dunque con il venir meno della legittimazione metalegislativa del diritto positivo. Una tale legittimazione era stata il costante tema di fondo dello sviluppo giuridico europeo a partire dai più lontani inizi. L'Alto Medioevo l'aveva ravvisata nell'assoluta rivelazione giuridica del *Corpus Iuris* ⁽¹¹⁾; l'Umanesimo nella parola esemplare degli antichi autori ⁽¹²⁾; il Giusnaturalismo laico in una legge dell'umana convivenza individuata dalla Ragione pensante ⁽¹³⁾. La scuola storica del diritto aveva creduto di scoprirla nell'evolversi storico dei popoli a formare l'Umanità, nella dignità culturale del diritto romano, nell'etica kantiana della libertà e nella sua osservanza da parte di una Dogmatica giuridica elevata al rango di scienza filosofica ⁽¹⁴⁾; il Positivismo legislativo infine (almeno quello retamente inteso) nella volontà generale integrata della nazione moderna. Con lo svanire di tutte queste legittimazioni nei rivolgimenti sociali del XIX secolo si è levata di nuovo la questione di quali condizioni siano necessarie perché il diritto vigente possa essere anche diritto giusto e le leggi anche leggi giuste.

Le risposte che si è tentato di dare recano tutte d'ora in poi l'impronta di un secolo in cui scienze della natura e scienze dello spirito cercano di fornire una spiegazione causale della realtà. A partire da questo momento il diritto positivo non trova più la sua legittimazione in una idea della giustizia fine a sé stessa e collocata al di sopra della sfera giuridica, bensì come prodotto di strumenti e scopi della realtà immanente non più visti in relazione con una giustizia metafisica. In tanto in quanto « cause », « fini » e « motivi », pur in una realtà interpretata meccanicisticamente o vitalisticamente, appartengano necessariamente al mondo della « natura » o alla « vita » ⁽¹⁵⁾, questi sforzi di legittimazione

⁽¹¹⁾ *Supra*, I, pp. 61 s.

⁽¹²⁾ *Supra*, I, pp. 123, 236 e nt. 43.

⁽¹³⁾ *Supra*, I, pp. 389 s.

⁽¹⁴⁾ *Supra*, pp. 13 s., 8 s., 31 ss.

⁽¹⁵⁾ Sul punto Erik WOLF, *Große Rechtsdenker*, cit., pp. 651 ss. (su JHERING, *Lo scopo nel diritto*) che contemporaneamente crede di vedere nel Naturalismo giuridico una variante sempre ricorrente della idea (soggettiva) di diritto naturale:

si lasciano definire come **Naturalismo giuridico** ⁽¹⁶⁾. In un tale Naturalismo hanno trovato rifugio a partire, dalla crisi del Positivismo, pensatori della massima serietà morale; come pure, più tardi, il disprezzo senza scrupoli di ogni diritto. Il suo impulso originario era diretto tuttavia alla ricerca della aderenza al vero nella concezione della realtà sociale ed alla individuazione dei compiti della morale pratica che il formalismo della scienza giuridica e il Positivismo legislativo avevano ricusato.

II. 1. La concezione del diritto come puro fenomeno reale conduce ad intendere la scienza del diritto come scienza della realtà ed il suo metodo come spiegazione causale di questa realtà. Le varianti più influenti di questa concezione sono: il Naturalismo

natura come « vitalità »; (cfr. ID., *Concetto e funzione del dir. naturale*, in: Jus, I (1950), pp. 73 ss.; ma soprattutto ID., *Das Problem d. Naturrechtslehre*, Karlsruhe 1959, pp. 49 ss.; sul Naturalismo e Vitalismo dei Sofisti v. anche WELZEL, *Diritto naturale*, cit., pp. 15 ss., 18 s.). I concetti di « natura » e di « vita » del Vitalismo moderno finiscono in questo caso col coincidere.

(16) La denominazione è già stata adottata ad indicare la situazione ideologica nella scienza del diritto penale da WELZEL, *Naturalismus u. Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935; v. anche Erik WOLF, *Große Rechtsdenker*, cit., pp. 623 s., 635 s., 640 s. e *passim*; SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., pp. 81 ss. e *passim*; FRIEDMANN, *Legal Theory* ², London 1949, pp. 159-240; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 45 ss. La definizione come Naturalismo in un contesto spirituale generale può essere ricondotta al linguaggio di Nietzsche (*Volontà di potenza*, II, n. 155): « Principali novità: al posto di valori morali tutta una serie di valori naturalistici »; « Naturalizzazione della morale »; « Nichilismo (cioè il rifiuto radicale di valore, senso e desiderabilità) »; sugli influssi di Jhering (diversamente interpretato) vedi subito sotto alla nt. 23. La « volontà di potenza » di Nietzsche è al tempo stesso anche una spietata rivelazione dei moventi del Naturalismo giuridico: di tutte le interpretazioni psicologiche del fenomeno giuridico la più antiggiuridica di tutte è costituita da questa etica attualistica ed evolucionistica dei grandi moralisti che finisce col rimproverare alla morale giuridica tradizionale proprio il suo vero senso obiettivo cioè l'« imbrigliamento degli impulsi antisociali ». Erik WOLF, *Rechtsdenker*, cit., pp. 622 ss. colloca già il Positivismo giuridico nel Naturalismo; SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., p. 81 vede in entrambi un « Monismo ad ogni costo »; sul punto v. *supra*, p. 125 nt. 7. È chiaro che due così estremi opposti come Formalismo e Naturalismo possono essere di tanto ravvicinati solo ove si muova da concezioni giuridiche teologiche o metafisiche.

meccanicistico ⁽¹⁷⁾, che interpreta il diritto come gioco complesso di cause ed effetti esterni (del tipo di quelli che il fisico constata nella natura inanimata); il Naturalismo vitalistico, che interpreta il diritto come funzione della vita secondo il modello delle scienze biologiche ⁽¹⁸⁾; e infine il Naturalismo psicologico, che considera il diritto come fenomeno di coscienza individuale o collettiva. Tutte e tre le forme si basano sul metodo delle scienze naturali del XIX secolo, la cui applicazione si era estesa al diritto o direttamente, per ingenua analogia, o attraverso la mediazione delle scienze sociali (J. Stuart Mill, Comte, Marx). Come nelle epoche precedenti infatti anche ora il pensiero giuridico, sovraccarico di contenuti e di storia e quindi appesantito, si è rivelato un frutto tardivo del tipo scientifico dominante del suo tempo.

2. Dal loro canto le scienze naturali del XIX secolo erano nei propri presupposti condizionate dalla precedente età della matematica, sebbene se ne rivelassero al tempo stesso profondamente differenti ⁽¹⁹⁾. Esse avevano cercato, nel corso di una progressiva generalizzazione dello sforzo di spiegazione della natura, di ridurre le leggi naturali dell'era matematica ad una determinazione individuale mediante l'equazione causale quantitativa (*causa aequat effectum*). L'importanza della tecnica, alla cui base si trova la concezione di una « natura » a misura d'uomo, finalisticamente intesa e reagente secondo il principio causale, aveva contribuito a livello di vita associata ad ancorare la forza di convinzione della legge di causalità alla generale coscienza sociale. Anche nelle scienze biologiche con la scoperta della cellula e dei meccanismi della ereditarietà aveva finito con l'affermarsi nella coscienza generale, contro le visioni filosofico-naturali del Romanticismo, la spiegazione causale dei processi vitali. Per quel che riguarda la nascita delle varie speci attraverso la selezione biologica nella « lotta per l'esistenza », essa aveva assunto la forma di un prin-

⁽¹⁷⁾ V. anche l'uso della parola « meccanismo » in NIETZSCHE, *Volontà di potenza*, III, n. 296.

⁽¹⁸⁾ Vitalismo anche in NIETZSCHE, *Volontà di potenza*, II, n. 302: « la volontà di potenza come vita »; « addomesticamento della bestia ed allevamento di una specie determinata » al posto della vecchia morale (II, n. 160); ai fini della forza espressiva e degli effetti di questi fuochi d'orientamento è del tutto irrilevante se Nietzsche avesse veramente presente la concezione della nascita del nuovo esemplare umano dalla selezione biologica.

⁽¹⁹⁾ V. su quanto segue ad es. C. F. v. WEIZSÄCKER, *Zum Weltbild d. Physik* ², 1944, pp. 75 ss.; 88 s.

cipio causale di evoluzione che, ad opera di corposi idealisti, moralisti e divulgatori quali Moleschott, Büchner, Carl Vogt ed Ernst Haeckel, era stato elevato all'autorità di una nuova religione. Ma anche la disperazione di Nietzsche a fronte dei valori tradizionali si calerà nelle vesti della formula biologica della discendenza laddove l'autore contrapporrà alla convenzionale etica dei valori una « genealogia della morale ». La stessa strada aveva battuto infine anche la psicologia dell'epoca con la sua interpretazione del rapporto tra « stimoli » esterni e processi interni a livello di coscienza (« sensazioni », « sentimenti ») come relazione causale. Anche questo modello relazionale sarà ben presto applicato da Nietzsche alla storia dello sviluppo della morale.

Queste idee influirono immediatamente in forme addirittura grossolane su pensatori come Rudolph von Jhering, avvezzi a reagire in modo particolarmente rapido e sensibile agli indirizzi culturali del tempo ⁽²⁰⁾. Un influsso ancora maggiore si fece sentire sul diritto attraverso la mediazione delle scienze sociali, in specie ad opera di Jeremy Bentham, John Stuart Mill e Comte, il cui sistema riuscì ad acquistare in Francia letteralmente il prestigio di una religione laicistica ⁽²¹⁾. Sul modello delle scienze della natura, il Positivismo sociologico intendeva la società umana come somma di individui soggetti a determinazione causale e di processi basati su relazioni di causa ed effetto; anche in questo caso l'impressione esercitata sulla coscienza pubblica era stata favorita dalla Rivoluzione industriale, le cui conseguenze sociali avevano stimolato a tentare il superamento delle necessità esistenziali tramite la spiegazione causale e la strutturazione finalistica dei vari atteggiamenti dello sviluppo della società.

3. Dal momento che il diritto si presenta esternamente come fenomeno sociale, esso viene assoggettato dai giuristi cresciuti alla scuola delle scienze della natura e della società agli stessi metodi propri di queste ultime. Come momento della realtà esso può e deve essere spiegato causalmente: anche qui nel duplice

⁽²⁰⁾ WIEACKER, *R. v. Jhering*, 1942, pp. 33, 44 ss.; Erik WOLF, *Große Rechtsdenker*, cit., pp. 651 ss.; WELZEL, *Diritto naturale*, cit., p. 289 s.; BOEHMER, *Grdl. d. bürg. R.* cit., II¹, 132 ss.; cfr. *supra*, p. 152, *infra*, pp. 317 ss.

⁽²¹⁾ Sul suo influsso specialmente sulla concezione del diritto di Duguit (*infra*, p. 334) cfr. FRIEDMANN, *Legal Theory*, cit., pp. 163 ss.

senso che nella prospettiva di concezioni fisiche della causalità se ne dovranno ricercare le cause, mentre da un punto di vista di concezioni biologiche evolucionistiche se ne indagherà la storia delle graduali trasformazioni.

a) Nel primo senso il diritto (storico o attuale) non viene più riconosciuto come valore realizzato (sull'esempio della metafisica giuridica medioevale o del Giusnaturalismo laico) oppure inteso come storia dell'Umanità (è il caso del programma della Scuola storica del diritto), bensì spiegato sulla base di cause sociali od economiche. Già Jhering ad es. (la cui ingenuità filosofica ne fa un testimone estremamente prezioso di simili influssi) ha spiegato nelle edizioni più tarde del suo « Spirito del diritto romano » determinate istituzioni della Roma arcaica come prodotti di strutture sociali quali « la volontà di potere patrizio-sacerdotale » ⁽²²⁾ definendo contemporaneamente nel suo « Scopo del diritto », in maniera molto significativa, fenomeni non normativi quali il costume o la moda come prodromi del diritto. In realtà però questi si distinguono dal diritto non sul piano del comportamento sociale bensì per il tipo della loro validità, cioè per la categoria del loro valore, che Jhering invece a questo proposito lascia completamente da parte. Comunque sia, un ulteriore presupposto fondamentale è che i comportamenti sociali costituiscono soltanto apparentemente l'agire storico di uomini liberamente volenti mentre invece in effetti essi sono tutti causalmente determinati.

b) Il diritto come fenomeno sociale (diversamente dalla natura inanimata) conosce una storia individualizzata della propria evoluzione, allo stesso modo che le « specie » della biologia o l'Umanità della sociologia positivista. Se il diritto è manifestazione di vita, i fenomeni soggettivi dell'esistenza di questo diritto che sopravvivono agli individui, come ad es. coscienza, sensibilità e convinzioni giuridiche, non possono essere altro che risultati o sovrastrutture di fenomeni secondari di consapevolezza a livello di sviluppo causalmente determinato di caratteri psicologici della

⁽²²⁾ *Geist d. röm. R.*, I⁴, 1878, pp. 25 ss. e in particolare II.1³, 1875, pp. 334-339; vedi WIEACKER, *R. v. Jhering*, cit., pp. 22 s., 47 e nt. 70.

specie umana — così come nella psicologia animale del tempo si crede veramente a « istinti giuridici » degli animali superiori. Ed infatti per Jhering ad es. — già prima della « Genealogia della morale » di Nietzsche — esiste una « genealogia » del diritto ⁽²³⁾. Il suo sviluppo si deve ad una selezione biologica; che nella « lotta per il diritto » di Jhering riecheggia lo « *struggle for life* » di Darwin abbiamo già avuto modo di accennare ⁽²⁴⁾.

4. Sotto l'influsso delle scienze biologiche il Naturalismo giuridico si orienta a poco a poco dalla questione centrale delle cause (*causa efficiens*) verso quella degli scopi (*causa finalis*) del diritto. Originariamente la spiegazione causale del fenomeno giuridico non riconosceva al diritto, come manifestazione della realtà, una determinazione finale — sulla scia delle scienze naturali che nel loro rigore (diversamente che nella concezione cristiana del piano della creazione o in quella deistico-illuministica

⁽²³⁾ Al momento della redazione del primo volume del suo « *Scopo nel diritto* » (prima del 1878) Jhering naturalmente non conosceva NIETZSCHE, *Genealogia della morale*, trad. it., Milano 1976. Nietzsche invece da parte sua, secondo la testimonianza delle lettere ad Overbeck della fine di giugno e del 12 agosto 1879, ha subito preso in mano il libro di Jhering (Erik WOLF, GRD, p. 652 e nt. 1). E chiaramente nella « *Genealogia della morale* » (II, 9) polemizza direttamente — senza tuttavia nominare Jhering — contro lo « *Scopo nel diritto* », letteralmente contro la Teleologia fuor di moda degli « attuali genealogisti della morale » (« ingenui come sono sempre stati »). « Lo ' *Scopo nel diritto* ' però non è affatto da utilizzare per la storia delle origini del fenomeno giuridico; ché per ogni tipo di storia non esiste principio più importante di quello ... in base al quale ... cause della genesi di una cosa e sua utilità ... ed inquadramento in un sistema di fini divergono toto coelo ... » (cfr. WIEACKER, GuB, pp. 211 s.). Questa polemica è occasionata dal fatto che Jhering effettivamente non fa distinzione tra momento finale e causale nella genesi del diritto. Ma nonostante ogni critica alla concezione « teleologica » che la morale non sia nient'altro che una creazione razionale dell'Uomo finalizzata alla conservazione della società, anche Nietzsche presuppone, come Jhering, l'origine causale della coscienza morale e giuridica. La sua stessa polemica dimostra che il programma di una « genealogia », si sarebbe tentati di dire di una « storia della discendenza » biologica o sociale, della morale non avrebbe potuto essere maggiormente stimolato allora da nessun'altra lettura che dallo « *Scopo nel diritto* » di Jhering. E, tenendo conto della posizione di Jhering nell'intero contesto culturale del tempo, Nietzsche non ha certo visto giusto nel relegarlo tra i « Teologi fuor di moda » dell'età della Ragione.

⁽²⁴⁾ *Supra*, pp. 153 s.

dell'artefice del mondo) avevano eliminato nella spiegazione dell'Universo ogni elemento teleologico. In questo senso affermava già Laplace di non aver più bisogno della « ipotesi di Dio ». Al contrario le scienze biologiche nei concetti di « specie », « tipo » ed evoluzione verso forme superiori non avevano potuto rinunciare ad un indirizzo finalistico, ad una entelechia del processo evolutivo (delle speci e degli individui, la cui essenziale affinità era stata messa in luce dalla appena scoperta legge biogenetica fondamentale) — quantunque la teoria della selezione spiegasse significativamente la genesi di nuove speci superiori, cioè di strutture funzionalmente organizzate, da un punto di vista causale come sopravvivenza di forme più adatte alla vita nella lotta per l'esistenza.

Non appena dunque si prenda a spiegare il diritto come processo di evoluzione di una manifestazione di vita si pone subito la questione dello scopo. Non è un caso che essa sia stata espressamente formulata, quasi negli stessi termini, da uno dei più significativi rappresentanti del pensiero giuridico del tempo. In una scienza tuttavia che, come la scienza giuridica, abbia il duplice compito di spiegare e al tempo stesso di determinare l'azione pubblica, più specificamente: come storia serva a spiegare la genesi del diritto, come dogmatica sia al servizio della sua esatta applicazione e come politica del diritto provveda ad una corretta normazione, il concetto stesso di scopo finisce col diventare ambiguo. La sua equivocità acquista evidenza nel momento in cui ci si ponga la questione del soggetto determinante lo scopo.

a) In un agire sociale rigorosamente determinato non esistono individui liberamente volenti che siano in grado di imporre al diritto fini liberamente scelti. Tali fini potrebbero essere dati al diritto umano soltanto da un Dio Creatore o da un « grande orologiaio » oppure, dopo l'unificazione di creatore e creato nella filosofia dell'immanenza, da uno « Spirito del mondo » come la Ragione di Hegel o infine, dopo il venir meno anche di quest'ultimo sistema metafisico, dal mondo stesso come soggetto ed oggetto contemporaneamente sul tipo del « Volere » di Schopenhauer, dell'*élan vital* di Bergson, della « Vita » della filosofia vitalistica.

Un simile « scopo » rimarrebbe in realtà soltanto un impenetrabile senso globale dell'essere, visto come tendenza della vita verso future forme superiori dell'esistenza. In ogni caso non rappresenterebbe mai un libero prefiggersi umano di scopi.

b) Anche una spiegazione causale del diritto può però parlare di scopi umani soltanto nel senso di ricercare i motivi (affiorati alla coscienza) dell'opera umana di produzione del diritto (che come tale continua a restare determinata). È prevalentemente in questo senso che Jhering parla di scopo nel diritto. Storia giuridica e diritto vigente vengono poi definiti come contemporaneamente determinati dal punto di vista psicologico per il tramite degli scopi dell'« agglomerato sociale originario », dello « spirito del popolo » o del « legislatore ». La latente contraddizione con il senso della parola « scopo » (nascente dal fatto che nell'uso comune si intende con scopi dell'azione umana la forza motivante del libero volere) si risolve nel momento in cui si pone attenzione a non identificare consapevolezza e libertà dell'agire.

In questo senso, nel tentativo di portare alla luce le valutazioni sociali degli interessi in gioco sottese ad un certo provvedimento legislativo, anche una dottrina pratica dell'applicazione della legge quale la Giurisprudenza degli interessi parla, in maniera altrettanto sorprendente quanto indicativa delle sue scaturigini, di « intendimenti causali » (del legislatore) ⁽²⁵⁾. Un'altra corrente della Giurisprudenza degli interessi ha cercato di caratterizzarsi quasi come « pensiero giuridico causale » ⁽²⁶⁾.

c) La spiegazione del diritto muovente dai suoi fini lascia per lo più sussistere questa ambivalenza. Ché nella scienza del diritto si sono sempre intrecciati indirizzi descrittivi, come nella trattazione storica o sociale delle norme giuridiche, con altri normativi, finalistici, come nella dogmatica e nella politica

⁽²⁵⁾ Subito sotto p. 332 e nt. 46.

⁽²⁶⁾ MÜLLER-ERZBACH, *Die Rechtswissenschaft im Umbau*, 1949, p. 15 e *passim*; critico ENGISCH, *Introd.*, cit., p. 310; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., p. 69 nt. 26. Gli scritti in onore di Müller-Erbach (1954) portano coerentemente il titolo: « Studien zum kausalen Rechtsdenken » (Studi sul pensiero giuridico causale).

del diritto. È per questo che nelle più antiche concezioni finalistiche del diritto figurano moventi della produzione giuridica di carattere individuale, come l'utilità ed il benessere del singolo, e di carattere collettivo, come l'utilità o la sicurezza del « popolo », della « società », del « progresso » o addirittura del « traffico »: allo stesso modo che si trattasse anche qui delle motivazioni di una individualità volitiva ⁽²⁷⁾. Lo « Scopo nel diritto » di Jhering raccoglie queste varianti in colorita commistione. A volte appaiono come fini giuridici « i beni e i piaceri che a giudizio del soggetto conferiscono alla vita il suo autentico valore » ⁽²⁸⁾; anche la sua celebre integrazione della definizione, del diritto soggettivo privato parla di « soddisfazione degli interessi degni di tutela » (del singolo). D'altra parte egli accenna anche all'« utile », al « bene » o alla « sicurezza » della società; oppure, ancora più esplicitamente, a pure e semplici « finalità sociali » materiali, quali « sopravvivenza fisica, riproduzione, lavoro e traffico » ⁽²⁹⁾.

5. È evidente che queste spiegazioni naturalistiche del diritto posseggono un grado molto diverso di aderenza alla realtà. Una spiegazione causale del diritto come fenomeno reale partendo da motivi e fini empirici di singole persone può certo descrivere del tutto esattamente le basi reali di diritti storici o vigenti — a patto che il rilevamento dei dati sia metodico e completo e la psicologia sociale applicata sia quella giusta. E tuttavia in simili casi il suo valore è limitato. Infatti i motivi di cui i singoli hanno consapevolezza non possono che avere un influsso limitato sulla realtà giuridica, mentre alla ricerca delle motivazioni degli organi

⁽²⁷⁾ È questo ciò che esprime in modo caratteristico anche Jeremy Bentham nella sua celebre formula della « maggiore felicità possibile del maggior numero possibile » con cui tenta di risolvere, mediante quantificazione della felicità, l'antinomia latente tra utilità individuale e collettiva (sulla questione ad es. FRIEDMANN, *Legal Theory*, cit., pp. 202 ss.).

⁽²⁸⁾ *Lo scopo nel diritto*, tr. it. Torino, 1972 (ma 1893), p. 313.

⁽²⁹⁾ Sul punto a fondo già WIEACKER, *R. v. Jhering*, cit., pp. 39 ss. Nello sforzo di spiegazione naturalistica del diritto penale stanno ovviamente in prima linea già per Jhering i fini collettivi di tutela della società: così come si erigono argini contro le piene dei fiumi, anche contro omicidio e furto ci si premunisce opportunamente con la « pressione della pena » sui singoli individui, graduata secondo una « tariffa penale ».

di produzione giuridica si oppongono le note difficoltà della interpretazione « storica » delle leggi. Nel caso invece di spiegazioni del diritto in base alla considerazione di scopi collettivi, come per es. nella tutela sociale addotta dalle teorie finalistiche del diritto penale, si tratta evidentemente o di un linguaggio figurato di molto dubbia concretezza oppure di postulati etico-giuridici od ideologici in vesti naturalistiche. Nessuna teoria è riuscita finora a superare queste incertezze: esse sono infatti legate alla struttura stessa della scienza del diritto, che si basa su presupposti scientifici reali ma è chiamata a risolvere compiti scientifico-normativi. Ricerca causale ed analisi psicologica individuale e sociale dei motivi sono pertanto procedimenti legittimi per la individuazione della realtà a cui una certa norma dovrà essere applicata. Ma essi non forniscono ancora, come tali, criteri per una giusta applicazione, o per la legislazione e per la politica del diritto, dal momento che i valori di giustizia vanno riferiti alla realtà sociale ma non possono essere estratti da essa.

III. Per una obiettiva valutazione del Naturalismo giuridico è necessario distinguere tra i suoi meriti notevoli per la spiegazione della realtà di ordinamenti giuridici storici o attuali e la sua fatale pretesa di voler rimpiazzare il non più immediatamente evidente principio di giustizia con surrogati finalistici umani.

1. Nella prima funzione il Naturalismo giuridico ha significato una vasta opera di scoperta del substrato reale che dopo il predominio plurisecolare di autorità dogmatiche o di speculazioni giusnaturalistiche era divenuta più che necessaria e comunque del tutto indispensabile per una critica realistica del diritto nelle società estremamente differenziate del presente. Soltanto con il Naturalismo il modo pre-scientifico di considerare la realtà tipico dei giuristi e del legislatore ha cominciato a tramutarsi in conoscenza scientifica. Ai meriti di questo contributo al chiarimento delle condizioni reali per una corretta produzione ed applicazione del diritto non può opporsi che la spiegazione naturalistica rinunci ad intendere il diritto come valore, allo stesso modo di chi nell'interpretare un messaggio si limiti ad analizzarne il medio

scritto nelle sue qualità materiali e nella sua composizione fisica anziché cercare di decifrarlo e di comprenderlo. Giacché nella descrizione e spiegazione dei presupposti reali del diritto come tale non è da vedersi qualcosa come la negazione dei valori di giustizia, bensì proprio la prima condizione per il loro rinvenimento, così come l'analisi materiale di uno scritto può rivelarsi utile o addirittura indispensabile per il chiarimento della sua origine e del suo significato. La realizzazione della giustizia, proprio perché essa costituisce un'esigenza immutabile e senza tempo, pretende di volta in volta da tempi, situazioni e persone qualcosa di diverso, appunto da ciascuno e per ciascuno « il suo »; è necessario quindi che essa sia rapportata sempre di nuovo a situazioni e realtà diverse, che sia in queste « localizzata » (30).

Non soltanto un buon diritto del traffico o una buona legislazione penale presuppongono una precisa conoscenza dell'attuale struttura del traffico o della criminalità; anche una corretta sentenza in materia ipotecaria o sul venir meno della causa di un negozio non è possibile senza un esame esatto delle circostanze di quel particolare credito immobiliare o del calcolo del prezzo.

Soltanto il preciso chiarimento preliminare delle condizioni reali dell'applicazione della norma è in grado di raffinare la comprensione dei valori dell'ordinamento giuridico vigente e di aprire al verdetto del giudice ed alla politica del diritto la strada verso un agire pubblico giusto, che è sempre un agire in vista di una determinata situazione in una data costellazione concreta (30). Esso è divenuto tanto più necessario da quando la volontà di potere della coscienza moderna ha portato a livello di consapevolezza, mettendoli in discussione, gli antichi elementi condizionanti degli ordinamenti umani — prima presenti allo stato pre-conscio ed in tal modo conservati intatti — e da quando il progresso tecnico ha incommensurabilmente potenziato gli effetti di una giusta o falsa politica del diritto. Muovendo dai suoi ingenui presupposti, il Naturalismo giuridico ha riscoperto quello che il Positivismo legislativo aveva dimenticato: che una concezione del dovere giuridico dell'Uomo come valore non è possibile senza conoscere l'Uomo come essere sociale, cioè senza una antropologia

(30) Cfr. *infra*, pp. 382 s.

giuridica. L'omissione consapevole o negligente da parte del legislatore o del politico del diritto di un chiarimento preliminare della realtà sociale, per pigrizia di pensiero, pregiudizio ideologico o considerazioni tattiche costituisce pertanto oggetto di uno dei rimproveri più gravi che si possano muovere a prese di posizione di politica del diritto, a progetti di legge o a leggi ⁽³¹⁾. Se per es. il legislatore si è risolto a garantire una maggior sicurezza del traffico mediante inasprimento delle pene del Codice della strada (il che può senz'altro rappresentare uno strumento legittimo di politica del diritto, anche se intacca il principio di delitto e castigo), è suo preciso dovere cercare di accertare preliminarmente, e continuare a controllare in seguito, il riflesso di un tale provvedimento sulla statistica degli incidenti. Ciò vale in misura anche maggiore per i problemi di gran lunga più importanti della legislazione penale, della riforma del diritto azionario, ecc.

È opportuno che questo sia richiamato alla memoria, oggi e soprattutto in Germania, dove i passati disastri di un primitivo e cieco pensiero giuridico finalistico e la riconversione ai valori immutabili del diritto sembrano aver momentaneamente represso l'interesse del legislatore e della scienza giuridica in genere per le fondamenta empirico-scientifiche del proprio lavoro, per la criminologia, per l'indagine sul fatto giuridico, per la sociologia del diritto, per la psicologia sociale.

2. In questa funzione va attribuito dunque al Naturalismo giuridico un merito duraturo. La maggior parte delle discipline giuridiche ausiliarie gli sono debitrice della loro origine o del loro rifiorire nel nostro secolo. Esse costituiscono strumenti indispensabili della critica giuridica e della politica del diritto — a condizione che si accontentino di questo ruolo e non pretendano di spacciare già per diritto semplici condizioni della realtà giuridica (come gli « interessi » l'« utile », la « fattualità » o gli « ordinamenti di vita concreti ») ⁽³²⁾. Un'altra tentazione nel progredire del-

⁽³¹⁾ Si faccia tesoro sul punto di F. v. HIPPEL, *Vorbedingungen einer Wiedergesundung des heut. Rechtsdenkens*, 1947 (oggi anche: *Rechtstheorie u. Rechtsdogmatik*, Frankfurt 1964), pp. 206 ss.; specie 215 e 218.

⁽³²⁾ In questo senso Erik WOLF (*Einleitung a RADBRUCH, Rechtsphilosophie* ⁴, 1950, p. 37) difende giustamente Radbruch dal rimprovero di indifferenza etico-

l'opera di chiarificazione della realtà del Naturalismo è quella della perdita di ogni illusione: chi ha modo di constatare continuamente il dipendere del diritto vigente da circostanze casuali storiche, politiche e sociali comincerà facilmente a disperare di ravvisarvi manifestazioni storiche della giustizia ed infine a considerare la sua bandiera come il famoso « brandello di stoffa »⁽²⁸⁾.

giuridica del suo relativismo con l'accento alla necessità nella scienza giuridica del dualismo metodologico; cfr. anche F. v. HIPPEL, *G. Radbruch als rechtsphilosoph. Denker*, SüdJZ, 1950, pp. 466 ss. e 574 ss. (edito come vol., Heidelberg 1951).

⁽²⁸⁾ Si è occupato a fondo di questo problema di recente e con successo Leo STRAUSS, *Natural Right and History* (tr. ted. Stuttgart 1956). Strauß dimostra che la storicità delle esperienze etico-giuridiche non basta a mettere in dubbio la realtà metastorica del problema della giustizia: i giudizi morali che guidano la volontà di conoscenza sono indipendenti dal materiale storico a cui vengono riferiti. Sono questi giudizi infatti che determinano quale ritaglio della nostra esperienza della realtà ci possa dar ragguaglio della giustezza morale del nostro agire; in altri termini, le concezioni morali guidano la stessa nostra percezione della realtà. Cfr. anche GADAMER, *Verità e metodo*, cit., pp. 376 ss. e *infra*, p. 382 nt. 114. Un diverso approccio in Arthur KAUFMANN, *Naturrecht u. Geschichtlichkeit*, Tübingen 1957.

La disillusione naturalistica sulla possibilità di una esperienza atemporale della giustizia è condivisa per altri motivi dalla critica giusnaturalista della teologia della Riforma (cfr. *infra*, pp. 367 s.) allorché essa fa dissolvere ogni autonomia giustizia umana nel groviglio della fattualità terrena per poi opporre alla « giustizia » di questo mondo completamente guasto il giudizio divino. « Un tale attivismo teologico, se dovesse veramente resistere, significherebbe la fine dell'idea di diritto » (WELZEL, *Diritto naturale*, p. 355) — cosa che, secondo Welzel, fortunatamente non accade. Anche Erik WOLF, *Rechtsgedanke u. bibl. Weisung*, 1948, p. 28, seppure più cauto, ritiene impossibile il riconoscimento (al di là degli schemi formali del concetto di giustizia) di una giustizia materiale dal contenuto assolutamente vincolante (61) senza che si sia orientata la conoscenza giuridica naturalrazionale alla rivelazione della Scrittura. « Se si ammette che la vera essenza della giustizia (che è già di per sé una parola divina!) » — il che sicuramente vale per il termine ebraico così tradotto da Lutero, ma già più difficilmente per *δικαιοσύνη* e non certo per *iustitia* e « *Gerechtigkeit* » — « va situata nell'aldilà (spaziatura di Wolf), ci si deve affidare alla rivelazione pubblica (cioè quella biblica) dell'essenza del giusto ». « Un'autogiustificazione del diritto diviene in tal modo impossibile » (28). Il Positivismo giuridico che ne consegue si manifesta, anche se diversamente, nel suo *Problem der Naturrechtslehre*³, 1964, come pure in *Fragwürdigkeit u. Notwendigkeit d. Rechtswiss.*, Freiburg 1953; altrimenti però *Recht des Nächsten. Ein rechtstheologischer Entwurf*, Frankfurt

Soltanto una fede giuridica praticamente orientata e costantemente viva aiuterà a superare questi segni di stanchezza provocati dall'esperienza concreta.

Tra le discipline empirico-scientifiche della scienza giuridica vanno oggi annoverate:

a) I rami tradizionali della Storia del diritto e del Diritto comparato, il cui metodo è oggi prevalentemente caratterizzato dall'indagine su fonti e fatti lasciando da parte ogni costruzione ed ogni scelta preliminare storico-filosofica o giuridico-filosofica. I risultati della Storia del diritto (la illustrazione del diritto in approfondimento delle sue dimensioni locali e temporali) ⁽³⁴⁾ e del Diritto comparato (il diritto nelle sue attuali differenziazioni locali) costituiscono poi il materiale della filosofia giuridica, storica o sociale.

b) Un diretto derivato delle scienze sociali è la Sociologia del diritto, cui la Germania agli inizi del secolo ha dato il suo contributo con nomi significativi quali Ehrlich ⁽³⁵⁾ e soprattutto Max Weber ⁽³⁶⁾. Dopo la sua rovina sul suolo tedesco ad opera dell'ideologia nazionalsocialista essa viene oggi

1958, ove la concezione protestante della giustizia viene fondata sulla *lex caritatis* di Dio. Una critica di simili punti di vista (che tuttavia non rientra negli scopi di questa esposizione) dovrebbe dirigersi soprattutto contro la pretesa esclusività dell'esperienza giuridica in quell'ambito umano che ascolta e segue la parola della Bibbia — mentre invece anche un diritto metapositivo dovrebbe poter vincolare tutti (cfr. *infra*, pp. 378 e 384 s.

⁽³⁴⁾ Cfr. *supra*, pp. 115 s. e 122; ad integrazione cfr. COING, *Grdz. d. Rechtsphil.*, 1950, pp. 280 ss. (storia del diritto come il divenire cosciente dell'idea di diritto); H. MITTEIS, *Über das Naturrecht*, 1948, p. 42; DULCKEIT, *Philos. d. Rechtsgesch.*, 1950, pp. 9 s. (piano generale); pp. 56 ss. (svolgimento).

⁽³⁵⁾ Opera principale: *Grundl. d. Soziologie d. Rechts*¹, 1913, ²1929; sulla vita e sulle opere di questo pensatore, in molti aspetti un vero pioniere, vedi SINZHEIMER, *Jüd. Klassiker d. dtsh. Rechtswiss.*, Amsterdam 1938, pp. 240 ss.; FRIEDMANN, *Legal Theory*, cit., pp. 184 ss. Inoltre: KORNFIELD, *Soziale Machtverhältnisse*, 1911; JERUSALEM, *Soziologie des Rechts*, 1925; RUMPF, *Rechtswiss. als Sozialwiss.*?, 1929. Critico LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 87 ss. (dal punto di vista di una teoria idealistica del diritto).

⁽³⁶⁾ Inestimabile capolavoro: *Sociologia del diritto*, cit.; su cui da ultimo ENGISCH in: *Max Weber, Münch. Gedächtnisschr.*, Berlin, 1966, pp. 67 ss. I contributi più recenti provengono quasi esclusivamente dall'area delle scienze sociali: GEIGER, *Vorstudium zu einer Soziologie d. Rechts*, 1964; DAHRENDORF,

curata soprattutto in Francia, nei paesi scandinavi ⁽⁸⁷⁾ e negli Stati Uniti ⁽⁸⁸⁾. Una rinnovata Sociologia del diritto potrebbe diventare il polo metodologico per un chiarimento empirico-scientifico delle condizioni del fenomeno giuridico fungendo da centro di coordinazione dei risultati della Storia del diritto e delle indagini di diritto comparato.

Nella scienza del diritto privato inoltre un nuovo indirizzo, il cd. «Studio dei fatti giuridici» ⁽⁸⁹⁾, fondato dal Nußbaum si è accinto negli anni Venti ad un lavoro propedeutico in funzione di una corretta opera di produzione ed applicazione del diritto tramite il chiarimento sistematico della effettiva diffusione ed utilizzazione delle istituzioni privatistiche (per es. delle forme di società, del credito immobiliare, del regime matrimoniale dei beni) e delle regole

Homo sociologicus ⁴, 1964; LIEBER, *Philosophie, Soziologie u. Gesellschaft*, 1965, pp. 16 ss., 35 ss.; GRIMM, JZ, XX (1965), pp. 454 ss.; per il perdurare della tensione della scienza del diritto tradizionale, indicativa la polemica di Rich. LANGE, JZ, XX (1965), pp. 737 ss., con GURVITCH, *Dialektik u. Soziologie*, 1965, pp. 13, 52, 281, 286 ss., che propugna una sociologia (del diritto) come scienza dei fatti; cfr. d'altra parte anche DAHRENDORF, *Homo*, cit., pp. 16 ss., 64 ss., 81, 89 (contro una antropologia filosofica). Cfr. anche ESSER, *La méthode sociologique dans les études de droit contemporaines*, Colloque de Strasbourg, 1960, pp. 201 ss.; da ultimo il convegno su *Ideologie u. Recht* (BENCKE, JZ, XXI [1966], pp. 411 s.).

⁽⁸⁷⁾ Sul Neopositivismo scandinavo della Scuola di Hägerström: LUNDSTEDT, OLIVECRONA, EKELÖF ed ora, per la utilizzazione della semantica neopositivista, GAGNÉR, *Zur Methodik neuerer rechtsgesch. Untersuchungen*, Stockholm-Göteborg-Uppsala 1963 (gentilmente messi a disposizione in bozze dall'A.), pp. 147 ss., specie 177 ss.

⁽⁸⁸⁾ Sulla *Sociological Jurisprudence* di Roscoe Pound (1870-1964) e dei suoi allievi cfr. FRIEDMANN, *Legal Theory*, cit., pp. 229 ss.; ESSER, *Principio e norma*, cit., *passim* (indice analitico); GURVITCH, *Dialektik u. Soziologie*, cit.; STONE, *Province and Function of Law*, 1946; ID., *Legal System and Lawier's Reasoning*, Stanford 1964. Opere principali di POUND: *The Formative Era of American Law* ², Boston 1938; *The Spirit of the Common Law*, Boston 1963 (tr. it. Milano 1970; tr. ted., *Der Geist d. gemeinen [?] Rechts*, Söking 1947); *An Introduction to the Philosophy of Law*, Newhaven 1954; *Jurisprudence*, I/V, St. Paul, Minn. 1959; cfr. inoltre Karl N. LEWELLYN, *The Common Law Tradition - Deciding Appeals*, Boston 1960; ID., *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago 1962.

⁽⁸⁹⁾ Programma: A. NUSSBAUM, *Die Rechtstatsachenforschung*, Tübingen 1914; un modello: NUSSBAUM, *Niessbrauchrecht d. BGB unter dem Gesichtspunkt d. Rechtstatsachenf.*, Berlin 1919; sulla ricerca statistica cfr. BOEHMER, *Grdl.*, cit., II.1, p. 162.

sociali da cui dipendono. La scomparsa di questo indirizzo di ricerca rappresenta una delle perdite più deplorabili del nostro strumentario d'indagine civilistica.

c) Nel campo del diritto penale scopi analoghi vengono perseguiti dalla *Criminologia*, cioè dalla analisi metodica del crimine nella sua realtà e muovendo dai suoi presupposti sociali. In Germania se ne deve l'introduzione a Franz von Liszt (1851-1919) ⁽⁴⁰⁾. Come disciplina giuridica ausiliaria essa è il prodotto della precoce penetrazione del Naturalismo nella scienza del diritto penale, a sua volta dovuta all'opera, piena d'avvenire ma anche di pericoli, del fondatore della moderna scuola penalistica. Questo Naturalismo vede nel crimine un fenomeno socialmente determinato (con il che esso descrive certo esattamente uno degli aspetti della sua realtà) e propone quindi per la lotta contro la delinquenza una serie di rimedi di indole causale come la finalizzazione della pena e la prevenzione sociale. Insieme con la *Psichiatria giudiziaria* e la *Medicina legale*, la *Criminologia* costituisce oggi la più perfezionata, dal punto di vista metodologico ed organizzativo, delle discipline giuridiche ausiliarie. Tuttavia si impone anche qui il rilievo che il ritorno ai fondamenti etici del diritto penale e il nuovo fiorire della dogmatica penalistica distolgono forse troppo l'attenzione e le energie dell'attuale scienza del diritto penale tedesco e della legislazione da quell'opera preliminare di chiarimento della realtà del crimine che è indispensabile per compiti impellenti di una morale legislativa pratica.

3. La scoperta del reale concreto da parte del Naturalismo giuridico ha risvegliato anche all'interno della *Dogmatica*

⁽⁴⁰⁾ Su cui v. in generale: RADBRUCH, *Liszt, Anlage u. Umwelt*, in: *Elegantiae Iuris Criminalis* ², Basel 1950, pp. 72 ss.; Eb. SCHMIDT, *Monatsschrift f. Kriminalbiologie u. Strafrechtsref.*, XXXIII (1942), pp. 205 ss.; ID., *Gött. Festschr. f. J. v. Gierke*, 1950, pp. 201 ss.; ID., *ZStrafwiss.*, LXIII (1951), pp. 269 ss. e *Einf. in d. Gesch. d. dtsch. Strafrechtspflege*, pp. 357-386 (sul contrasto tra le scuole, pp. 386 ss.). Nei particolari: Agnes SCHWARZSCHILD, *L. als Strafrechtsdogmatiker*, SchwZStrafr., XLVII (1933); BAUMGARTEN, *SchwZStrafr.*, LI (1937); GEORGAKIS, *Geistesgesch. Stud. z. Kriminalpol. u. Dogm. F. v. Liszt's*, Leipzig 1940. Sulle derivazioni (occasionate dal periodo viennese di Jhering) di Liszt da Jhering: E. HURWICZ, *R. v. Jhering u. d. dtsch. Rechtswiss. Mit bes. Berücksichtigung d. Strafrechts*, 1911; per grandi linee anche WIEACKER, *Jhering*, 1942, ntt. 79-82.

privatistica nuove tendenze metodologiche rivolte soprattutto all'arte dell'applicazione della legge da parte del giudice.

Dopo la vittoria del Positivismo legislativo nelle codificazioni moderne e la limitazione del compito del giudice alla sussunzione delle fattispecie concrete alle ipotesi legislative, il problema dell'applicazione del diritto sembrava essersi sopito. Ma nella misura in cui si è stati costretti ad ammettere la lacunosità dell'ordinamento giuridico scritto è riaffiorata di nuovo la questione del metodo di un'interpretazione della legge in grado di colmare le lacune; e non appena i rivolgimenti economici e sociali scatenati dalla Prima guerra mondiale hanno posto i giudici di fronte al problema di adeguare la disciplina normativa ad un nuovo modello di società, la questione dell'applicazione della legge tramite interpretazione ha preso a tramutarsi nell'altra dell'ammissibilità e dei presupposti di una elaborazione evolutiva del diritto da parte del giudice *praeter* o addirittura *contra legem*.

a) Il maggiore influsso pratico in questa direzione è stato esercitato dalla Giurisprudenza degli interessi⁽⁴¹⁾. È questo il nome assunto dall'indirizzo metodologico giurisprudenziale fondato dal germanista e dogmatico del diritto civile di Tübingen, Philipp Heck⁽⁴²⁾, e a cui va ricondotta in senso stretto la cd. Scuola di Tübingen (oltre ad Heck: Max Rümelin, Heinrich Stoll, Eugen Locher ed altri), come pure in senso più ampio i civilisti di Göttingen, Oertmann e Müller-Erbach e, con una più forte accentuazione dei valori di giustizia (« garanzia di correttezza ») del diritto, anche Schmidt-Rimpler. La generazione

(41) Vedi per tutti l'approfondito sguardo critico di LARENZ, AcP, CXLIII (1937), pp. 271 ss.; BOEHMER, *Grdl.*, II.2, pp. 190-212 (Letteratura ed opere principali della scuola: pp. 190 s.); LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 58-82; 179-186 (Giurisprudenza valutativa); FECHNER, RPhil, XXVIII ss.; un giudizio più positivo sulla Giurisprudenza valutativa del presente alle pp. 123 ss.; approfondisce l'indagine ora L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, pp. 197-346, che tuttavia inquadra la Giurisprudenza degli interessi nel movimento del Diritto libero in senso lato.

(42) Lavori metodologici basilari: HECK, *Gesetzesauslegung u. Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1914; ID., *Das Problem d. Rechtsgewinnung*, 1912; ID., *Begriffsbildung u. Interessenjurisprudenz*, 1932; inoltre AcP, CX XII (1924), pp. 173 ss.; AcP, CXLII (1936), pp. 129 ss. e 297 ss.; come pure l'appendice « *Begriffsjurisprudenz u. Interessenjurisprudenz* » in: *Grundriß d. Schuldrechts*, 1929.

più giovane nell'ambito della Giurisprudenza degli interessi intende sé stessa come « Giurisprudenza valutativa »; in tal modo essa cerca di rendere palese il proprio distanziarsi dalle origini naturalistiche della scuola. Nel periodo successivo essa ha finito con l'influenzare, al di fuori della sua cerchia originaria, la maggior parte dei civilisti della generazione seguente e infine anche la giurisprudenza civile ⁽⁴³⁾.

La Giurisprudenza degli interessi, nella forma classica datale da Heck, muove dal presupposto che l'ordinamento giuridico basato sulla legge sia sempre lacunoso. Il giudice pertanto non è in grado di fornire la giusta decisione di un caso soltanto in forza della sua sussunzione sotto una determinata disposizione normativa. Ma nemmeno potrà dedurla per derivazione logica da sistema e concetti, come vorrebbe fare la Giurisprudenza dei concetti con quel « metodo dell'inversione » che la Giurisprudenza degli interessi tanto le rimprovera, e cioè ricavando giudizi socialmente esatti da operazioni logiche tramite rovesciamento dell'effettivo processo giudiziale di accertamento del diritto ⁽⁴⁴⁾. La Giurisprudenza degli interessi biasima in questa tecnica la confusione tra le differenti categorie della correttezza logica e di quella sociale: essa conduce soltanto per caso a decisioni esatte e cioè ogni qualvolta lo stesso concetto sia già stato creato in vista di una certa costellazione d'interessi esattamente valutata. Ché in realtà tutti i concetti rappresentano nient'altro che uno strumento ausiliario per poter meglio intendersi scientificamente su valutazioni generali d'interessi o su soluzioni di conflitti proposte dal legislatore; la loro funzione risiede (come quella di unità fittizie di conto o di simboli matematici) soprattutto nelle possibilità di illustrazione pedagogica e nella rappresentazione stilizzata di potenziali

⁽⁴³⁾ Ripercussioni sul *Reichsgericht*: MÜLLER-ERZBACH, *Reichsgerichts-Festschrift*, III, 1929, pp. 161 ss.; sulla giurisprudenza in genere: HUBMANN, AcP, CLV (1956), p. 88.

⁽⁴⁴⁾ Contrario soprattutto HECK, *Problem d. Rechtsgewinnung*, cit., p. 13; ID., *Gesetzesauslegung*, cit., p. 71; ID., *Begriffsjur. u. Interessenjur.*, cit., pp. 92, 166; p. 176 sui concetti come strumenti espositivi per l'abbreviazione di programmi di soluzione di conflitti d'interesse; magistrale applicazione di questo metodo in ID., *Grundriß des Schuldrechts*, 1929 (con appendice metodologica) e ID., *Grundriß des Sachenrechts*, 1930.

modelli di composizione di conflitti, anticipatamente predisposti dal legislatore per motivi sociali.

Il metodo di lavoro propugnato dalla Giurisprudenza degli interessi riposa sul presupposto che ogni norma di legge sia una massima del legislatore per la soluzione di conflitti d'interessi da lui previsti e disciplinati. Alla base dunque di ogni regola legislativa ci sarebbe innanzi tutto un atto di valutazione di interessi e poi una scelta tra le diverse possibili valutazioni degli interessi contrastanti delle parti della lite. È proprio in questo presupposto, identificante (sull'esempio di Jhering) ⁽⁴⁵⁾ i diritti soggettivi privati con gli strumenti per la soddisfazione degli interessi individuali, che si manifesta il legame di fondo di questo metodo giurisprudenziale con la concezione giuridico-teleologica naturalistica: la vera legittimazione dei diritti soggettivi privati è costituita dalla valutazione e dalla scelta operate su interessi in contrasto. Che in tal modo si concepisca anche l'ordinamento giuridico oggettivo come prodotto dello sforzo finalistico umano nel senso (psicologicamente) **d e t e r m i n i s t i c o** del Naturalismo, traspare dal fatto che la Giurisprudenza degli interessi più antica

⁽⁴⁵⁾ WIEACKER, *R. v. Jhering*, 1942, pp. 39 ss.; cfr. *supra*, pp. 152 s. Sul concetto di interesse critico BOEHMER, *Grdl.*, cit., pp. 195 ss. (compito del diritto è la composizione di conflitti sociali, non la valutazione degli interessi come tali); più a fondo LARENZ, *Metodo*, cit. soprattutto pp. 75 s. (giudizi di valore scambiati con valori). Il rimprovero a buon mercato di « Materialismo » collegantesi all'uso del termine « interesse », piacevolmente privo di ogni *pathos*, non ha bisogno di confutazione (cfr. BOEHMER, *Grdl.*, cit., pp. 206 s.); l'infelice argomento contrario della scuola, di aver preso cioè in considerazione anche « interessi ideali », si muove altrettanto in superficie. Più giustificato il successivo rifugiarsi nel programma di una « Giurisprudenza valutativa » — pur restando aperta la questione della provenienza e della scala di questi valori. È esatto piuttosto che la Giurisprudenza degli interessi tenti di fornire al diritto un fondamento naturalistico ed alla sua vigenza invece uno positivistico-legislativo; muovendo da un simile presupposto, inevitabile nella situazione del suo tempo, è del tutto legittimo che essa cerchi di colmare « naturalisticamente » lo spazio d'interpretazione delle norme lasciato aperto dal Positivismo legislativo servendosi di valutazioni tratte dalla propria società. In SCHMIDT-RIMPLER tale Naturalismo è completamente superato nel momento dell'applicazione della legge facendo ricorso ai valori (pratici) di giustizia (« garanzia di correttezza ») della norma giuridica positiva: scopo del diritto e giustizia attualizzata finiscono in tal modo per coincidere nuovamente.

(cd. «genetica») vede stranamente nella legge l'espressione di «intendimenti causali» del legislatore — del resto senza necessità apparente per la elaborazione del proprio metodo e senza danni alle direttive pratiche per l'applicazione della legge da parte del giudice. Più coerentemente la Giurisprudenza valutativa odierna ha lasciato cadere un tale spunto naturalistico (46).

Nella definizione della legge come posizione di scopi e della sua applicazione come loro attuazione la Giurisprudenza degli interessi si identifica dunque apparentemente con le conseguenze più radicali del Naturalismo giuridico. In realtà però essa se ne differenzia nettamente per il principio di fedeltà alla legge, con il quale si avvicina piuttosto, in accettazione delle regole dello Stato di diritto, al Positivismo legislativo: essa si qualifica così come l'arte dell'applicazione della legge anziché della produzione giudiziale del diritto (e meno che mai come una teoria sui fondamenti del diritto). Il giudice ha da seguire con «senso di obbedienza raziocinante» (come si esprime ottimamente l'Heck) la scelta tra i diversi interessi effettuata dal legislatore, anche quando nel suo caso concreto l'interesse da questi privilegiato gli sembri meno degno di tutela di quello della parte opposta; egli deve cioè applicare la legge anche quando nel caso in oggetto la *ratio legis* non si riveli opportuna, come negli esempi di disposizioni concernenti determinate forme o di invalidità del negozio sfavorevole al minore. La Giurisprudenza degli interessi vede giusto che il mancato rispetto della scelta generale del legislatore comprometterebbe non soltanto il sistema dello Stato di legge e della divisione dei poteri, bensì anche il carattere normativo della disposizione di legge e con esso la sua stessa qualità di imperativo giuridico. Ma ciò costituisce anche l'ammissione di un dualismo non ancora superato tra il Positivismo dello Stato di diritto e la concezione giuridica finalistica della società: dualismo che, per essere caratteristico della situazione che la Giurisprudenza degli interessi è chiamata oggi effettivamente ad affrontare, presenta anche un suo margine di legittimità. Dal punto di vista del metodo questa frattura si

(46) Così espressamente WESTERMANN, *Wesen u. Grenzen d. richterl. Streitentscheidung im Zivilrecht*, 1955; REINHARDT-KÖNIG, *Richter u. Rechtsfindung*, 1957.

palesa nel fatto che la Giurisprudenza degli interessi non è in grado di fornire un fondamento metapositivo per la preferenza accordata ad uno dei più interessi in contrasto; che essa quindi (come del resto ogni Naturalismo applicato) è costretta a fare un salto dall'essere al dover essere.

In effetti la Giurisprudenza degli interessi è riuscita, proprio grazie a questa sua autoqualificazione come tecnica, ad acquistarsi notevoli meriti pratici ed ampi riconoscimenti nella scienza e nella prassi. Essa stessa si intende correttamente non come filosofia (naturalistica) del diritto, bensì come avviamento all'arte pratica della decisione giudiziale. E proprio in quanto tale ha fornito eccellenti prestazioni. Una nuova dottrina sottolinea ora il carattere « topico » delle decisioni giuridiche: queste non sono tanto sussunzione di fattispecie controverse sotto principi sistematici e concetti generali quanto risoluzione pratica di problemi, tramite discussione degli aspetti di morale pratica del settore cui un certo problema appartiene e scelta delle soluzioni più praticabili (47). La Giurisprudenza degli interessi si adatta particolarmente bene a questa struttura del processo decisionale; gli interessi da essa analizzati infatti e la discussione sulla loro possibile valutazione stimola in misura particolare la ricerca di punti di vista pratici per la soluzione dei problemi. L'aver reso evidenti i conflitti d'interesse del diritto privato e le possibilità della loro valutazione costituisce il diretto contributo della Giurisprudenza degli interessi alla ragione pratica del diritto in grado di disorientare la ovvia e, da un punto di vista di principio giustificata critica filosofico-giuridica degli avversari (48). In ciò si palesa il contributo di cui la moderna Dogmatica del diritto è debitrice alla

(47) Cfr. *infra*, pp. 360 s.

(48) Cfr. LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 75 s. e *passim*. Questa critica si lascia sintetizzare nella constatazione che l'analisi degli interessi contrapposti in una lite giuridica, per quanto precisa e per quanto indispensabile al corretto rapporto tra dover essere giuridico e realtà essa possa essere, non può servire a fornire i criteri di quel dover essere; cfr. WIEACKER, *Gesetz u. Richterkunst*, 1957, p. 9. Sulla corrispondente identificazione « monistica » di essere e dover essere, di realtà e valore in Franz von Liszt (che gli permette nella sua dogmatica del diritto penale di lasciare l'una accanto all'altra senza compromessi tendenze logiche e teleologiche) vedi Erik WOLF, *Große Rechtsdenker*, cit., pp. 721 s.

metodica illustrazione della realtà giuridica da parte del Naturalismo. In un periodo come il nostro in cui l'immediata percezione della giustizia nelle cose è divenuta talmente difficile, soltanto una sicura aderenza alla realtà è capace di fornire un riflesso della ragione giuridica di epoche più grandi.

I limiti della Giurisprudenza degli interessi divengono evidenti solo in presenza di autentiche « lacune normative » dell'ordinamento. In questo caso infatti essa esorta espressamente il giudice a decidere il conflitto in base all'interesse concretamente prevalente. Quale sia questo interesse si potrà tentare dapprima di accertare sulla base di analoghe decisioni generali del legislatore. Ove questo non sia possibile però il tipo particolare di considerazione finalistica del diritto, che non conosce una gerarchia prestabilita di valori, non fornisce altri punti di riferimento. Dal momento infatti che la Giurisprudenza degli interessi si propone di analizzare gli interessi tenuti presenti e privilegiati dal legislatore al fine di seguire le valutazioni da lui adottate, essa non si preoccupa di mettere a disposizione del giudice criteri di contenuto per l'eventualità che la legge non si periti affatto di dare tali valutazioni. In questi casi limite l'aderenza al testo legislativo che le è tipica rende la Giurisprudenza degli interessi ancora più vulnerabile che non un deciso Naturalismo, per il quale non sarebbe imbarazzante una rapida indicazione dei valori della vita e della società da lui ritenuti più elevati (49).

b) La Giurisprudenza degli interessi non è la sola teoria dell'interpretazione che abbia subito l'influsso della concezione giuridica finalistica del Naturalismo. In Francia ad es. Duguit (50), Saleilles (51) e Gény (52) muovendo da una definizione del diritto

(49) Una valutazione leggermente diversa in WIEACKER, *Jhering*, 1942, pp. 50-53.

(50) Opere fondamentali: cfr. A. B. SCHWARZ, *Rechtsgeschichte u. Gegenwart*, 1960, pp. 40 s.; GURVITCH, *L'idée de droit social*, Paris 1932, pp. 595 ss. Su Duguit in generale: BOEHMER, *Grdl.*, cit., II.2, p. 43 e nt. 6; sulla sua *fonction sociale* FRIEDMANN, *Legal Theory* cit., pp. 165 ss. (sull'influsso di Jhering, p. 163).

(51) Per un'apprezzamento: E. GAUDEMET, *Rev. bourguignonne de l'Université de Dijon*, XXII (1912); JONESCO, *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris 1919; A. B. SCHWARZ, *Rechtsgesch.*, cit., pp. 41 ss.; sui fondamentali influssi filosofici e sociologici cfr. GURVITCH, *L'idée*, cit., pp. 629 ss.

(52) Opere fondamentali: *Methode d'interprétation des sources en droit privé positif*, 1899 (2ª ed., 1919); *Science et technique du droit privé positif*, I/IV², 1913/21; su cui ad es. A. ROSS, *Theorie d. Rechtsquellen*, 1929, pp. 52 s.;

come *fonction sociale*, hanno tentato di rinnovare la teoria dell'interpretazione della legge; è chiaro che di fronte ad una più che secolare codificazione una tale necessità doveva essere sentita prima che in Germania o in Svizzera. Nel campo della dogmatica penalistica tedesca la crescente opera di analisi dei moventi sociali e delle valutazioni politico-criminalistiche del legislatore ha favorito lo sviluppo di una interpretazione e produzione concettuale⁽⁵⁸⁾ teleologiche che, corrispondentemente all'importanza per lo Stato di diritto delle fattispecie legali di crimine, hanno adottato procedimenti più rigorosi dal punto di vista teoretico che non la Giurisprudenza degli interessi. Figlia nei suoi presupposti logici del Neokantismo tedesco sud-occidentale, questa teoria dell'interpretazione estraeva il suo «telos», la determinazione finale sia dell'interpretazione che dello sviluppo concettuale — per cui il Formalismo neokantiano non fornisce alcun orientamento giuridico materiale —, dagli immanenti valori sociali e di vita di un'etica relativistica. Così anche questo metodo (come, seppure in maniera diversa, la Giurisprudenza degli interessi) ha rappresentato un singolare e per il suo tempo significativo gradino in-

GURVITCH, *L'idée*, cit., pp. 629 ss.; ISAY, *Rechtsnorm u. Entscheidung*, 1929, *passim* (indice analitico); A. WORTHY, in: *Modern Theorie of Law*, 1933, pp. 139 s.; A. B. SCHWARZ, *Rechtsgesch.*, cit., pp. 41 ss.; FRIEDMANN, *Legal Theory*, cit., pp. 220 ss.; BOEHMER, *Grdl.*, cit., II.1, p. 178; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., p. 72 nt. 33. Controversie di principio con Duguit: *Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit*, in: *Rev. trimestr. du dr. civil*, XXI (1922), pp. 773 ss. Fondamenta diverse ha invece la teoria delle istituzioni del terzo grande metodologo francese di questo periodo, HAURIOU (*La science sociale traditionnelle*, 1896; *L'institution et le droit statutaire*, Toulouse 1906; *L'ordre social, la justice et le droit*, in: *Rev. trim. dr. civ.*, XXVI (1927), pp. 795 ss. [ora in *Id.*, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milano 1967, pp. 69 ss.]; cfr. GURVITCH, *L'idée*, cit., pp. 647 ss.).

(58) Vedi GRÜNHUT, *Begriffsbildung u. Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926, e *Id.*, *Festschr. R. Frank*, I, 1930, pp. 1 ss.; SCHWINGE, *Teleol. Begriffsbild. im Strafrecht*, 1930; SCHAFFSTEIN, *Zur Problemat. d. teleol. Begriffsbild. im Strafrecht*, 1934; WÜRTEMBERGER, *Die geist. Situation d. Strafrechtswissenschaft*, 1957. Più in generale: PASSERIN D'ENTRÈVES, *Riv. Intern. Filos. Dir.*, XIII (1933), pp. 349 ss.; EKELÖF, *Teleolog. Gesetzesanwendung*, ÖsterrZöfR, IX (1958), pp. 174 ss.; COING, *Die juristischen Auslegungsmethoden u. d. Lehren d. allgem. Hermeneutik*, 1959; LARENZ, *Methodenlehre*, cit., pp. 250 ss.; BARATTA, *Positivismo giurid. e scienza del dir. penale*, Milano 1966, pp. 23 ss.; 97 ss.

termedio tra un Positivismo legislativo formale ed un Naturalismo orientato in senso etico-pratico. Questo ruolo di mediazione è stato di recente superato con il rinnovamento dell'assiomatica penalistica nella controversia sulla struttura di fondo dell'azione penale e della colpevolezza.

c) Le tendenze fin qui esaminate non hanno intaccato il vincolo del giudice alla legge. La Scuola del diritto libero ⁽⁵⁴⁾ invece, proclamata dal pratico Ernst Fuchs nel lavoro apparso nel 1907 con l'indicativo titolo « *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz* » (La perniciosità della Giurisprudenza costruttiva) e dal grande storico del diritto Kantorowicz sotto l'altrettanto programmatico pseudonimo di Gneo Flavio ed appoggiata dal sociologo del diritto Ehrlich e dallo storico dei dogmi Stampe, rappresentava una reazione diretta in egual misura contro il Positivismo legislativo e contro la Giurisprudenza dei concetti del Positivismo scientifico. Per un esatto apprezzamento di questi sforzi è necessario tener presente come allora, pochi anni dopo la codificazione, la Giurisprudenza dei concetti dominasse ancora quasi incontrastata, anche se in una forma che, per essere stata recisa delle proprie radici tradizionali a seguito della codificazione del diritto civile, appariva particolarmente limitata e manchevole. Al Positivismo, che nega al giudice la

(54) I contributi fondamentali di E. Fuchs ora in ERNST FUCHS, *Gerechtigkeitswissenschaft*, ed. da Foulkes (il figlio e, spiritualmente, esecutore testamentario dell'A.), Karlsruhe 1962; altri scritti di questa cerchia: EHRLICH, *Freie Rechtsfindung*, 1903; RUMPF, *Gesetz u. Richter*, 1906; STAMPE, *Die Freirechtswegung*, 1911; Carl SCHMITT, *Gesetz u. Urteil*, 1912; in senso più ampio anche la equilibrata e fondamentale monografia di REICHEL, *Gesetz u. Richterspruch*, 1915. Sulla storia del Movimento per il diritto libero già REICHEL, *Gesetz*, cit., pp. 19 ss., 28 ss., e il temperante sguardo retrospettivo di KANTOROWICZ, *Aus der Vorgesch. d. Freirechtslehre*, 1925. Apprezzamenti e critiche: a fondo BOEHMER *Grdl.*, II.1, pp. 158-189 (ricca letteratura pp. 158 ss.; critico ma con un'equa valutazione della volontà giuridica del movimento) e da ultimo ID., *Jugenderinnerungen aus der Zeit d. Freirechtsschule*, in: *Festschr. Dölle*, I, Tübingen 1963, pp. 3-23; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 82 ss.; Arthur KAUFMANN, introduzione a FUCHS-FOULKES, *Gerechtigkeitswiss.*, cit., pp. 21 ss.; WÜRTEMBERGER, premessa a KANTOROWICZ, *Rechtswiss.* cit. Una nuova approfondita analisi con un apprezzamento per lo più consenziente ora in L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, pp. 197-366.

possibilità di una libera produzione del diritto in base alla convinzione che ogni caso particolare si lasci sussumere ad una legge o ad un concetto scientifico, la Scuola del diritto libero obietta che la decisione giudiziale non scaturisce mai da procedimenti intellettuali bensì dall'intuizione e specialmente dal senso giuridico ⁽⁸⁵⁾. La conseguenza che essa ne trae è che il giudice è legittimato e tenuto a scostarsi dalla legge ogni qualvolta la sua applicazione nel caso concreto sembri inesatta o anche soltanto inopportuna. L'ala estrema del movimento si dichiarava così per un nuovo Naturalismo, non più legato ora al Positivismo legislativo. Ché la libertà rivendicata al giudice non aveva naturalmente, per questi giuristi appassionati, il senso abnorme di un incitamento alla decisione arbitraria o anche soltanto presa secondo i dettami della coscienza giuridica privata dal giudicante, bensì doveva servire a tenere nella giusta considerazione il sempre nuovamente ricordato « utile » o « interesse » della società. Con l'invito a decidere secondo il concreto interesse del caso singolo la Scuola del diritto libero rinunciava tuttavia al carattere normativo del diritto e della giustizia su cui si fonda l'uguale trattamento dell' u g u a l e e quindi la possibilità di generalizzazione

(85) Che la maggior parte dei sostenitori del diritto libero abbiano cercato coscienziosamente di conciliare il ricorso al senso giuridico con le esigenze della certezza del diritto è dimostrato ora da LOMBARDI, *Saggio*, cit., *passim*; particolarmente accurato e ancor oggi da considerare attentamente REICHEL, *Gesetz u. Richterspruch*, cit.; cfr. anche Arthur KAUFFMANN, introduzione cit. (nt. 54), pp. 11 s. e *passim*. La teoria generale del diritto, in accordo con le proprie origini spirituali, ha dedicato per lo più scarsa attenzione al fenomeno del sentimento giuridico, decisivo invece per le chances pratiche dell'attuazione del diritto e per la morale politica della legislazione e della giurisprudenza. Degno di nota per la sua accurata (anche se psicologicamente convenzionale) analisi della realtà senza valutazioni preconcepite E. RIEZLER, *Das Rechtsgefühl*², 1946; per una critica alla forza normativa del senso giuridico ad es. ENGISCH, *AcP*, CL (1949), pp. 78 ss.; BETTI, *Riv. Intern. Filos. Dir.*, XXVI (1949), pp. 1 ss. Sulla sensibilità giuridica del giudice vedi specialmente le importanti indicazioni in DÖHRING, *Gesch. d. dtsh. Rechtspflege*, *passim* (cfr. l'indice analitico sotto « *Rechtsfindung* »); ESSEK, *Nuova Riv. Dir. Comm.*, IV (1951), pp. 168 ss., e soprattutto, con ricche informazioni sulla letteratura anglo-americana, ID., *Principio e norma*, cit., *passim* (indice analitico sotto *Rechtsgefühl, standards, background, common sense, startingpoints e hunch*).

di doveri concreti e tipicizzanti in formulazioni del dover essere ⁽⁵⁶⁾ valide per tutti. Certamente i propugnatori più moderati del diritto libero hanno tenuto fermo al principio che la libera decisione del giudice debba (nel senso dell'art. 1 II dello ZGB svizzero) seguire una regola generale quale il legislatore potrebbe stabilire, se vi fosse chiamato, nel momento della sentenza; sul punto ha insistito specialmente Reichel nell'interesse, da lui sempre rispettato, della certezza del diritto ⁽⁵⁷⁾. Ma l'essersi dichiarati per la giustizia individuale del caso concreto e per la decisione personale del giudice rendeva praticamente quasi impossibile il mantenimento di questi buoni propositi: così l'applicabilità di una certa regola ha finito col limitarsi alla singola lite. Ufficio del giudice diventava in tal modo non più la realizzazione della norma bensì per così dire opera di *social engineering*, la costruzione di una società secondo il principio del bene comune. Questo è costato alla Scuola del diritto libero il credito che invece il suo senso appassionato, addirittura « entusiastico » ⁽⁵⁸⁾ per la giustizia

⁽⁵⁶⁾ Così particolarmente LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 85 s.; ID., *Kenntzeichen geglichter richterl. Rechtsforbildungen*, Karlsruhe 1965, pp. 1 ss. Sul problema dell'uguaglianza in generale cfr. ad es. ERICH KAUFMANN, *Die Gleichheit vor d. Gesetz*, 1927; G. LEIBHOLZ, *Gleichheit vor d. Ges.*³, 1958; EMGE, *Sicherheit u. Gerechtigkeit*, 1900, pp. 18 ss.; RAISER, ZHandR, CXI (1947), pp. 75 ss.; G. HUECK, *Der Grundsatz d. gleichmässigen Behandlung im Privatrecht*, 1958. Il precepto dell'art. 3 Cost. pretende dalla giurisprudenza, soprattutto da quella della Corte costituzionale, la continua attuazione pratica del principio d'uguaglianza; sulla questione non è necessario intrattarsi in questa sede. Sull'uguaglianza come perno dell'idea formale di giustizia ad es. RADBRUCH, *Rechtsphil.*⁴, 1950, pp. 383 ss.; COING, *Grdz. d. Rechtsphil.*, 1950, pp. 12 ss.; H. J. WOLFF, *Studium gen.*, 1952, pp. 195 ss.; ENGISCH, *Die Idee d. Konkretisierung in Recht u. Rechtswiss. unserer Zeit*, 1953; HEINR. HENKEL, *Recht u. Individualität*, 1958, pp. 16 ss. (la individualità del caso), pp. 43 ss. (il rapporto di chi applica il diritto con la individualità del caso); ID., *Einf. in d. Rechtsphil.*, 1964, pp. 350 ss.

⁽⁵⁷⁾ Sul punto LOMBARDI, *Saggio*, cit., pp. 241, 254 ss. e *passim*. CARL SCHMITT si limita invece al criterio risultante dal fatto che anche « un altro giudice avrebbe deciso allo stesso modo ».

⁽⁵⁸⁾ Intendendo qui il termine non in senso peggiorativo bensì nell'accezione tecnica della psicologia della religione, cioè come facente riferimento ad un atteggiamento religioso che ponga le esigenze della coscienza individuale al di sopra del nomos obiettivo generalmente vincolante. Solo così si può spiegare la decisa (e del resto da approvare) parola d'ordine della « generale dannosità della Giu-

e l'aderenza alla realtà avrebbe meritato; il suo pensiero tuttavia ha continuato ad influire, che lo si ammetta o no, sulla coscienza pubblica ⁽⁵⁹⁾. Senza l'incoraggiamento dovuto alla Scuola del diritto libero e l'inavvertibile modificarsi della coscienza pubblica le tendenze della giurisprudenza più recente a decidere secondo l'equità concreta del caso singolo non sarebbero, almeno nella forma assunta, affatto pensabili.

IV. 1. L'affermarsi delle materie giuridiche ausiliarie ed il volgersi della teoria della produzione giuridica giurisprudenziale alla considerazione degli scopi e degli interessi sottesi alla disciplina normativa hanno fornito all'applicazione giudiziale, alla critica ed alla politica del diritto inestimabili nuove visuali per un orientamento secondo i compiti morali pratici del diritto. Le delusioni provocate dagli orrori di una legislazione puramente finalistica, così come il ritorno alla giustizia materiale non sono sufficienti a giustificare un'eventuale rinuncia a queste conquiste, il cui prezzo verrebbe ad essere quel dottrinarismo e quell'ottusità che così spesso hanno segnato il destino di movimenti giurisprudenziali o giusfilosofici completamente incentrati su sé stessi.

Questo giudizio favorevole presuppone tuttavia che l'analisi naturalistica della realtà riesca ad autolimitarsi criticamente in maniera rigorosa. Ogni qualvolta infatti voglia cercare di spacciare per diritto le condizioni della realtà giuridica (gli « ordinamenti sociali concreti », l'interesse o l'utile del « popolo » o della « società »), essa si rende complice dell'opera di distruzione del diritto portata avanti dal Naturalismo applicato. Questo tipo di Naturalismo attivo, passato dalla spiegazione della realtà ad una

risprudenza costruttiva ». Ed in effetti sono proprio impulsi religiosi quelli che si lasciano inconfondibilmente ravvisare soprattutto in Ernst Fuchs, il capo del movimento. Si potrebbe definire la Scuola del diritto libero — e non certo a suo discapito! — come una sorta di Pietismo giuridico.

⁽⁵⁹⁾ Come opera di un moderato epigone della Scuola del diritto libero può considerarsi il lavoro significativo di ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929, che, scritto nella prospettiva del pratico esperto e pensante, pur dandosi alla ricerca empirica dei fondamenti della decisione del giudice, si accosta, per la misura della sua aderenza alla legge, alla Giurisprudenza degli interessi (come già precedentemente Reichel).

vera politica del diritto, incurante di ogni giustizia al di là degli scopi contingenti della sua volontà di potere, è forse il pericolo più grande sorto al pensiero giuridico negli ultimi secoli della storia del diritto europeo.

2. Il passaggio dalla spiegazione finalistica del diritto ad una produzione giuridica in vista dei fini è possibile soltanto in forza di una nascosta incoerenza. Finché la consapevole opera creatrice del legislatore (o di altri organi di produzione di diritto) venga considerata come non libera in quanto soggetta a determinazione dal punto di vista psicologico, nella descrizione di un dato diritto cause e fini finiranno coll'identificarsi col motivo, di cui sono innegabili le determinanti socio-psicologiche. Il politico del diritto agente in vista di determinati fini (che praticamente non ritiene sé stesso condizionato bensì libero) deve credersi la causa ultima del diritto da lui prodotto: gli scopi del legislatore o del giudice divengono così gli scopi del diritto. Allo stesso modo come nel secolo scorso ad opera del Determinismo delle scienze naturali l'Uomo ha appreso a padroneggiare tecnicamente la natura o, sulla base della teoria della discendenza biologica, a compiere incroci programmati, esso cerca ora di strumentalizzare il diritto, che prima aveva dichiarato come prodotto sociale necessario e necessitato, per fini del tutto arbitrari (60).

(60) A questa irresolubile antinomia non può sfuggire ovviamente nessuna etica dell'azione responsabile che intenda nondimeno l'agire umano come determinato: un qualcosa che viene riconosciuto sul piano teoretico come causalmente condizionato viene assunto sul piano pratico come precetto morale dell'azione; cfr. Max WEBER, *La politica come professione*, in: ID., *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino 1966, pp. 45 ss. (indicazione esatta in RADBRUCH, *Rechtsphil.*, cit., p. 148 e nt. 2). Essa domina (se vediamo bene) già l'etica della saga eroica germanica come pure, senza la sua rassegnazione, la morale guerriera dell'Islam, l'*amor fati* della morale stoica (*volentem fata ducunt, nolentem trahunt*) e l'etica pratica della dottrina radicale della predestinazione; soprattutto però l'etica politica del socialismo rivoluzionario marxista che trae la certezza della giustificazione morale della propria azione dalla fede nella inesorabile dialettica di sviluppo del processo sociale ed economico. Marx ed Engels ne fanno derivare l'incitamento esplicito ad accelerare i tempi d'attuazione delle leggi razionali di evoluzione mediante l'azione umana finalisticamente orientata (BOEHMER, *Grdl.*, cit., II.I, p. 110, con ulteriori indicazioni; sul « vero regno della

Questa specie di politica del diritto ha appreso dallo sforzo di spiegazione naturalistico soltanto una parte della verità; e cioè che il diritto vigente come realtà è il prodotto di cause ed interessi ⁽⁶¹⁾. Essa vede pertanto anche nella propria opera di produzione giuridica solo un mezzo per la realizzazione dei suoi fini che non hanno più niente a che fare con la giustizia. E l'etica naturalistica ammette apertamente di voler porre fini al posto dei valori (come faceva Nietzsche nello stile del tempo con la sua, invero molto più profondamente operante, « diversa valutazione dei valori »). Anche se si volesse obiettare che in ogni tempo la legislazione è stata posta al servizio di scopi ed interessi, non di rado apertamente di quelli personali del legislatore, rimarrebbe pur sempre il fatto che soltanto a partire dal secolo scorso l'allentarsi delle remore religiose, morali o di altra natura tradizionale, così come la razionalizzazione tecnica dell'azione pubblica e le insuperabili possibilità di concentrazione del potere che la tecnica moderna permette, hanno consentito per la prima volta massicce reazioni a catena dell'ingiustizia in veste di legge. Che il diritto venga di tanto in tanto prostituito a fini di puro potere è cosa di tutti i tempi: ma soltanto con l'interpretazione assoluta di ogni atto normativo come realizzazione di fini si è fornita agli organi naturalisti della produzione giuridica l'intima convinzione di dare in tal modo anche un « senso al mondo ».

Come principio d'azione quindi la concezione naturalistica del diritto racchiude in sé, a seconda di chi agisce, tutte le possibili alternative: dal volere più nobile e morale (anche se cieco dal punto di vista giuridico) o dalle più fruttuose energie creatrici sociali e politiche fino all'aperto scherno del diritto. Il primo si manifesta per lo più nel pensiero di giuristi, filosofi e riformatori

libertà », che si schiude dietro quello della necessità e in cui « comincia quello sviluppo delle energie umane che si presenta come scopo a sé stesso », vedi K. MARX, *Capitale*, III, Cap. 48: su cui WELZEL, *Diritto naturale*, cit., p. 298). Un seppur modificato *amor fati* aleggia anche nella torva fase finale della critica naturalistica di Nietzsche alla morale. Soltanto tenendo conto di questi impulsi è possibile comprendere appieno la incredibile dinamica del Naturalismo applicato (anche di quello giuridico).

(61) Su quanto segue v. già WIEACKER, *R. v. Jhering*, cit., pp. 58-60.

naturalisti ⁽⁶²⁾; il cinismo giuridico invece nella corposa realtà della degenerata politica del diritto di dittature inumane. Noi contemporanei, testimoni oculari dell'abuso della legge a fini di terrore politico, d'assassinio di persone diverse per idee politiche o per razza, di sterminio d'« esistenze non degne d'essere vissute » siamo portati a diffidare più che non i grandi pensatori del XIX secolo anche di una politica del diritto che, con strumenti ammissibili a fronte della giustizia, tenda a porre la legge troppo disinvoltamente al servizio di scopi parziali, sia pur giustificati (ad es. a garanzia del gettito fiscale, o di una buona educazione del traffico o della tutela della società contro la delinquenza abituale a mezzo della introduzione di misure di sicurezza).

Già Jhering aveva identificato e raccomandato ai politici come « scopi » del diritto accanto ad interessi individuali anche altri collettivi che egli, con l'ingenuo ottimismo del suo tempo, definiva « culturali ». Queste formule fecero sentire i loro effetti immediati nella concezione della pena finalizzata di Franz v. Liszt il più significativo rappresentante della politica criminale nel secolo scorso. La politica del diritto penale, nella sua funzione di garante della pace giuridica esteriore e delle forme del potere statale, si era lasciata guidare da sempre da prospettive finalistiche; essa cadde pertanto più rapidamente di qualsiasi altro settore del diritto nelle braccia del Naturalismo. Se già Jhering aveva potuto parlare della pena come « meccanismo sociale » o della « adeguatezza della minaccia di pena allo scopo » pretendendo di leggere nella « tariffa penale » la scala di intensità degli interessi sociali ⁽⁶³⁾, nell'analisi incomparabilmente più precisa del Liszt sulla finalità nella pena (rifacentesi del resto esplicitamente a Jhering) ⁽⁶⁴⁾ il problema di una concezione naturalistica della giustizia affiorava chiaramente alla superficie nella antinomia tra tutela

⁽⁶²⁾ Cfr. *supra*, pp. 149 s. Anche il relativismo di Radbruch ma soprattutto Max Ernst MAYER, *Rechtsnormen u. Kulturnormen*, 1903 (rist. Darmstadt 1963) orientano, in un senso più maturo, la determinazione dei valori giuridici secondo le valutazioni culturali, tradizionali ed attuali, dello Stato di diritto borghese del loro tempo inteso in senso umanistico.

⁽⁶³⁾ *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 346.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. *supra*, nt. 40 i.f. Così già nel Programma di Marburg del 1892, il documento di fondazione della Scuola del diritto penale moderno; vedi inoltre F. v. LISZT, Arch. Rechtsphil., III (1909/10), pp. 611 ss.; sui rapporti con Jhering v. anche il contributo dell'allievo di Liszt HURWICZ, *R. v. Jhering*, cit. (nt. 40), p. 105 e nt. 1.

del singolo, mediante il principio, caratterizzante lo Stato di diritto, *nullum crimen sine lege*, e tutela della società mediante misure penali tese a garantirla. Nella prospettiva positivista dello Stato di diritto il diritto penale rappresenta un limite di libertà, la *Magna Charta del criminale* (meglio: dell'incriminato) ⁽⁶⁵⁾; in quella del Naturalismo la pena ha mera funzione finale. Dopo la distruzione dello Stato di diritto questa concezione finalistica si è volta con impeto tremendo contro il criminale e allo stesso modo contro l'innocente che, come « pubblicamente dannoso », gli fosse equiparato: una vittoria sconcertante della « incoscienza dell'agente » sulla « consapevolezza dell'osservatore » (Goethe) ⁽⁶⁶⁾. Nemmeno il diritto penale odierno, che in reazione agli errori di queste brutali idee finalistiche ha fatto consapevolmente ritorno al principio di delitto e castigo, si sente evidentemente in grado di rinunciare al « doppio binario », cioè al cumulo di pene e misure di sicurezza.

Gli effetti di concezioni giuridiche finalistiche si manifestano con la massima chiarezza nei casi di determinazione collettiva degli scopi del diritto, specialmente laddove « l'utile dello Stato sembri giustizia » ⁽⁶⁷⁾. In sé e per sé altrimenti l'orientamento del diritto secondo l'utile privato non rappresenterebbe un attentato alla giustizia meno grave di quanto non si verifichi in caso d'interesse collettivo; esso tuttavia, a parte i fenomeni degenerativi del capitalismo di rapina, dell'abuso dei monopoli o della legislazione a favore di singoli privati interessati, costituisce per i pubblici poteri una tentazione più blanda, dal momento che gli

⁽⁶⁵⁾ Questo modo di vedere era evidentemente del tutto estraneo a Jhering. Nel suo *Scopo* egli si rivolge espressamente contro la limitazione della funzione di garanzia sociale della pena in omaggio al principio dello Stato di diritto « *nullum crimen sine lege* ». È vero che altrove sembra trapelare al contrario l'idea della *Magna Charta*: « La organizzazione del diritto penale rappresenta per il delinquente un beneficio non minore che per la società (*Scopo*, cit., p. 325): ma Jhering pensa chiaramente qui da storico del fenomeno sociale, e quindi più alla tutela contro la vendetta privata incontrollata a mezzo di pubblici tribunali che non alla definizione legislativa delle fattispecie penali e della misura della sanzione (cfr. già *supra*, nt. 63).

⁽⁶⁶⁾ « Chi agisce è sempre inconscio; nessuno ha coscienza all'infuori di chi osserva »: GOETHE, *Kunst u. Alterthum 1818-1827* (in HECKER, *Schriften d. Goethe-Gesellschaft*, XXI, 1907, n. 241, per lo più inquadrate tra le « *Maximen und Reflexionen* »).

⁽⁶⁷⁾ SCHILLER, *Maria Stuarda*, I.7 (Maria a Burleigh): « Badate, o nobile Signore, che l'utile dello Stato non vi sembri giustizia ».

interessi egoistici di individui o di gruppi all'interno di un comune ordinamento giuridico tendono a neutralizzarsi a vicenda. Le concezioni finalistiche del diritto hanno condotto in ogni caso al predominio degli interessi collettivi. Anche laddove il XIX secolo è sembrato perseguire indirizzi individualistici (o meglio: eudemonistici) esso ha preparato in realtà inconsapevolmente la strada alla limitazione delle libertà dell'individuo a favore del suo benessere, fino a sacrificare apertamente il suo « diritto alla felicità » al *pathos* della trasformazione sociale ⁽⁶⁶⁾. Quest'ultimo passo è divenuto possibile nel momento in cui anche il singolo ha finito col dimenticare che il diritto non è un bene voluttuario bensì ha in sé stesso la propria giustificazione come compito posto alla persona umana; che esso cioè non dà ma esige. Nemmeno la società del benessere dello Stato di diritto attuale è esclusa da questo rimprovero.

3. Qualunque possa essere quello che all'Uomo, come centro di potere e di passioni, sembri buono ed utile, si può essere sicuri che sia stato già proclamato come destinazione ultima del diritto dai grandi pensatori del secolo scorso. Con il crollo completo nelle catastrofi del nostro secolo degli ultimi baluardi della fede nel diritto (l'amore per il prossimo dei Cristiani, la diafana nobiltà morale dell'Umanesimo tardo-borghese, la fraternità del socialismo più antico), si è aperto il cammino all'opera di distruzione certo non voluta da questi pensatori ma da essi resa possibile. Nel momento in cui in una tale situazione un Positivismo legislativo degenerato prendeva a permettere ogni arbitrio in veste di legge, la concezione finalistica doveva servire a fornire la maschera ideologica e al tempo stesso a mettere in moto quella dinamica socio-psicologica di cui in un'epoca di generale alfabetizzazione nemmeno la pubblica ingiustizia può fare a meno.

Ci si trova qui di fronte ad un'etica simile a quella del mondo animale, in cui la « specie » lotta per la propria esistenza; e ad

⁽⁶⁶⁾ Un identico afflato ideale doveva portare Nietzsche dalla individualità del suo Uomo eccezionale (in: *Al di là del bene e del male*), la spesso citata « bestia bionda » (*Genealogia della morale*), al tipo immaginario dell'« Uomo superiore » (*Zarathustra e Volontà di potenza*).

una configurazione del diritto in cui la storia propone sé stessa come nel caso della sopraffazione del topo di città da parte del più resistente topo di campagna — e nessuna innocenza di uno stadio pre-umano vale a riscattare i misfatti di una coscienza più che desta ⁽⁶⁹⁾. « Diritto » diviene così coerentemente tutto ciò che « giova » al « popolo », alla società, al progresso o a un qualsiasi altro idolo. Quale aspetto possa assumere la realtà di tali formule dimostrano i tremendi trionfi dell'idea finalistica nel diritto legislativo, nella « legge segreta » o nella routine amministrativa del nostro passato più recente. Che lo sterminio di altre razze è utile alla « razza superiore », l'uccisione dei malati di mente all'economia biologica della « comunità popolare », la responsabilità del gruppo familiare al buon comportamento politico dei padri di famiglia, l'incoraggiamento dei delatori al potere del dittatore, la esecuzione capitale del ladruncolo di metallo alla copertura del fabbisogno di metalli da lega dell'economia di guerra: son queste le verità dalle gambe corte della cui imposizione ad una coscienza pubblica deviata vanno ascritti gli allori ad un Naturalismo applicato che, stanco dei toni temperati, si è dato a fare il diavolo, passando risolutamente dalla spiegazione scientifica della realtà giuridica alla sperimentazione concreta sull'Uomo in carne ed ossa ⁽⁷⁰⁾. Sono queste le esperienze che ancor oggi fanno drizzar le orecchie all'osservatore in grado di riflettere allorché, pur nella legalità dei dibattiti della nostra tranquilla e consolidata società del benessere, a proposito di misure innocue o addirittura lodevoli a volte con troppa disinvoltura vengano fatti valere punti di vista finalistici anche parziali.

La lezione elementare di una tale esperienza è che l'orientamento totale della produzione o dell'applicazione del diritto secondo il singolo scopo ha per conseguenza di condurre sé stesso *ad absurdum*, finendo col provocare la distruzione di quella società i cui fini esso invece crede o adduce di servire. Ciò può essere evitato soltanto ricol-

⁽⁶⁹⁾ Questo sia detto a proposito del tremendo discorso di Nietzsche sul « ritorno all'innocenza della coscienza dell'animale da preda » (*Genealogia della morale*, I.9).

⁽⁷⁰⁾ Sul punto, senza orpelli, F. v. HIPPEL, *Vorbedingungen einer Wiedergesundung heut. Rechtsdenkens*, 1947; ora anche ID., *Rechtstheorie u. Rechtsdogmatik*, 1964, pp. 195 ss.; ID., *Die Perversion von Rechtsordnungen*, 1954.

legandosi in anticipo alle massime di una praticabile morale pubblica — intendendo per morale non un ideale soggettivo o un sistema metafisico di valori indottrinato e reso assoluto, bensì né più né meno che quella conoscenza della somma realtà del diritto concreto che siamo soliti definire con una parola grossa « giustizia » o altrimenti più semplicemente ragione giuridica. Si rende così necessario a questo punto porre la questione della possibilità e delle condizioni di una tale conoscenza.

ALLA RICERCA DELLA GIUSTIZIA

I. Il Formalismo neokantiano. — II. Gli sforzi più recenti della filosofia del diritto in cerca della giustizia materiale. — III. La rinascita del Giusnaturalismo. — IV. Infussi sulla prassi giuridica attuale. — V. I problemi aperti.

I. Intorno al 1900 il Positivismo legislativo dominava incontrastato nella scienza e nella prassi del diritto; nella coscienza giuridica pubblica invece cominciava a farsi strada la concezione finalistica del Naturalismo. Contro entrambe le tendenze era diretto il rinnovamento della filosofia kantiana da parte del Neokantismo nei primi decenni del nostro secolo; contemporaneamente trovava eco nella filosofia del diritto anche il movimento di rinnovamento dell'Idealismo obiettivo hegeliano; ed infine Fenomenologia ed Esistenzialismo dovevano distruggere le impostazioni filosofiche convenzionali su cui sia il Positivismo che il Neokantismo si erano basati. Un più ampio influsso pubblico sulla coscienza giuridica ha però esercitato, a differenza delle altre correnti scientifiche, la rinascita della dottrina giusnaturalistica, specie nelle teorie sociali e giuridiche di ispirazione sia cattolica che protestante.

1. Il Neokantismo ⁽¹⁾, che nella filosofia del diritto e in molte discipline della scienza giuridica, particolarmente nel Diritto pe-

(1) Un panorama generale in RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* ⁴, 1950, pp. 91 ss.; COING, *Grundz. d. Rechtsphil.*, 1950, pp. 12 s., 188 s.; BOEHMER, *Grdl.*, II.1, pp. 139-152 (Neokantismo e correnti affini; letteratura pp. 139 s.); WELZEL, *Diritto naturale*, cit., pp. 282 ss.; FECHNER, *Rechtsphil.*, 1956, pp. 41 s.; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 132 ss. Per una critica Erich KAUFMANN, *Kritik d.*

nale doveva esercitare un lungo e quasi incontrastato predominio, aveva di mira il rinnovamento metodologico dei presupposti della teoria della conoscenza scientifica e delle sue strutture sistematiche e concettuali. Muovendo da una nuova interpretazione (oggi riconosciuta come parziale) della gnoseologia kantiana, esso tentava di giungere ad una nuova determinazione del possibile oggetto della conoscenza delle scienze dello spirito e della cultura e contemporaneamente delle condizioni della loro produzione concettuale ⁽²⁾. Di particolare importanza per il metodo della scienza giuridica erano in questo caso le indicazioni del Neokantismo per il procedimento specifico di produzione concettuale delle scienze nomologiche (quali l'Etica e il Diritto), aventi ad oggetto la formulazione di massime di dover essere. Dei due rami del Neokantismo, la « Scuola di Marburg » del Cohen e del Natorp e la « Scuola tedesca sudoccidentale » (Rickert, Windelband, Lask: la cd. *Filosofia dei valori*) ⁽³⁾, soprattutto il secondo riusciva ad acquistare influsso sulla filosofia del diritto (Radbruch, Max Ernst Meyer), sulle strutture concettuali finalistiche della scienza del diritto penale e sulla teoria costituzionalista. Nella Dogmatica civilistica il ruolo della Filosofia dei valori veniva invece assunto dalla Giurisprudenza degli interessi, che coerentemente avrebbe inteso sé stessa più tardi come Giurisprudenza valutativa ⁽⁴⁾. Tutte queste tendenze valevano per la prima volta a rafforzare nuovamente l'autocoscienza metodologica della scienza giuridica nei confronti del Positivismo legislativo a cavallo del secolo, il cui coerente sviluppo avrebbe invece significato necessariamente a fine della scienza del diritto come autonoma scienza dello spirito.

neukantian. Rechtsphil., 1921 = *Rechtsidee u. Recht*, 1960, pp. 176 ss.; Nicolai HARTMANN, *Zur Grundlegung d. Ontologie*, 1935, pp. 14 ss.; 259 e *passim*.

⁽²⁾ Fondamentale RICKERT, *Die Grenzen d. naturwiss. Begriffsbildung* (apparso per la prima volta nel 1887), su cui LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 133 ss.

⁽³⁾ La « *Rechtsphilosophie* » del troppo precocemente scomparso LASK, *Festschr. Kuno Fischer*, II, 1905 = *Id.*, *Gesamm. Schriften*, I, 1923, pp. 275 ss. rappresenta il contributo giuridico-filosofico di gran lunga più significativo del Neokantismo filosofico. Vedine la rinnovata espressa accettazione di RADBRUCH, *Rechtsphil.*, cit., p. 91 nt. 1.

⁽⁴⁾ Cfr. *supra*, p. 332 nt. 46.

Il Neokantismo, condotto sulla falsa via dalla propria interpretazione formalistica di Kant ⁽⁵⁾, concepiva sé stesso come teoria della conoscenza e cioè come una teoria dei presupposti formali dell'analisi del dover essere giuridico. In tanto in quanto non studiava i criteri materiali della giustizia e del diritto meta-positivo bensì puramente e semplicemente le condizioni logiche per qualunque discorso su massime di dover essere giuridico, esso poteva rinunciare alla metafisica del diritto tipica sia del Giusnaturalismo più antico che dei sistemi idealistici classici. In effetti si trattava dunque di un rinnovamento di quel Formalismo scientifico da cui intorno al 1800 aveva preso le mosse l'opera di rifondazione della scienza giuridica. Soltanto che ora esso veniva a contatto con una coscienza metafisica completamente cambiata. Un simile Formalismo è infatti per lo più costretto, per darsi dei contenuti, a far ricorso a postulati giuridici già dati, idealistici, positivistici o naturalistici che essi siano. In questo caso la sua rinuncia a questi contenuti doveva necessariamente portarlo ad un relativismo dei valori ⁽⁶⁾. La conseguenza non poteva che essere la trasformazione del Neokantismo in una sorta di recipiente per sistemi di valori diversi: cioè in ultima analisi in un Positivismo da scienze dello spirito (ovviamente non più ingenuamente giuridico, bensì filosofico).

2. Il Neokantismo ha finito così col legarsi a definizioni dei valori giuridici fondate su criteri extragiuridici: ad es. nel caso dell'apparato concettuale teleologico della scienza penalistica ⁽⁷⁾, della teoria delle norme culturali di Max Ernst Mayer, che sperava di trarre i contenuti giuridici materiali dai valori della cultura europea ⁽⁸⁾, e soprattutto del Relativismo, cui Radbruch si

⁽⁵⁾ WELZEL, *Diritto naturale*, cit., pp. 250 s.

⁽⁶⁾ Una critica di questo Formalismo già in Erich KAUFMANN (nt. 1).

⁽⁷⁾ Cfr. *supra*, pp. 335 s. Il significato pratico dell'interpretazione teleologica della legge viene toccato dal superamento dei suoi presupposti filosofici altrettanto poco che non l'elemento, in essa implicito, della concezione finalistica del diritto di tipo naturalistico: cfr. COING, *Die juristischen Auslegungsmethoden*, 1959, p. 24; LARENZ, *Methodenlehre*, cit., pp. 250 ss.; SIEBERT, *Die Methode der Gesetzesauslegung*, 1958; BARTHOLOMEYCZIK, *Die Kunst d. Gesetzesauslegung*, 1951; ENGISCH, *Introduzione*, cit., pp. 57-87.

⁽⁸⁾ Cfr. *supra*, p. 342 nt. 62.

è a lungo mantenuto fedele ⁽⁹⁾. Una nobile rassegna critica di fronte alle possibilità di una mediazione — irrealizzabile senza mendacità o autoinganno — tra essere e dover essere, tra realtà e valore, ha assicurato tuttavia a questo indirizzo di pensiero il suo notevole influsso in un'epoca in cui, dopo il venir meno degli antichi valori metafisici, tanto più scrupolosamente ci si aggrappava all'*ethos* di un'autonoma scientificità.

3. È questa appunto l'etica inconfessata che si trova a base delle applicazioni decisamente positivistiche del Neokantismo costituite dalla teoria formalistica del diritto di Rudolf Stammeler e dalla « dottrina pura del diritto » di Hans Kelsen.

(⁹) *Kulturlehre d. Sozialismus*¹, 1927; da ultimo *Rechtsphilosophie*⁴, 1950, su cui Erik WOLF nella introduzione a questa ed., pp. 78 ss. (con ulteriore letteratura); cfr. anche ID., *Große Rechtsdenker*, cit., pp. 753 ss.; ID., ARSP, XLV (1959), pp. 481 ss.; BOEHMER, *Grdl.*, cit., pp. 147-152; WELZEL, *Diritto naturale*, cit., p. 283; BARATTA, ARSP, XLV (1959), pp. 505 ss.; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 132-147. Nei suoi ultimi anni RADBRUCH (*Propedeutica alla filosofia del diritto*, trad. it., Torino 1959; *Gesetzl. Unrecht u. übergesetzl. R.*, SüddJZ, I [1946], pp. 105-111; ora anche *Rechtsphil.*⁴, pp. 347 ss.; *Gesetz u. Recht*, in: *Die Wandlung*, II [1947], pp. 9 ss.; *Die Natur der Sache als jur. Form*, *Festschr. Laun*, 1948, rist. Darmstadt 1960; cfr. anche *Rechtsphil.*⁴, pp. 98 s.) ha tentato di far ritorno a contenuti giuridici materiali metapositivi: F. v. HIPPEL, *G. Radbruch als rechtsphil. Denker*, 1951 (v. anche ID., SüddJZ, V [1950], pp. 465 ss., 574 ss.); inoltre BARATTA, ARSP cit., pp. 505 ss.; da ultimo W. LOHMANN, *Versuch einer Erörterung d. Radbruchschen Rphil.*, Esslingen 1964. Secondo le informazioni fornite da Erik WOLF (*Rechtsphil.*⁴, cit., p. 13) — che continua a credere alla coerenza del pensiero di Radbruch (ID., ARSP, XLV [1959], p. 498, e particolarmente ID., *Große Rechtsdenker*, cit., pp. 753 s.) — Radbruch, in uno schizzo rinvenuto tra le sue carte, avrebbe sperato di superare il dualismo metodologico kantiano tra essere e dovere; cfr. anche F. v. HIPPEL, JZ, VI (1951), pp. 753 s. (qui alla nt. 2 anche un utile panorama delle stratificazioni esteriori dell'opera filosofica di Radbruch). Anche LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 140 s., vede ora nelle tre idee di valore di Radbruch, reciprocamente stimolantisi ed integrantisi, già il tentativo di giungere ad una filosofia materiale dei valori (« Diritto come realtà che ha il senso di servire alla giustizia »: *Rechtsphil.*³, 1932, p. 32) o quanto meno una differenziazione tra elaborazione « categoriale » e « teleologica » della realtà (LARENZ, *Metodo*, cit., p. 140, con riferimento a RADBRUCH, *Festschr. Frank*, I, 1930, pp. 159 s.; cfr. *Rphil.*³, p. 117). La questione non può essere qui approfondita ulteriormente. LOHMANN, *Versuch*, cit., pp. 104 ss., 139 ss., preferisce tener fermo alla tesi del perdurante dualismo di Radbruch anziché ammettere un « rivolgimento » o anche soltanto uno « sviluppo ».

Muovendo dal Neokantismo di Marburg, R. Stammler (1856-1938) ⁽¹⁰⁾ ha tentato di offrire una reinterpretazione gnoseocritica del Giusnaturalismo. La pretesa di questa dottrina, fondata di volta in volta sull'autorità o sulla tradizione, di riuscire ad estrarre dall'intreccio di massime giuridiche storiche e positive un diritto valido in assoluto viene considerata anche da Stammler come superata dalla critica kantiana. Possibile gli sembra tuttavia derivare dalle condizioni logiche valevoli per le formule del dover essere giuridico un « Giusnaturalismo di contenuto variabile ». Se non si vuole però che questa possibilità venga a porsi in irreparabile contrasto con la relatività e storicità delle valutazioni giuridiche materiali, il nucleo immutabile di quel Giusnaturalismo potrà essere costituito soltanto da una idea formale di diritto che in Stammler (con uno sviluppo coerente dell'autonomia kantiana del concetto di diritto) assume la fisionomia di un « volere padrone di sé, vincolante, inderogabile ». « Diritto esatto » è pertanto quel diritto positivo che in una data situazione storica ottempera a quella determinazione formale ⁽¹¹⁾. Proprio in relazione a questo momento formale anche la teoria del « diritto esatto » di Stammler va considerata come positivistica. Diversamente dalla Dottrina pura del diritto, Stammler cerca di identificare una sostanza del suo « Giusnaturalismo variabile » che sia assolutamente vincolante solo per determinate circostanze; e tut-

⁽¹⁰⁾ Nel 1882 professore a Marburg, poi dal 1885 ad Halle e dal 1916 a Berlino; cfr. i necrologi di BINDER, ARSP, XXXI (1937'38); EMGE, ZAKDR, V (1938), pp. 332 ss.; LARENZ, DtschR, VIII (1938), pp. 263 ss. Opere principali: *Wirtschaft u. Recht nach d. material. Geschichtsauffassung* ², 1906; *Theorie d. Rechtswiss.* ³, 1923; *Die Lehre vom richtigen Recht* ², 1926; *Lehrb. d. Rechtsphil.* ³, 1928. Dispute contemporanee: BINDER, *Rechtsbegriff u. Rechtsidee*, 1915; E. KAUFMANN, *Kritik*, cit., pp. 11 ss., Max WEBER, *Ges. Aufsätze z. Wissenschaftslehre*, 1922, pp. 291 ss.; 556 ss.; (Graf zu) DOHNA, *Kantstudien*, pp. 1 ss.; ISAY, *Rechtsnorm u. Entsch.*, 1929, pp. 35 s. e *passim*. Apprezzamenti generali in: RADBRUCH, *Rechtsphil.* ⁴, 1950, pp. 288 ss.; COING, *Grundz. d. Rechtsphil.* ⁴, 1950, pp. 288 ss.; COING, *Grundz. d. Rechtsphil.*, pp. 288 ss.; BOEHMER, *Grdl.*, cit., II.1, pp. 140 ss.; WELZEL, *Diritto naturale*, cit., pp. 282 s.; degno di nota LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 121-132.

⁽¹¹⁾ Questo formalismo non viene mantenuto da Stammler fino in fondo; è vero cioè che egli non basa la sua idea del diritto (come fa invece Hegel) sull'immanenza dello spirito assoluto nel processo storico oppure (come il Naturalismo) sulla realtà storica e sociale bensì sulla morale comune dell'umana convivenza. Ma su di essa è possibile fare affermazioni materiali, ed in effetti gli elementi del « diritto esatto » individuati da Stammler si fondano su tali affermazioni. L'opinione pertanto (E. KAUFMANN, *Kritik*, cit., pp. 16 s.; COING, *Grundz.*, cit., pp. 294 s.) che Stammler si sia allontanato dalle sue premesse neokantiane è del tutto giustificata.

tavia nemmeno in questi limiti gli riesce di dimostrare (come hanno cercato di fare a suo tempo Hegel con la sua filosofia del diritto e più di recente Leo Strauss⁽¹²⁾) il carattere assoluto degli specifici contenuti di giustizia degli ordinamenti giuridici di dati popoli, società e situazioni storiche⁽¹³⁾. Ma a parte questo fallimento metodologico, la formula del « diritto esatto » è servita a mettere in evidenza alcune esigenze di giustizia fondamentali per la convivenza umana⁽¹⁴⁾.

La Dottrina pura del diritto di Kelsen⁽¹⁵⁾ e la « Scuola viennese » da lui fondata, col rinunciare, dopo aver distinto tra una « norma fondamentale » logicamente aprioristica⁽¹⁶⁾ e la realtà concreta

(12) Cfr. *supra*, p. 325 nt. 33.

(13) Questa obiezione può essere fatta valere anche contro l'incondizionato razionalismo etico di Leonard NELSON († 1927; *Rechtswissenschaft ohne Recht*, 1917, rist. Göttingen-Hamburg 1949; e *System d. philos. Rechtslehre u. Pol.*, 1924); un apprezzamento pieno di sensibilità in F. v. HIPPEL, *JZ*, VII (1952), pp. 443 ss. (ora anche: *Rechtstheorie u. Rechtsdogmatik*, 1964, pp. 407 ss.; specie p. 409 nt. 1) e A. BAUMGARTEN, *Die Wissenschaft v. Recht u. ihre Methode*, I/II, 1920/1922; *Rechtsphilosophie*, 1929. Il motto « scienza del diritto senza diritto » funge evidentemente da segnale d'allarme contro ogni giurisprudenza dimentica della propria vocazione.

(14) Il tentativo di STAMMLER, *Deutsches Rechtsleben in alter und neuer Zeit*, I/II, Berlin 1928/32 (agevolante già per il suo stesso oggetto una migliore comprensione della storia del diritto privato tedesco moderno) di interpretare e risolvere dispute giuridiche concrete del passato tedesco in base ai principi del suo « diritto esatto », dimostra ovviamente anche le difficoltà che incontra l'inquadramento senza sforzo delle manifestazioni storiche dell'idea di diritto in quella formula.

(15) HANS KELSEN, *Hauptprobleme d. Staatsrechtslehre*, Tübingen 1911 (2ª ed. 1923); *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925; *Reine Rechtslehre*¹, 1927; 1960² (tr. it.: *La dottrina pura del diritto*¹, Torino 1956; Torino 1966²); una concisa auto-interpretazione da ultimo in una significativa replica a STONE, *Legal Systems and Lawyer's Reasoning*, Stanford 1964, dal titolo: *Professor Stone and the Pure Theory of Law*, 1965, pp. 1139 ss., su cui ha gentilmente richiamato la mia attenzione il prof. Marcic di Salisburgo. Per un apprezzamento ad es. RADBRUCH, *Rechtsphil.*⁴, pp. 120 s.; COING, *Grundz.*, cit., pp. 285 ss.; SCHÖNFELD, *Grundlegung*, cit., pp. 533 ss.; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 95-116; di recente a fondo H. HENKEL, *Einf. in die Rechtsphilos.*, 1964, pp. 387 ss., 450 s. Le conclusioni di Kelsen circa l'essenza dello Stato e la sua nota idea di una dottrina del diritto mondiale non possono essere prese in esame in questa sede.

(16) Come tale egli intende il presupposto basilare per cui deve valere come norma tutto ciò che l'organo costituyente, storicamente originario, ha manifestato come propria volontà (*La dottrina pura del diritto*¹, cit., p. 74). Sul concetto di norma fondamentale da ultimo in *Festschr. Nipperdey*, I, 1965, pp. 57 ss.; critico HENKEL, *Einf.*, cit., pp. 450 s.

del diritto vigente, ad ogni determinazione contenutistica delle proposizioni giuridiche possibili, traggono le ultime conseguenze dal Neokantismo sudoccidentale. In tal modo però entrambe sono costrette ad ammettere di far ritorno al Positivismo giuridico ⁽¹⁷⁾, la cui ingenuità metodologica esse cercano ciò nondimeno di superare con la riflessione critica sui presupposti di possibili affermazioni sul dover essere giuridico. L'onestà intellettuale di Kelsen, il quale rifiuta ogni operazione cosmetica autoritaria della realtà dello Stato di potere e del diritto finalizzato, attuata per tramite di una idea materiale del diritto, e tiene fermo alla sua concezione anche dopo le terribili compromissioni del Positivismo legislativo del nostro secolo, non ripaga ovviamente del disorientamento in cui viene lasciata la teoria del diritto di fronte ai propri compiti di morale pratica nonostante ogni professione di etica assoluta ⁽¹⁸⁾.

II. All'interno del nuovo movimento filosofico i tentativi più importanti per il superamento del Positivismo neokantiano si indirizzano innanzi tutto contro il « Formalismo etico » nello sforzo di giungere ad un'etica *materiale* dei valori ⁽¹⁹⁾. Impulsi in questo senso si erano fatti sentire anche nella stessa filosofia del diritto. Già nel 1921 Erich Kaufmann nella sua *Kritik der neokantianischen Rechtsphilosophie* ⁽²⁰⁾ (*Critica della filosofia del diritto neokantiana*) si era volto in nome della realtà politica contro l'indifferenza del Neokantismo per i valori. Tuttavia questa opposizione contro il distacco, tipico del Formalismo, tra dover essere giuridico ed essere politico e sociale presentava ancora un'impronta fondamentalmente vitalistica e positivistica; essa anticipava in alcuni lineamenti la critica esistenzialista al Formalismo. Un allontanamento dal Relativismo per volgersi ad un'etica materiale dei valori si andava delineando anche nel pensiero più tardo di G. Radbruch. Sotto l'impressione dell'impotenza del Formalismo nelle catastrofi del diritto del nostro

⁽¹⁷⁾ *Dottrina pura del diritto* ², cit., p. 63.

⁽¹⁸⁾ RADBRUCH, *Rechtsphil.* ⁴, cit., p. 120; COING, *Grundz.*, cit., p. 287.

⁽¹⁹⁾ Entrambi questi traguardi si rispecchiano in forma programmatica nel titolo del fondamentale lavoro d'etica di SCHELER, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik* ², 1927. Sulle tendenze qui di seguito descritte istruttiva la meritoria miscellanea curata da A. KAUFMANN e W. MAIHOFFER, *Die ontologische Begründung d. Rechts*, Darmstadt 1965.

⁽²⁰⁾ Cfr. *supra*, nt. I.

secolo, Radbruch cominciava, attraverso la mediazione di un Positivismo generante valori, a riconoscere un atteggiamento religioso superante i valori ⁽²¹⁾ e a porsi la questione dei limiti di validità di leggi ingiuste, come pure a derivare dalla « natura del fatto » proposizioni di dover essere metapositive ⁽²²⁾.

I. Intanto un sistema dell'etica materiale dei valori, a cui dopo la catastrofe del Terzo Reich la filosofia del diritto tedesca poté sulle prime rifarsi, era stato elaborato negli anni Venti da Max Scheler ⁽²³⁾ e da Nicolai Hartmann ⁽²⁴⁾. Entrambi, nel quadro del problema etico generale, intendono la realtà del diritto metapositivo come la realtà di un valore assoluto: più precisamente, Scheler (muovendo dalla questione della giustizia quale virtù soggettiva) come penetrazione conoscitiva della persona nella polarità dei valori ⁽²⁵⁾, cioè come coscienza giuridica; Nicolai Hartmann invece (in esplicita opposizione al Neokantismo) ⁽²⁶⁾ come essenza spirituale, cioè « contenuto, materia e struttura, uno specifico quale di cose, rapporti e persone » ⁽²⁷⁾. In tutt'e due le forme l'Etica materiale dei valori ha acquistato rapidamente influsso sulla filosofia del diritto tedesca dopo il Neokantismo. Permettendo di superare il Formalismo etico, essa sembrava infatti soddisfare in maniera adeguata dal punto di vista filosofico le esigenze di sicurezza nei riguardi dei contenuti giuridici metapositivi caratteristiche di un'epoca levantesi a nuova vita dal caos. In particolare Coing nel suo cauto tentativo di « ricostituzione del Diritto naturale » ⁽²⁸⁾ si è ricolligato dichiaratamente all'Etica materiale dei valori.

⁽²¹⁾ *Supra*, nt. 9.

⁽²²⁾ *Supra*, p. 350 nt. 9; cfr. p. 118 nt. 37.

⁽²³⁾ *Supra*, nt. 19; su cui WELZEL, *Diritto naturale*, cit., pp. 334 ss.; FECHNER, *Rechtsphil.*, cit., pp. 113 ss., 120 ss.; H. HENKEL, *Einf.*, cit., pp. 240 ss.

⁽²⁴⁾ *Etica*, 3 voll., trad. it., Napoli 1969-72; WELZEL, *Dir. nat.*, cit., pp. 334 ss., 342 s.; HENKEL, *Einf.*, cit.; FECHNER, *Rechtsphil.*, cit., pp. 43 ss. e *passim*.

⁽²⁵⁾ *Formalismus in der Ethik* ³, cit., p. 103.

⁽²⁶⁾ Particolarmente nella sua *Fondazione dell'ontologia*, trad. it., Milano 1963.

⁽²⁷⁾ *Etica*, cit.

⁽²⁸⁾ *Die obersten Grundsätze d. Rechts. Versuch einer Neugründung d. Naturrechts*, 1947 (su cui critico WELZEL, *Diritto nat.*, cit., p. 338 nt. 21); *Grundzüge d. Rechtsphil.*, pp. 106 ss. Anche le concezioni filosofiche di ENGISCH, *Vom*

È soprattutto alla concezione obiettiva del valore di Nicolai Hartmann che Welzel ⁽²⁹⁾ ha opposto in linea di massima i limiti tracciati ad ogni ipotesi sulla natura idealistica, cioè generalmente aprioristica, del diritto dalla determinazione storica e dal collegamento alla situazione caratteristica delle concrete decisioni umane riguardanti la giustizia ⁽³⁰⁾, sottolineando in particolare le antinomie esistenti nella realizzazione dei valori tra il rango del valore e la sua intensità, in altri termini l'ineliminabile contraddizione manifestantesi nella valutazione quantitativa comparata tra valori morali in contrasto, ad es. tra giustizia e *caritas* ⁽³¹⁾.

2. Anche nell'ambito della filosofia del diritto pertanto le nuove correnti si muovono nel segno di quell'abbandono della teoria del valore che contraddistingue tutta la filosofia del presente. Per quanto riguarda il pensiero giuridico attuale è soprattutto al problema della storicità ed aderenza al caso concreto delle decisioni etico-giuridiche immediate che l'Etica materiale dei valori non riesce a dare risposta. È pertanto comprensibile che proprio la storicità o la dipendenza del diritto vigente da

Weltbild d. Juristen ² 1965, di FECHNER, *Rechtsphil.*, cit., pp. 43 ss., 105 ss., 115 ss. e di HENKEL, *Einf.*, cit., pp. 8 ss., 173 ss. (critico tuttavia sulla teoria dei valori pp. 241 s.) risentono gli influssi delle stratificazioni dell'essere di Nicolai Hartmann, sebbene, ponendo la questione del diritto esatto in concreto, vadano al di là di una generale etica dei valori. Analogamente COING, *Naturrecht als wiss. Problem*, Wiesbaden 1965, pone più marcatamente l'accento sui metodo induttivi di conoscenza del diritto metapositivo.

⁽²⁹⁾ *Diritto naturale*, cit., pp. 335 s.

⁽³⁰⁾ Nella prima ed. del suo *Naturrecht u. nat. Ger.*, 1951, p. 181 WELZEL affermava: « La soluzione esatta per l'« adesso » e il « qui » della situazione reale non si lascia ricavare idealmente da nessuna generale presupposizione aprioristica di valore e per mezzo di nessuna legge di precedenza ». Ora invece (4^a ed., p. 337) sottolinea che « il problema primario della etica sociale non consiste nella decisione di conflitti fra valori più alti e valori meno alti, ma sta nell'estrarre il contenuto dei compiti morali dall'articolazione della persona nelle unità vitali superindividuali ».

⁽³¹⁾ WELZEL ¹, p. 181; ID. ⁴, cit., p. 336. Entrambe le obiezioni si fondano (specie nella formulazione della 1^a ed.) sull'esatto presupposto che la giustizia può essere raggiunta soltanto di volta in volta nel giudizio su una specifica situazione (*infra*, pp. 381 s.). Da ciò consegue però la necessità del riferimento di un concreto atto di scelta ad una rappresentazione assoluta di valori ma non l'inammissibilità della individuazione della giustizia come valore assoluto manifestantesi in quella determinata decisione giusta (*infra*, p. 382 nt. 114).

una situazione concreta rappresentino i punti di partenza dei nuovi tentativi di soluzione.

a) La fusione della dimensione storica con l'idea trascendente di diritto era stata (diversamente che per la dottrina giuridica di Kant) il particolare contributo di Hegel ⁽³²⁾. È quindi coerente che il rinnovamento del pensiero hegeliano ad opera del Neohegelismo idealista (Kroner, Litt) in atto dagli anni Venti facesse sentire i suoi effetti, con Binder, Schönfeld, Hoistein, Larenz e Dulckeit, anche sulla filosofia giuridica ⁽³³⁾. Tutti questi pensatori riconoscono la idea assoluta del diritto nelle sue manifestazioni concrete nel corso del fluire del processo storico e ricollegano la formazione del sistema e dei concetti giuridici al metodo dialettico hegeliano da essi nuovamente messo in luce ⁽³⁴⁾. La resistenza dei neokantiani, dell'Etica materiale dei valori, della Fenomenologia e dell'Esistenzialismo, così come le tendenze metodologiche della teoria giuridica più recente, verso forme aperte di costruzione sistematica ⁽³⁵⁾ hanno tuttavia posto dei limiti all'influenza del rinnovamento della filosofia hegeliana sulla scienza del diritto — meno di tutti forse sulla dottrina del metodo.

b) In maniera più decisa è riuscito a sfondare la barriera del Formalismo neokantiano Edmund Husserl, almeno a partire dalle sue *Logische Untersuchungen* (Ricerche di logica) ⁽³⁶⁾.

⁽³²⁾ Cfr. *supra*, p. 100.

⁽³³⁾ In generale R. KRONER, *Von Kant bis Hegel*, I/II², Tübingen 1961; per la filosofia del diritto (dopo la sua svolta in direzione di Hegel, su cui LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 149 ss.) vedi BINDER, *Rechtsbegriff u. Rechtsidee*, 1915; BINDER/BUSSE/LARENZ, *Einführung in Hegels Rechtsphil.*, 1931; *Grundlegung z. Rechtsphil.*, 1935; inoltre LARENZ, *Die Rechts- und Staatsphil. d. Gegenwart* ², 1935, pp. 97 ss., 124 ss., 130 ss.; SCHÖNFELD, *Die log. Struktur d. Rechtsordnung*, 1927; ID., *Die Rechtswiss. im Spiegel d. Metaphysik*, 1943 (= ID., *Grundlegung d. Rechtswiss.*, 1951); ID., *ZKultphil*, VI (1939), pp. 1 ss.; DULCKEIT, *Philos. d. RGesch.*, 1950. Esposizione e apprezzamenti: LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 148-163; H. HENKEL, *Einfl.*, cit., pp. 283 ss.; cfr. anche BOEHMER, *Grdl.*, cit., II.1, pp. 153 s.

⁽³⁴⁾ Esposizione approfondita in LARENZ, *Methodenlehre*, cit., pp. 322-370.

⁽³⁵⁾ Sul punto immediatamente *infra*, pp. 359 ss.

⁽³⁶⁾ L'intera opera filosofica di Edmund Husserl, e del suo seguito fino ad oggi, non può essere oggetto del nostro lavoro (cfr. la sintesi sovrana di GADAMER).

Il metodo conoscitivo fenomenologico da lui fondato riconosce alle « cose », e cioè non soltanto a quelle empiriche del mondo esteriore ma anche a concetti evidenti (come « casa », « numero », « pretesa » e « proprietà »), esistenza fenomenica, di cui la conoscenza filosofica è solita accertarsi per mezzo di un atto intellettuale di recezione interiore, la « riduzione intenzionale ». Questo modo di esistere delle cose è al tempo stesso reale ed ideale, « trascendente ». Poiché anche il diritto e molti concetti giuridici sono « cose » di questo tipo, è possibile anche di essi una conoscenza fenomenica. A raggiungimento di una tale conoscenza sono dedicati soprattutto *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts* (I fondamenti aprioristici del diritto civile) ⁽³⁷⁾ del *Reinach*, l'allievo di Husserl in Göttingen immaturamente caduto, ed i contributi di Gerhart Husserl apparsi dal 1925 e riguardanti « cosa giudicata e vigenza », « oggetto del diritto » ⁽³⁸⁾, « dovere negativo nel diritto civile » ⁽³⁹⁾ e « diritto e tempo » ⁽⁴⁰⁾. Una sintesi di fondo dal punto di vista tematico di questi profili

Die phänomenol. Bewegung, Philosoph. Rdsch., XI (1963), pp. 1-45). Sulla Fenomenologia del diritto vedi FECHNER, *Rphil.*² cit., pp. 7, 41 s.; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 143 ss. (dal Formalismo kantiano [« materia »] al Realismo fenomenale [« essere »] abbandonando la teoria della conoscenza neokantiana); H. HENKEL, *Einf.*, cit., pp. 283 s.; cfr. anche RADBRUCH, *RPhil.*⁴, pp. 120 s. Nel campo della filosofia del diritto se ne riconoscono gli effetti, oltre che in REINACH e G. HUSSERL (*infra*, ntt. 38 ss.), anche in ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 1943, 3^a ed. 1963; Id., *Vom Weltbild d. Juristen*², Heidelberg 1965; e in FECHNER, *Rechtsphil.*, cit.; da ultimo in TROLLER, *Überall gültige Prinzipien d. Rechtswiss.*, Berlin 1965; cfr. anche WIEACKER, *Zur jur. Sekunde*, in: *Existenz u. Ordnung*, *Festschr. Erik Wolf*, Frankfurt 1962, pp. 443 ss.

⁽³⁷⁾ 1913: Reinach prende le mosse dal carattere trascendente la coscienza tipico dei concetti giuridici *a priori*; sul punto LARENZ, *Storia del metodo* cit., pp. 165 s.

⁽³⁸⁾ *Rechtskraft u. Rechtsgeltung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung*, I, *Genesis u. Grenzen der Rechtsgeltung*, 1925; Id., *Der Rechtsgegenstand. Rechtlogische Studien zu einer Theorie des Eigentums*, 1933.

⁽³⁹⁾ *Festschr. Pappenheim*, 1931, pp. 87-172; ora anche: *Recht und Welt*, *Rechtsphil. Abh.*, 1964, pp. 115 ss. Consenziente LARENZ, *Storia del metodo*, cit., p. 165, che nella determinazione del diritto positivo come realizzazione di possibilità aprioristicamente predestinate crede di riconoscere un'applicazione della logica del concreto di Hegel.

⁽⁴⁰⁾ *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, 1955.

interpretativi è offerta dalla trattazione « *Recht und Welt* » (Il diritto e il mondo) ⁽⁴¹⁾.

La Fenomenologia, sotto l'influsso delle nuove interpretazioni della Scolastica, si è ricollegata, al di là di Kant e Cartesio, alla grande tradizione del Realismo ideale europeo da Agostino a Leibniz. Con il Giusnaturalismo pre-critico essa è legata dalla convinzione di una esistenza ideale del diritto e dei concetti giuridici metalegislativi con la moderna teoria della conoscenza di Cartesio, su su fino al Neokantismo, dalla accentuazione critica dei presupposti gnoseologici di proposizioni giuridiche aprioristiche. Da entrambi i movimenti la distingue lo sforzo di fondere idea e realtà delle manifestazioni giuridiche su un piano trascendente, riuscendo così a padroneggiare le attuali forze filosofico-giuridiche predominanti del Naturalismo e del Formalismo.

c) Muovendo da presupposti propri, anche la teoria delle « strutture logico-materiali » ⁽⁴²⁾ di Welzel è giunta a conclusioni analoghe. Welzel annovera tra le conquiste durature della riflessione filosofica fin qui applicata ai contenuti immutabili e metastorici del diritto quelle che lui chiama strutture logico-materiali, cioè quegli elementi al cui rispetto il legislatore (in tanto in quanto voglia produrre diritto) è categorialmente vincolato e che in nessun caso possono essere modificati ⁽⁴³⁾;

⁽⁴¹⁾ *Festschr. E. Husserl*, 1929, pp. 111 ss.; ora anche: *Rechtsphil. Abh.*, pp. 67-114. Sul contributo in tema di duplicità di effetti cfr. *supra*, p. 129 nt. 16.

⁽⁴²⁾ Questo punto di partenza si trova alla base della considerazione storica, da noi tenuta qui continuamente presente, del problema del diritto naturale in « *Diritto naturale e giustizia materiale* » come pure dell'intera dogmatica penalistica di WELZEL, specialmente della sua teoria finalistica dell'atto: a cominciare da *Naturalismus u. Wertphilosophie*, 1935, fino al polemico *Vom Bleibenden u. Vergänglichlichen in d. Strafrechtswiss.*, Tübingen 1965, pp. 5 s., 21 s.; un'esposizione di carattere generale specie in *Naturrecht u. Rechtspositivismus*, *Gött. Festschr. Niedermeyer*, 1953, pp. 279 ss. Su cui FECHNER, *RPhil.*³, cit., pp. 146 ss.; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 165; Arthur KAUFMANN, *Analogie u. Natur. d. Sache*, 1965, pp. 29 ss., 35 ss.; v. anche *supra*, p. 118 nt. 37.

⁽⁴³⁾ WELZEL, *Diritto naturale*, cit., p. 198 della 1ª ed. (non più presente nella 4ª ed. del 1962 a base della tr. it.): « Queste verità eterne della sfera logico-materiale » costituiscono « l'oggetto duraturo (della scienza del diritto) in grado di preservarla da ogni 'arbitrio' del legislatore. Esse non rappresentano un sistema conchiuso, come riteneva il Giusnaturalismo, bensì coprono in maniera

tra di essi egli comprende ora anche quegli aspetti elementari dell'essenza dell'Uomo dai quali nessun disegno di etica giuridica può esimersi ⁽⁴⁴⁾. La riprova dell'esistenza di queste strutture immutabili è stata fornita notoriamente da Welzel in una critica del Naturalismo sull'esempio dell'azione (« finale ») penalmente illecita, mentre un fondamento storico-filosofico è stato loro dato dalle sue ricerche sulle teorie storiche giusnaturaliste in tema di rapporti tra volontà creatrice divina ed ordinamenti oggettivi d'essere e di valore già dati ⁽⁴⁵⁾. In tal modo si è potuta assicurare, al di là dell'Etica materiale dei valori e della rinascita del Giusnaturalismo, una delimitazione aprioristica molto ampia ma di maggior affidamento metodologico della produzione giuridica positiva. Con la chiamata in causa di ulteriori caratteristiche umane di fondo Welzel si sforza inoltre di tratteggiare un'antropologia della persona nel diritto ⁽⁴⁶⁾, orientata ai risultati durevoli degli schemi di diritto naturale fin qui elaborati senza per questo rinunciare al vaglio critico.

d) Recentemente Theodor Viehweg, in un lavoro che ha suscitato molta attenzione ⁽⁴⁷⁾, ha cercato di definire le basi della

puntiforme tutta l'area del diritto e servono a dargli la necessaria consistenza nel contesto di decisioni riguardanti sempre un 'qui' ed un 'ora'; cfr. anche *supra*, p. 118 nt. 37. Welzel afferma adesso (4^a ed.) in forma più complessa: « ... anche dalle strutture dell'Essere da interpretare sono posti dei limiti immanenti ai progetti di senso » (del Giusnaturalismo). « Poiché nell'Essere i rapporti di fatto sono dati prima dei conferimenti di senso; e quindi questi sono legati a quelli. Sulle intime relazioni fra il conferimento di senso e i rapporti di fatto da interpretare si fonda una larga parte delle intuizioni giusnaturalistiche ancora valide (WELZEL, *Dir. nat.* cit., p. 369). Sulle « strutture logico-materiali » come dato precostituito al diritto v. inoltre HENKEL, *Einfl.*, cit., pp. 274-288.

⁽⁴⁴⁾ V. la sintesi ora in WELZEL, *Diritto nat.*, cit., pp. 359 ss.

⁽⁴⁵⁾ Sulla problematica fondamentale della Scolastica esprimendosi nella frase: « Dio può far scendere la sua grazia su Giuda, ma non su una pietra »: WELZEL, *Diritto nat.*, cit., p. 110 (a proposito del detto di Duns Scoto sulla contraddizione), pp. 123 s. (su Ockham) e soprattutto pp. 139 s.; p. 144 e *passim* (sulla « ipotesi d'esclusione »: diritto naturale, anche se Dio non esistesse; cfr. *supra*, I, p. 441 nt. 34).

⁽⁴⁶⁾ WELZEL, *Diritto naturale*, cit., pp. 368 ss.; cfr. *infra*, pp. 382 s.

⁽⁴⁷⁾ VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München 1953, 2^a ed. 1963; ed. it. tradotta ed introdotta da G. CRIFI, *Topica e giurisprudenza*, Milano 1962; *Stud. gen.*, XI (1958), pp. 334 ss. V. anche consenso in COING, *ARSP*, XLI (1955),

decisione concreta del giudice muovendo da una verifica della tecnica pratica nell'attività di applicazione della legge e di elaborazione produttiva del diritto. Viehweg vede in queste decisioni soluzioni di problemi e si rifà alla dottrina aristotelica del rinvenimento (*inventio*) dei punti di vista (*topoi, loci*) dell'argomentazione giuridica quale aveva trovato accoglimento nella Retorica antica. In questa prospettiva le verità giuridiche extrastoriche del Giusnaturalismo più antico e i concetti, le regole, le massime e le costruzioni della tradizione giuridica europea appaiono come un *thesaurus* di proposte giuridiche di discussione (di *inventiones* nel senso della Topica aristotelico-ciceroniana), la cui esattezza etica pratica riposa sulla verosimiglianza (probabilità) delle soluzioni continuamente sperimentate e infine adottate dalla giurisprudenza. Il merito della Topica giuridica risiede nella dimostrazione della possibilità di estrarre le così spesso ricercate verità giuridiche metatemporali dalla discussione storica dei problemi nell'ambito dell'attività pubblica praticamente orientata dei giuristi, e al tempo stesso nel chiarimento delle prestazioni empirico-etiche e dei limiti dei meccanismi di formazione concettuale e sistematica del diritto ⁽⁴⁸⁾. È questo merito che

p. 436, e ID., *Zur Gesch. d. Privatrechtssysteme*, 1962; ID., *Naturrecht als wiss. Problem*, Wiesbaden 1964 (che tuttavia fa notare qui che il compito di un collegamento sistematico dei problemi di un dato ordinamento giuridico va al di là di una « pura e semplice Topica »); ESSER, *Zur Methodenlehre d. Zivilrechts*, Stud. generale, XII (1959), pp. 97 ss. Anche la sua opera principale *Grundsatz u. Norm* è permeata di Topica giuridica (cfr. WIEACKER, JZ, XII [1957], p. 703 e ntt. 9 e 11). Inoltre WIEACKER, *Gesetz u. Richterkunst*, 1958, pp. 13 s.; ID., *Zur jurist. Sekunde*, cit., pp. 451 ss.; sul diritto romano: ID., *Textstufen klass. Juristen*, 1960, pp. 286 ss. (con abbandono delle riserve in Gnomon, XXVII [1955], p. 368); H. HENKEL, *Einf.*, cit., pp. 418 ss.; sulle aspettative della prassi nei confronti della Topica: SCHNEIDER, JZ, XVI (1961), pp. 212 s.; MDR, XVII (1963), pp. 653 s.; SPENDEL, NJW, VIII (1955), p. 1351.

⁽⁴⁸⁾ Le riserve avanzate nella scienza del diritto sono motivate prevalentemente dalla preoccupazione per la struttura sistematica della dogmatica giuridica, per il suo contributo d'ordine nel contesto deduttivo, per la interiore libertà da contraddizioni e quindi per la giustizia delle decisioni giuridiche: ENGISCH, ZStrW, LXIX (1957), pp. 596 ss.; ID., *Aufgaben einer Logik u. Methodik d. jurist. Denkens*, Stud. gen., X (1957), pp. 173 ss.; XII (1959), pp. 76 ss., e ID., *Einf. in d. jur. Denken*³, 1964, p. 246; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 132-147. In Italia: CRIFÒ, *Introduzione all'ed. it.*, p. XVIII; PORZIO, Arch. penale,

spiega il rapido e forte acquisto d'influenza di Viehweg nella Metodologia giuridica più recente. Nel suo libro fondamentale su *Principio e norma* ⁽⁴⁹⁾ Esser ha cercato di utilizzare questi nuovi

(1964), pp. 3 ss.; CONTE, *Il Politico*, (1963), p. 418; cfr. già DE GIOVANNI, *RivInterFilDir*, XXXI (1954), pp. 813 ss. Da ultimo approfonditamente DIEDERICHSEN, *Top. u. systemat. Denken in d. Jurisprud.*, NJW, XIX (1966), pp. 698-705; cfr. anche ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allg. Teil*¹⁵, I, 1960, p. 125; per il diritto romano KASER, *Zur Meth. d. röm. Rechtsfindung*, Göttingen 1962, pp. 62 ss. Le controversie sono originate dal malinteso (favorito dal troppo rapido schizzo di Viehweg) che la Topica non sia nient'altro che una tecnica del persuadere nel senso dell'antica Retorica (mentre essa in verità costituisce il presupposto per la comunicazione nel dialogo, cioè il fondamento per la trasmissione del pensiero dopo essersi intesi su un *sensus communis*) e che quindi non sia in grado di rendere l'obiettività del problema giuridico in questione trascurando così completamente il compito di formazione di un sistema per il contesto interno di deduzione delle soluzioni dei casi; anzi essa eleverebbe addirittura una pretesa di esclusività in contrasto col sistema. In questo atteggiamento critico fanno sentire i loro effetti le illusioni circa i limiti della assiomatizzazione e della struttura logica dell'ordinamento giuridico (specialmente sotto l'influsso di Hegel); a tratti esso non sembra prendere sufficientemente in considerazione gli antefatti ideali della giurisprudenza romana ed europea prima dell'influenza del Giusrazionalismo assiomatico e dell'avvento del Formalismo giuridico dopo il 1800. Se si tien conto di tutto ciò, sembra lecito mettere in relazione con la Topica, contro DIEDERICHSEN, *Top.*, cit., p. 699, i fruttuosi sforzi di F. v. HIPPEL (spec. in *Zur Gesetzmässigkeit jur. Systembildung*, 1930; v. ora anche *Rechtstheorie u. Rechtsdogmatik*, 1964, pp. 14-46) e di WILBURG (spec. in *Entwicklung eines bewegl. Systems im bürg. Recht*, 1951) per la elaborazione di sistemi aperti materialmente contingenti (così VIEHWEG, *Topica* cit., pp. 114 ss., 122 ss.): Topica e sistema aperto non si escludono bensì si esaltano a vicenda. Del pari la « Topica » fornisce contributi stimolanti per la soddisfazione dell'esigenza, oggi universalmente riconosciuta, di un sicuro gioco combinato nella dogmatica giuridica di processi induttivo-aporetici e deduttivi (per tutti ENGISCH, *Introduzione*, cit., pp. 315 ss.; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 164 ss.; ID., *Methodenlehre*, cit., pp. 353 ss.). La compatibilità di una Topica aporetica con una sempre desta coscienza sistematica è dimostrata esemplarmente da ESSER, *Grundsatz u. Norm*, cit., *passim* (cfr. indice analitico sotto « System »). Le ragioni della eccezionale forza persuasiva della Topica di Viehweg nei settori densi di problemi della dogmatica civilistica sembrano, dopo tutto ciò, evidenti. Da ultimo molto stimolante HORN, NJW, XX (1967), pp. 601-608; cfr. anche Friedr. MÜLLER, *Normstruktur u. Normativität*, 1966, spec. pp. 47 ss. Cfr. già *supra*, pp. 121 nt. 40.

⁽⁴⁹⁾ ESSER, *Grundsatz u. Norm in der richterlichen Fortbildung d. Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Tübingen 1956; su cui cfr. WIEACKER, JZ, XII (1957), pp. 701-706.

nuovi spunti per la elaborazione di una tecnica dell'applicazione giudiziale del diritto ⁽⁵⁰⁾.

3. Gli sforzi di rendere fruttuosa per un'antropologia giuridica e per l'isolamento di principi giuridici metapositivi assoluti la problematica dell'Esistenzialismo circa le basi della situazione umana ⁽⁵¹⁾, possono essere in questo schizzo appena tratteggiati. La ragione di ciò va ricercata nel punto di partenza stesso da cui muove questa nuova corrente di pensiero. Con la

⁽⁵⁰⁾ I punti di partenza filosofici da cui si è sviluppato l'influsso sulla filosofia del diritto: JASPERS, *Die geist. Situation unserer Zeit*, 1931; ID., *Von der Wahrheit*, I/III, 1947; ID., *Philosophie* ³, 1956; HEIDEGGER, (per lo più al livello di) *Essere e tempo*, trad. it., Torino 1969; J. P. SARTRE, *L'esistenzialismo è un umanesimo*, trad. it., Milano 1965.

⁽⁵¹⁾ A parte i lavori di MAIHOFFER (nt. 52) gli effetti dell'Esistenzialismo sulla scienza del diritto si limitano o a presupposti di carattere generale (spec. FECHNER, *RPhil.*¹, 1957, pp. 223 ss.; cfr. HENKEL, *Einf.*, pp. 77 ss. e *passim*) o a controversie critiche (approfonditamente WELZEL, *Diritto nat.*, cit., pp. 317-331; HENKEL, *Einf.*, cit., pp. 412 ss.; cfr. LARENZ, *Storia del metodo*, cit., p. 163 e *passim*; FECHNER, *Naturrecht u. Existenzphilosophie*, ARSP, XLI [1954/5], pp. 305 ss.; ID., *RPhil.*, cit., pp. 223 ss.; A. KAUFMANN, *Analogie u. Natur d. Sache*, 1965, pp. 14 s. e *passim*). Questioni analoghe si trovano anche a base dei lavori di Erik WOLF, *Vom Wesen d. Rechts in dtsh. Dichtung*, 1946; ID., *Griech. Rechtsdenken*, I, 1950, pp. 9 ss. e *passim*; ID., *Fragwürdig. u. Notwend. d. Rechtswiss.*, 1953, ma tendono maggiormente verso motivazioni del diritto sul tipo di quelle della Riforma (*infra*, p. 367): «hanno esistenza cristiana, cioè non si trovano fuori dal mondo» (la 'ex-sistenza' di Heidegger) «bensì da questa posizione di trascendenza fanno sentire i loro effetti sul mondo sensibile» (ID., *Rechtsged. u. bibl. Weisung*, 1948, p. 64). Le obiezioni di WELZEL contro l'Esistenzialismo (e contro il Vitalismo, cui egli ascrive, oltre Schopenhauer, Kierkegaard e Nietzsche, anche Carl Schmitt [WELZEL, *Dir. nat.*, cit., pp. 313, ss., soprattutto su «*Nomos der Erde*»]) riguardano principalmente l'affermazione di Kirkegaard che l'Uomo esista soltanto come singolo (WELZEL, p. 318), la spontaneità della comunicazione esistenziale in Jaspers (WELZEL¹, p. 189), il modo della impersonalità del «si» in Heidegger (WELZEL², pp. 210 ss.) e il paradosso della elevazione di situazioni limite a norma cui commisurare il diritto come valore. In ciò non è mutato nulla nemmeno dopo la nota svolta («inversione di marcia») di Heidegger verso l'essere (*Humanismusbrief*, 1949), almeno nel senso che tra le due concezioni della legge come «imperativo dell'essere» e come «espressione delle forze generative della ragione umana» non rimane più posto per gli sforzi della coscienza e per il vigore dell'intelletto, con la conseguenza che neppure sulla conoscenza giuridica soggettiva si possono costruire ponti per attingere la vincolatività del diritto metapositive (WELZEL, *Dir. nat.*, cit., p. 330).

sua critica alla Metafisica idealistica da Platone in poi ed alla relativa etica dei valori, essa investe anche la possibilità di contenuti giuridici vincolanti sul piano metapositivo, dal momento che l'Uomo viene preso in considerazione come singolo e in situazioni particolari. L'Esistenzialismo relega perciò fin dall'inizio tutti quanti gli ordinamenti giuridici storici nella impersonalità del « si » e nella « improprietà dell'esistenza interpersonale » precludendosi così in anticipo ogni possibilità di fondare ontologicamente il valore di relazione, la vincolatività o la materiale determinatezza di contenuto del diritto. Soltanto di recente Maihofer⁽⁵²⁾ ha tentato di aprire all'Esistenzialismo la strada verso una motivazione materiale della validità giuridica: richiamando l'attenzione sul dato dell'esistenza sociale, meglio di relazione, dell'Uomo « come » marito, padre di famiglia, membro di una società, concittadino, facente parte di un determinato gruppo giuridico, ecc., egli spera di superare la « indeterminatezza » dell'esistenza sociale e di riuscire a trasportare nell'ambito della situazione esistenziale umana anche l'elemento della dipendenza dal prossimo. Questi tentativi sono tuttora in corso.

III. Le correnti filosofico-giuridiche fin qui presentate hanno avuto sullo sviluppo della coscienza giuridica pubblica, della legislazione e della applicazione del diritto un influsso molto minore di quello esercitato a suo tempo dal Positivismo e dal Naturalismo. L'efficacia pubblica del Neokantismo nel campo dell'apparato concettuale del diritto penale o del Neohegelismo sulla dogmatica civilistica si deve quasi esclusivamente alle dottrine ed alle opere di Maestri di diritto aventi una preparazione filosofica. Le uniche correnti idealistiche e metafisiche contrarie al Positivismo e al Naturalismo, che siano riuscite ad attingere la coscienza giuridica comune degli organi legislativi e dei membri della comunità⁽⁵³⁾, sono quelle prodotte dalla rinascita del Giusnaturali-

(52) W. MAIHOFFER, *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, 1954; ID., *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, 1956; su cui WIELAND, *RPhilRdsch*, IV (1956), pp. 89 ss.; HANS SCHULTZ, *Stud. Philosophica*, XVIII (1958), pp. 167 ss.; WELZEL, *Diritto nat.*, cit., p. 325 nt. 42.

(53) Testimonianze di questi infussi sono le pubblicazioni, cresciute a dismisura dal 1945 ad oggi, specialmente di giuristi, teologi e politici tedeschi sul

simo precritico, che prende le mosse prevalentemente dalle dottrine giuridiche e sociali del Cattolicesimo, e, in misura minore, quella della critica del diritto del moderno Protestantesimo, basantesi soprattutto sulla teologia della Riforma.

1. Dopo la critica kantiana il diritto naturale, inteso come ordinamento vincolante e metastorico di norme, aveva cominciato a ritrarsi sempre più dall'orizzonte della filosofia e della teoria giuridiche. Nonostante che riuscisse a sopravvivere (in misura oggi non sufficientemente apprezzata) fino a tutta la metà del XIX secolo in una serie di sistemi e manuali ⁽⁵⁴⁾ come disciplina ormai tradizionale, esso, a fronte dello strapotere del Positivismo scientifico, del Positivismo legislativo e del Naturalismo, aveva

problema del diritto naturale in senso lato. Basti qui pertanto rinviare alla ricca, anche se nelle intenzioni dell'autore non completa, bibliografia aggiunta alla sua istruttiva raccolta di lavori (trentuno rappresentativi contributi) da W. MAIHOFFER, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?, Wege der Forschung* XVI, Darmstadt 1962, pp. 580-622; integrazioni rispecchianti la situazione fino al 1964 in HENKEL, *Einf.*, cit., pp. 393 ss. Uno sguardo generale ad es. in BOEHMER, *Grdl.*, II.2, pp. 219-232; FECHNER, *RPhil*¹, 1956, pp. 179 ss.; WELZEL, *Dir. nat.*, cit., pp. 333 ss.; WÜRTEMBERGER, *JZ*, X (1955), pp. 1 ss.; soprattutto ID., *Die geist. Situation d. Strafrechtswissenschaft*, 1957, pp. 19 ss., e ID., *Zur Gesch. d. RPhil. u. d. Naturrechts* (contributi in lingua tedesca dal 1948): ARSP, XXXVIII (1949/50), pp. 98 ss., e XL (1952/53), pp. 576 ss.; LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 177 ss.; HENKEL, *Einf.*, cit., pp. 379 ss. e *passim*. Sul punto di vista dell'A. cfr. SüddJZ, IV (1949), pp. 295 ss.; JZ, XVI (1961), pp. 337 ss.; JZ, XIX (1964), pp. 634 ss., specie pp. 639 s.; da ultimo: *Zum heut. Stand d. Naturrechtsdiskussion*, Köln/Opladen 1965, pp. 7-27 (con ulteriori osservazioni nel rapporto, ivi pubblicato, riguardante la discussione nell'ambito della Commissione per la Ricerca del Land Nordrhein-Westfalen).

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *supra*, p. 632. Di particolare importanza i sistemi di Fries, Ahrens e Krause (su di essi e sulla loro opera di giusnaturalisti cfr. LANDSBERG, *Gesch.*, cit., III.2, pp. 37 ss., 655 ss.; inoltre CONRADI, *K.C.F. Krauses Rphil. in ihren Grundideen*, Leipzig-Strassburg-Zürich 1938); Theodor SCHWARZ, *Die Lehre vom Naturrecht bei K. Ch. Fr. Krause*, Bern 1940; da ultimo N. M. L. GALERO, *Anales de la Catedra Fr. Suarez*, II.2, Granada 1962, pp. 349 ss. L'influenza su Leonard Nelson (*supra*, nt. 13) ha trovato espressione programmatica nelle « Abhandlungen der Friesschen Schule » (fino al 1937) da lui stesso fondate nel 1904: F. v. HIPPEL, *Rechtstheorie u. Rechtsdogmatik*, 1964, p. 409 nt. 1. Sorprendentemente grande è stato l'influsso di Krause in Spagna e nell'America Latina (*crasismo*); su WARNKÖNIG, *Rechtsphilosophie als Naturlehre d. Rechts*¹, 1839 (2ª ed., 1854), v. *supra*, p. 676 e nt. 33.

finito col perdere ogni influsso. La caccia implacabile di Bergbohm alle ultime tracce del «cripto-giusnaturalismo» nella scienza del diritto positivo ⁽⁵⁵⁾ o la sostituzione dell'antico sistema prope-deutico del Giusnaturalismo con una «Dottrina dei principi» del diritto positivo ⁽⁵⁶⁾ indicano chiaramente il livello minimo raggiunto dalla sua influenza filosofica e pratica sulla coscienza giuridica del tempo. Perfino nella teologia morale cattolica, in cui esso naturalmente come disciplina tradizionale si era necessariamente e continuamente mantenuto, nel corso del XIX secolo a seguito della critica kantiana e sotto gli influssi della Scuola storica del diritto e del Positivismo scientifico viene respinto sempre più ai margini ⁽⁵⁷⁾.

Allorché, dopo i pontificati di Pio IX e Leone XIII, la Chiesa cattolica riuscì a rinnovare la propria costituzione reintegrandosi come potere politico pubblico nei movimenti democratici del XIX secolo ed elevandosi di nuovo a potenza spirituale mondiale, poté anche avere inizio l'opera di purificazione delle sue dottrine morali e giuridiche dai residui del ricorso al pensiero secolare mediante un nuovo più stretto collegamento con la *philosophia perennis* del grande passato della Scolastica. La notevole efficacia empirico-morale di questa «rinascita del Giusnaturalismo» ⁽⁵⁸⁾ risiede nel fatto che essa non si è limitata ad essere la semplice restaurazione accademica di un indirizzo filosofico, bensì ha rappresentato il rinnovamento di un edificio dottrinale in grado di riformulare, fondandola idealmente, l'affermazione da parte della Chiesa romana della propria responsabilità etico-sociale in campo pubblico. Quest'opera di rinnovamento delle dottrine sociali e giusnaturalistiche cattoliche si è basata fundamentalmente sull'etica sociale universalistica, idealistica ed autoritaria di Tommaso d'Aquino («Neotomismo»), facendone però derivare, con notevole agilità spirituale in un momento di accentuata responsabilità sociale conseguente alla Rivoluzione industriale ed

⁽⁵⁵⁾ Cfr. *supra*, pp. 132 s. nt. 22.

⁽⁵⁶⁾ Sui suoi presupposti metodologici e filosofici, eccellente LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 45 ss.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. *supra*, p. 98.

⁽⁵⁸⁾ Parola d'ordine: il titolo del libro di CHARMONT, *La renaissance du droit naturel* ², 1927 (1^a ed. 1910).

alla situazione del Cattolicesimo popolare nella moderna società di massa, conseguenze immediate a livello di strutture organizzative della società e del diritto. Le rivendicazioni in tal modo progressivamente formulate e verificate dalla fine del secolo scorso nelle encicliche della Santa Sede e fatte valere continuamente nei vari Parlamenti dai partiti cattolici hanno acquistato, a gara con il tardo Liberalismo e il Socialismo, sempre maggiore influsso sulla legislazione e sulle riforme sociali fino ai nostri giorni. Di tutte le correnti ideali contrarie al Positivismo legislativo e al Naturalismo giuridico soltanto questa è riuscita, grazie alle sue salde radici in una potente comunità religiosa e nell'edificio dottrinale autoritario di una grande Chiesa, ad acquistare un influsso determinante sull'opinione e sulla coscienza giuridica di un notevole numero di persone. Nella situazione odierna della Germania occidentale, in conseguenza della lezione del Nichilismo giuridico del Terzo *Reich* e della forte posizione del Cattolicesimo nella vita dello Stato, il suo influsso sull'opinione pubblica, sulle riforme sociali e sulla politica del diritto è forse più intenso che in tutti i secoli precedenti ⁽⁵⁹⁾.

2. Mentre la dottrina sociale e giusnaturalistica cattolica trova ancor oggi il solido sottofondo per un compatto Giusnaturalismo universale su basi razionali nella triade *lex aeterna*, *jus naturale* e *jus positivum* elaborata dai Padri della Chiesa e sempre tenuta ferma dalla Scolastica, l'etica sociale protestante — che pure cerca di superare il Positivismo — si vede affidata, a seguito della diversa concezione di Lutero del rapporto tra grazia e ragione, a fondamenta di gran lunga più incerte, anche se d'altro canto dispone di una libertà di discussione notevolmente più ampia. In questa situazione le si apre la possibilità di scelta tra o la recezione del complesso aristotelico-tomistico, come aveva fatto la vecchia ortodossia luterana a partire dall'Aristotelismo di Melantone, o invece il rigetto puro e semplice di un diritto

⁽⁵⁹⁾ CATHREIN, *Recht, Naturrecht u. Positives Recht*, 1909; PETRASCHEK, *Syst. d. Rphil.*, 1932; HÖLSCHER, *Sittliche Rechtslehre* ², 1930; SCHILLING, *Christlich-Sozial- u. Rechtsphilosophie*, 1933; ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr d. Naturrechts* ², 1947.

naturale generalmente vincolante e conoscibile per la ragione ⁽⁶⁰⁾, oppure infine il tentativo di trovare nella libera interpretazione delle Scritture principi e massime dinamiche di una concezione cristiano-protestante del diritto ⁽⁶¹⁾. Una tale situazione si rispecchia ancor oggi nella quasi sconcertante varietà d'aspetti della discussione protestante sul diritto naturale ⁽⁶²⁾. Le ali estreme di questa discussione sono rappresentate da un lato da un « Tomismo modificato » ⁽⁶³⁾, riecheggiante nella sostanza le conclusioni del ramo idealista del Giusnaturalismo della piena e tarda Scolastica ⁽⁶⁴⁾, e dall'altro dal radicale rifiuto di ogni Giusnaturalismo quale è stato propugnato per la prima volta nella teologia della Riforma di Karl Barth ⁽⁶⁵⁾ — con la conseguenza del ritorno ad un Positivismo che trova la sua propria giustificazione nella scelta religiosa dei cristiani come tali ⁽⁶⁶⁾. Qui si riapre appunto quella spaccatura tra la imperscrutabile volontà del Creatore e

⁽⁶⁰⁾ Cfr. *supra*, I, pp. 399 s.

⁽⁶¹⁾ Cfr. *supra*, I, p. 400.

⁽⁶²⁾ WELZEL, *Diritto naturale*, cit., p. 344-356; FECHNER, *Rphil.*, cit., pp. 47 ss., 78 ss., 106 ss.; un rapido schizzo in WIEACKER, *Naturrechtsdiskussion*, pp. 9 s.; ricca bibliografia in MAIHOFER, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, cit. (nt. 52), pp. 580 ss.

⁽⁶³⁾ Così soprattutto Emil BRUNNER, *Gerechtigkeit. Eine Lehre von d. Grundgesetzen d. Gesellschaftsordnung*, Zürich 1943. Su WEINKAUFF v. *infra*, pp. 369 s. e ntt. 77 e 78.

⁽⁶⁴⁾ Critica in WELZEL, *Dir. nat.*, cit., pp. 340 ss.; muovendo dalle posizioni della Riforma, Karl BARTH, *Nein! Antwort an Emil Brunner, Theolog. Existenz heute*, 1934; Ernst WOLF, *Rechtfertigung u. R.*, in: *Kirche u. Recht*, Göttingen 1950, pp. 6 s.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. nt. 64; inoltre ID., *Rechtfertigung u. Recht*, Zollikon 1938 (4^a ed., 1948); ID., *Christengemeinde u. Bürgergemeinde*, 1946; cfr. anche A. DE QUERVAIN, *Ethik*, II.1: *Kirche, Volk, Staat*, 1945; Ernst WOLF (nt. 64).

⁽⁶⁶⁾ Così soprattutto ELLUL, *Le fondement théologique du droit*, Neuchâtel-Paris 1946 (tr. ted.: *Die theologische Begründung d. Rechts*, 1948), su cui Ernst WOLF (nt. 64), p. 13; COING, *Die Wandlung*, IV (1949), pp. 508 s.; WELZEL, *Dir. nat.*, cit., pp. 345 s. e *passim*; cfr. *supra*, I, p. 401 nt. 64. Inoltre WALZ, *Die bibl. Botschaft von d. Gerechtigkeit Gottes u. unser Recht*, in: *Gerechte Ordnung*, 1948; WALZ-SCHREY, *Gerechtigkeit in biblischer Sicht*, Zürich/Frankfurt 1955. Questa posizione non deve essere interpretata come Nichilismo giuridico: anche per Ellul infatti le istituzioni umane derivano dalla scelta necessitante di Dio, e per Walz la perenne questione del diritto non è altro che obbedienza all'imperativo della giustizia divina (cfr. *infra*, nt. 72).

il caos del diritto umano, già di per sé non partecipe della Grazia, in cui va perduta perfino la semplice possibilità di un *jus naturale* umano ⁽⁶⁷⁾ ed ogni idea di una giustizia terrena è condannata come tale in partenza.

Tra questi due estremi si sviluppano però poco a poco posizioni intermedie che, anche se non un sistema di « conclusioni » attuate, riconoscono tuttavia criteri di individuazione di contenuti ⁽⁶⁸⁾ quali la deduzione di un'etica giuridica naturale dal luterano « sistema di conservazione » divino ⁽⁶⁹⁾, il fondamento cristologico di proposizioni giuridiche naturali in forza dell'analogia con i comandamenti cristiani ⁽⁷⁰⁾ e la spiegazione del diritto sulla base di riflessioni di storia della salvezza e di concezioni trinitarie ⁽⁷¹⁾. Questa pluralità di voci è conforme allo spirito del Protestantesimo; essa corrisponde però anche alla concezione (non riguardante soltanto l'idea protestante del diritto) che il pensiero umano non possa accostarsi alle esigenze materiali della giustizia in nessun altro modo che tramite l'aperta discussione di

⁽⁶⁷⁾ Per le conseguenze, istruttivo ERNST WOLF (nt. 64), p. 13; DEHN-WOLF, *Gottesrecht u. Menschenrecht*, in: *Theol. Existenz heute*, XLII (1954), pp. 26 ss. e H. H. SCHREY, *Die Wiedergeburt d. Naturrechts*, in: *TheologRdsch*, N. F., XIX (1951), pp. 21 ss., 154 ss., 193 ss. Cfr. anche *supra*, p. 325 nt. 33 i.f.

⁽⁶⁸⁾ Così soprattutto ERIK WOLF, *Rechtsged. u. bibl. Weisung*, 1948, cfr. *supra*, p. 325 nt. 33; diversamente in ID., *Recht des Nächsten*, Frankfurt 1958, dove l'amore (*caritas*) appare non più come limite al diritto umano, bensì come base per il rinnovamento del suo modo d'esistere attraverso la concezione di un « diritto del prossimo »; contrario WELZEL, *Diritto naturale*, cit., p. 351 nt. 82, che si richiama a TRILLHAAS, *Ethik*, 1959, p. 353.

⁽⁶⁹⁾ In questa direzione KÜNNETH, *Politik zw. Dämon u. Gott*, 1954, e, con un'altra piega, THIELICKE, *Theolog. Ethik*, I, 1951, pp. 238 ss., 706 e *passim*; II.1, pp. 21, p. 763 e *passim* (da WELZEL, *Dir. nat.*, cit., pp. 345 ss.).

⁽⁷⁰⁾ BARTH, ERNST WOLF; H. H. SCHREY (nt. 65 e 67); contro questo argomento per analogia, soprattutto in Barth, vedi WELZEL, *Dir. nat.*, cit., pp. 350 s.

⁽⁷¹⁾ Così soprattutto SCHLINCK, *Gerechtigkeit u. Gnade*, in: *Kerygma und Dogma*, 1956, pp. 256 ss.; cfr. anche *Das Theologische Problem des Naturrechts*, *Festschr. f. Landesbischof Maiser*, München 1951, pp. 246 ss. Secondo il modo d'intendere sé stessa di questa teoria, la incarnazione di Dio nel Cristo e l'infuso dello Spirito Santo sulla comunità cristiana costituiscono il tramite della manifestazione della giustizia divina nella storia. A stare all'interpretazione (critica) di WELZEL, *Dir. nat.*, cit., p. 347, si vuole in tal modo prevenire la commistione teocratica di Vangelo e diritto secolare.

tutte le possibili ipotesi sul senso etico del diritto (72). Proprio questa concezione serve a correggere la frettolosa impressione che queste diverse possibilità si annullino a vicenda lasciando dietro di sé un vuoto nella giustificazione metapositiva del diritto; essa vale però anche a mostrare chiaramente la inammissibilità di un Giusnaturalismo assolutizzante e indottrinato delle « conclusioni » autoritarie (73).

3. Accanto alla dottrina cattolica del diritto naturale e alla discussione protestante sulla giustizia si fa strada, anche se con una minore influenza pubblica, il movimento di rifondazione del Giusnaturalismo sull'eredità umanistico-giusrazionalista. Ad esse vanno annoverati il cauto retrocedere a tentoni, così toccante dal punto di vista personale, del tardo Radbruch dal relativismo dei valori neokantiano alla giustizia materiale (74), il « tentativo di ricostituzione del Giusnaturalismo » di Coing (75), la disputa di Leo Strauss con lo Storicismo (76) e forse — anche se muovendo da altre esperienze interiori — il « Giusnaturalismo e dignità umana » di Ernst Bloch.

IV. 1. Come conseguenza dell'attività dei giuristi tedeschi — pratici e teorici — di entrambe le confessioni, la convinzione della vincolatività di principi giuridici metapositivi ha potuto riprendere, dopo la fine del regime nazionalsocialista, fermamente piede nella vita pubblica tedesca. Un esempio è costituito dalla esplicita professione (77) dal primo presidente del *Bundesgerichts-*

(72) Così giustamente WEISCHEDEL, *Recht und Ethik* 2, Karlsruhe 1959, pp. 25 s.; cfr. anche WELZEL, *Dir. nat.*, cit., p. 378; WIEACKER, JZ, XVI (1961), p. 33; Id., JZ, XIX (1964), p. 639; Id., *Naturrechtsdiskussion*, cit. (nt. 53), pp. 16 e 25.

(73) WIEACKER, *Naturrechtsdiskussion*, cit. pp. 17 ss.

(74) Cfr. *supra*, nt. 9.

(75) *Supra*, nt. 28.

(76) Cfr. *supra*, p. 325 nt. 33. Le stesse concezioni si trovano alla base dei contributi di O. VEIT, *Die geistesgesch. Situation d. Naturrechts*, Merkur, I (1947), pp. 390 ss. e Ordo, VII (1955), pp. 267 ss., e di SPRANGER, *Die Frage der Erneuerung des Naturrechts*, in: Universitas, III (1948), pp. 405 ss.

(77) Moralmente suggestiva ma anche inquietante nella sua sicurezza: WEINKAUFF, NJW, XIII (1960), p. 1689 (« Frammenti di una grande professione di fede »: quella del *Bundesgerichtshof* nel diritto naturale).

hof, Hermann Weinkauff, per un Giusnaturalismo cristiano di stampo neotomistico ⁽⁷⁸⁾, che ha trovato anche la sua manifestazione pratica nella giurisprudenza della Corte, soprattutto in materia penale ⁽⁷⁹⁾. Prima pertanto di passare alle questioni ancora aperte del rapporto tra diritto positivo e giustizia, è opportuno dare uno sguardo agli influssi esercitati dai movimenti di rinnovamento etico-giuridico fin qui esaminati sulla legislazione e sull'ordinamento giuridico dell'odierna Germania occidentale. I nuovi sforzi verso una giustizia materiale si rispecchiano già nel-

⁽⁷⁸⁾ H. WEINKAUFF, *Der Naturrechtsgedanke in d. Rechtsprechung des BGH*, NJW, XIII (1960), pp. 1689-1696; cfr. anche Id., *Das Naturrecht in evangelischer Sicht*, in: *Zeitwende*, XXIII (1951/52), pp. 95 ss., e, programmatico, Id., *Richtertum u. Rechtsfindung*, in: *Berliner Kundgebung des Dtsch. Juristentages*, Tübingen 1952, pp. 13-34 (anche come fascicolo separato). Critico WEISCHEDEL, *Recht und Ethik. Zur Anwendung ethischer Prinzipien in d. Rspr. d. BGH*², Karlsruhe 1959; P. SCHNEIDER, ARSP, XLII (1956), pp. 98 ss.; WELZEL, *Dir. nat.*, cit., pp. 343 ss.; EVERS, *Der Richter u. d. ungerechte Gesetz*, JZ, XVI (1961), pp. 241 ss.; WIEACKER, JZ cit., pp. 337 ss.; cfr. anche ESSER, *Studium generale*, XII (1959), pp. 99 ss.; Eb. SCHMIDT, *Die Sache d. Justiz*, 1961, pp. 42 ss.; HENKEL, *RPhil.*, pp. 148 ss., 243 e nt. 3, 406 ss.; WERNER, *Recht u. Toleranz*, in: *Verh. d. 44. Dtsch. Juristentages*, Hannover 1962, II B, pp. 1 ss.

⁽⁷⁹⁾ In questo senso sono particolarmente istruttive (accanto alle opinioni già registrate di WEINKAUFF, NJW, XIII [1960], pp. 1690 ss. e LANGNER, *Der Gedanke d. Naturr. seit Weimar und in d. Rspr. der Bundesrepublik*, Bonn 1959) le controversie nella giurisprudenza delle corti supreme sulla questione se il giudice debba realizzare, interpretando la legge, determinati rigorosi dettami di un'etica superiore oppure se sia invece vincolato ai criteri morali generali osservati da tutti o dalla grande maggioranza di coloro che pensano in termini giuridici: esempi nel secondo senso BVerwGer, 10, 164 (167) e BGHStr (Corte di Berlino) 4, 24 (32). JZ, VIII (1953), p. 244 (su cui Eb. SCHMIDT, JZ ult. cit., p. 369); contrari BGHStr (sez. unite) 6, 47 (53: lenocinio = JZ, IX [1954], p. 508; su cui SAX, p. 474) e BGHStr 13, 16 = JZ, XIV (1959), p. 447; cfr. anche BGH in NJW, XVII (1964), p. 29. Critico nei confronti di queste tendenze ESSER, *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil*, 1965, specie pp. 16 ss.; ESSER-STEIN, *Werte u. Wertewandel in d. Gesetzauswertung*, Frankfurt 1966. Sulla questione dell'etica superiore di determinati gruppi religiosi o ideologici oppure della moralità comune v. anche BAUER, JZ, XX (1965), pp. 41 ss.; EVERS, JZ, XX (1965), pp. 551 s.; HENKEL, *Einf. in d. RPhil.*, cit., pp. 132 ss. e spec. 143 ss.; sulla discussione sui « buoni costumi » del § 226a StGB (a proposito della sterilizzazione ad opera del medico) v. particolarmente ROXIN, JuS, IV (1964), pp. 383 ss.; più in generale v. anche le opinioni critiche nominate alla nt. 78; cfr. anche *supra*, pp. 267 s. nt. 70.

l'applicazione pratica del diritto, pur con quelle semplificazioni che sempre costituiscono il prezzo dell'attuazione di un certo ideale e con quelle interruzioni ed intorbidamenti cui anche uno Stato di diritto a seguito delle sue strutture esterne di potere non riesce a sottrarsi.

I principali impulsi di questo ritorno a principi giuridici meta-legislativi di valore immediato sono rappresentati dalla reazione al Positivismo antiggiuridico della forza e dello scopo sviluppatosi nel periodo precedente, così come dall'espressione del bisogno di un fondamento più resistente per le strutture costituzionali dello Stato di diritto di quanto non fosse stato in grado di fornire il Relativismo della Repubblica di Weimar, e non da ultimo dalla crescente autonomia dell'applicazione giudiziale del diritto nello Stato sociale moderno caratterizzato dai suoi sempre maggiori interventi di strutturazione della società per il tramite di una legislazione di principio basata su clausole generali molto elastiche e concetti giuridici indeterminati. In questa situazione si è fatta oggi dominante la concezione pubblica che, nonostante tutti gli inevitabili compromessi politici, soppressioni e incoerenze, l'opera statale di produzione ed applicazione del diritto sia legata a principi superiori di giustizia materiale e che l'applicazione del diritto da parte del giudice non serva soltanto ad attuare singoli intenti legislativi bensì anche valori giuridici assoluti. Con ciò appare anche chiaramente che la reazione etica contro il Positivismo del potere e contro il Naturalismo si è per lo più limitata fino ad oggi a riprendere i criteri normativi della tradizione giusnaturalista cristiana o dell'Etica materiale dei valori, lasciando intatti i problemi della determinazione di questi valori. Essi riguardano da una parte le fondamenta della validità del diritto metapositivo (preesistente sistema di valori o morale sociale di gruppo empiricamente stabilita?) e dall'altra la scala e il livello di queste esigenze etico-giuridiche (valori estremi di un'etica superiore o misura media della « morale corrente »?). Sotto questa constatazione, in vista dei compiti morali pratici dell'attività giurisprudenziale, non si nasconde nessun rifiuto ma soltanto un avvertimento a fronte di una concezione del diritto che, in presenza di una coscienza dei valori del tutto satura e tralasciando

lo sforzo costante dell'autocritica, potrebbe non riconoscere come tali i problemi insoluti.

2. Nella legislazione questi principi hanno preso corpo soprattutto nella Costituzione tedesca del 1949 — mentre un'attiva opera di legislazione spicciola, soprattutto nel campo del diritto tributario, della disciplina penalistica della circolazione stradale, di quella delle abitazioni e in ampi settori del diritto sociale è rimasta ancora vincolata a particolari prospettive finalistiche pubbliche ⁽⁸⁰⁾. La professione di fede della Costituzione nello Stato di diritto comprende il ritorno non soltanto alla rigorosa legalità dell'amministrazione e della giurisprudenza ma anche ai principi materiali dello Stato di diritto europeo ⁽⁸¹⁾. Anche il vincolo del potere esecutivo e della giurisprudenza alla « legge e (al) diritto » (art. 20 III) viene prevalentemente e giustamente inteso come vincolo a principi giuridici metapositivi ⁽⁸²⁾; del pari esso funge da presupposto nell'accettazione che la Costituzione fa delle regole generali del diritto internazionale (anche quello non positivo: art. 25) e dello Stato di diritto materiale (art. 20 II, 103 s.). Soprattutto la formulazione nella carta costituzionale dei classici diritti inviolabili può essere compresa appieno solo muo-

⁽⁸⁰⁾ Cfr. *supra*, pp. 307, 345. Questa constatazione giustifica uno sguardo al lavoro spicciolo della legislazione odierna — anche ed a maggior ragione laddove riesce a mantenersi libera dall'infusso dei gruppi d'interesse o da considerazioni tattiche non obiettive. Questo vale particolarmente anche per molti inasprimenti del diritto penale del periodo nazionalsocialista che, non apertamente compromessi dal punto di vista ideologico-politico, sono rimasti tuttora in vigore (cfr. *supra*, p. 270 nt. 73); è questo il caso ad es. della fattispecie ampliata di malversazione del § 266 StGB (emend.), o del « doppio binario » del sistema delle pene, o di alcune parti della disciplina penalistica della circolazione stradale.

⁽⁸¹⁾ Sul punto ESSER, *Grundsatz u. Norm*, cit., *passim* (indice analitico sotto 'standards'); WIEACKER, *Gesetz u. Richterkunst*, cit., pp. 12 s.; cfr. anche ID., *Naturrechtsdiskussion*, p. 13.

⁽⁸²⁾ Cfr. WIEACKER, *Gesetz u. Richterkunst*, cit., p. 7 e *passim*. Sulle controverse circa la portata del vincolo alla « legge e (al) diritto » informano ampiamente i commentari alla Costituzione (art. 20 III) che in gran parte hanno abbandonato l'interpretazione di « diritto » nel senso del diritto non scritto della teoria positivista delle fonti giuridiche (art. 2 EGBGB; soprattutto diritto consuetudinario; « legge e diritto » come endiadi per « ordinamento giuridico positivo »;

vendo dal principio del riconoscimento di una giustizia meta-positiva: così è per la tutela della dignità umana (art. 1 I), per il diritto alla vita e all'integrità fisica (art. 2 II) ⁽⁸³⁾, per il diritto alla libera esplicazione della personalità con il limite del diritto del terzo, dell'ordine costituzionale e della legge sul buon costume (art. 2 I). L'uguaglianza di fronte al diritto (art. 3 I) ⁽⁸⁴⁾, insieme ai divieti specifici di discriminazione dell'art. 3 III, include il rispetto da parte di legislazione e giurisprudenza della fede e delle convinzioni religiose e politiche; questo si riferisce coerentemente oltre che alla libertà della fede anche a quella di coscienza, di professione religiosa ed ideologica, di esercizio indisturbato del culto (art. 4 I, II). Che questi diritti fondamentali, in qualità appunto di diritto metapositivo e prestatale, debbano essere sottratti alla disponibilità del legislatore, addirittura dello stesso costituente, si manifesta soprattutto nella limitazione della possibilità di restrizione legislativa dei diritti inviolabili, anche da parte di leggi di modifica della Costituzione, tramite l'obbligo di rispetto del loro « contenuto essenziale » (art. 19 II) ⁽⁸⁵⁾.

Il riconoscimento di questi principi pone legislatore, uffici e tribunali, compresi gli organi della giustizia amministrativa, di fronte al difficile compito di individuare e portare ad aperta formulazione il sottofondo di etica giuridica materiale, conciliandolo con la auspica-

⁽⁸³⁾ Cfr. *supra*, p. 263 nt. 61.

⁽⁸⁴⁾ Il generale principio di uguaglianza dell'art. 3 I sarebbe in realtà conciliabile anche con una idea del diritto esclusivamente formale la massima di una legge dovrebbe infatti — come già dai tempi di Aristotele e attraverso l'interpretazione tradizionale dell'imperativo categorico kantiano fino all'art. 1 II ZGB; cfr. *supra*, p. 214 s. nt. 18 — poter essere sempre anche norma generale; in questo senso ad es. l'art. 19 I della Costituzione ammette la restrizione di uno dei diritti fondamentali soltanto a mezzo di una « legge generale non concepita per il caso singolo »; cfr. Konrad HUBER, *Maßnahmegesetze u. Rechtsgesetz*, Freiburg 1963. Ma con il divieto di intolleranti discriminazioni per ragioni di razza, di fede, di convinzioni politiche o religiose (art. 3 III Cost.), come pure con il riconoscimento dei diritti (individuali) inviolabili o delle regole generali del diritto internazionale (art. 25) la Costituzione ha già effettuato la sua scelta nel senso di principi giuridici materiali metapositivi: né il legislatore né il giudice è libero di determinare a che cosa intenda riservare come « uguale » lo stesso trattamento.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. *supra*, pp. 311 s. e nt. 8.

bile determinatezza dell'opera di legislazione positiva e di applicazione del diritto. Un bilancio provvisorio giustifica il giudizio che i tribunali, nei limiti del possibile in un mondo di conflitti d'interesse e di potere, si sono per lo più mostrati all'altezza del compito.

3. Anche al di fuori dell'applicazione dei principi costituzionali, la giurisprudenza delle corti federali superiori e dei tribunali amministrativi si è costantemente e consapevolmente impegnata per l'attuazione di idee di valore metalegislative. Coerentemente con gli scopi di questo libro ci limiteremo qui di seguito a prendere in esame la giurisprudenza delle corti ordinarie, in particolare di quelle civili.

Il *Bundesgerichtshof* si è in linea di principio ripetutamente ed espressamente dichiarato per un Giusnaturalismo di tradizione cristiana ⁽⁸⁶⁾. Anche se questa professione di fede in un ordine dei valori preesistente ed immutabile, addirittura in un ordine già dato dell'Essere, ha trovato più sovente espressione nelle pronunce delle corti penali ⁽⁸⁷⁾, tuttavia anche la giurisprudenza civile ha fatto espressamente ricorso di quando in quando ad una simile metafisica giuridica idealistica ⁽⁸⁸⁾. Con maggiore effi-

⁽⁸⁶⁾ *Supra*, ntt. 78, 79.

⁽⁸⁷⁾ *Supra*, nt. 79; inoltre WEINKAUFF, NJW, XIII (1960), pp. 1690 ss.; v., ad integrazione, WEISCHEDEL, *Recht u. Ethik* ², cit., pp. 3 ss., 19 e *passim*. La critica di WEISCHEDEL, EVERS e WIEACKER (nt. 78) è diretta qui soprattutto contro la penalizzazione di comportamenti non sanzionati legislativamente previa esatta formulazione di una fattispecie giuridica astratta, contro il giudizio di condanna morale di atti che non vengano ritenuti riprovevoli da tutte o almeno dalla maggior parte delle persone in grado di pensare in termini giuridici (ad es. il suicidio), e infine contro la preferenza accordata alle tendenze autoritarie e moralizzanti del Giusnaturalismo più antico rispetto a quelle umanitario-liberali del più recente Giusnaturalismo laico. Da considerare con attenzione anche Eb. SCHMIDT, DtschRiZt, 1963, pp. 376 ss.

⁽⁸⁸⁾ Così ad es. BGH 8, 243 accorda il risarcimento ad un bambino danneggiato ancora in germe a seguito di infezione luetica della madre, contratta (presumibilmente) con una trasfusione di sangue, in considerazione del fatto che i beni vitali nominati nel § 823 I sono « espressione dell'Uomo come persona, come parte della natura, come parte del creato » e che l'Uomo nell'« ordine della natura e della creazione (è) sano » (cfr. sulla specifica questione tecnica già *supra*, p. 263 nt. 61; là anche ulteriori indicazioni su letteratura e giurisprudenza). Personalmente ritengo la sentenza esatta ma la motivazione (a parte la questione se si sia trattato veramente di una lesione in germe, su cui R. SCHMIDT, JZ, VIII

cacia pratica che in queste formule generali, chiaramente pronunciate ad ammaestramento od incitamento delle istanze inferiori, l'influsso dell'Etica materiale dei valori si rivela nel frattempo nel passaggio dai criteri neutrali ed empirici, adottati dalla vecchia giurisprudenza nell'applicazione di clausole generali etico-giuridiche (quali il «senso di convenienza di tutti coloro che pensino equamente e giustamente», o il «livello morale medio»), ad altri invece assoluti e rigoristici⁽⁸⁸⁾; come pure nella creazione di un diritto generale della personalità *contra legem*⁽⁸⁹⁾, nella penalizzazione anche del settore dei delitti civili⁽⁹¹⁾ e più in generale in una maggiore consapevolezza della propria missione nel porre ed attuare esigenze etico-giuridiche nei confronti dei membri della comunità giuridica. Sempre in relazione con questa fiduciosa coscienza dei valori si lascia ricondurre anche la maggiore propensione della giurisprudenza per considerazioni d'equità molto ampie e riguardanti i principi anziché per il paziente esaurimento delle possibilità di costruzione legislativa e dogmatica; al posto di un cauto e progressivo lavoro di casistica su un terreno consolidato passo per passo si preferisce proclamare nuovi principi, prevenire con un dinamismo etico le previsioni del legislatore e fornire punti di appoggio evidenti alle istanze medie e inferiori tramite la formulazione di direttive generali con valore normativo⁽⁹²⁾.

4. Non poteva essere a meno che questa etica dei valori materiali, per la quale il BGH si distingue, a tratti notevolmente,

[1953], p. 307) superflua. Poiché infatti l'obbligo al risarcimento a seguito di lesioni a persone esige l'esistenza di una persona viva (di un «altro») soltanto nell'istante del verificarsi del danno e non del compimento dell'azione lesiva (chi dubita che il costruttore edile in colpa risponda anche nei confronti di fanciulli non ancora nati o concepiti all'atto della costruzione dell'edificio?), i problemi risiedono esclusivamente nella imputazione dell'azione lesiva (secondo criteri di valutazione di colpevolezza, di causalità e di scopi della norma violata) e nel concetto di danno della teoria della «differenza» (sul punto *supra*, p. 263 nt. 61).

⁽⁸⁸⁾ Cfr. *supra*, ntt. 79 e 87.

⁽⁸⁹⁾ *Supra*, pp. 259 s.

⁽⁹¹⁾ *Supra*, p. 264.

⁽⁹²⁾ Cfr. *supra*, pp. 266 s.

dalla riservatezza del *Bundesverfassungsgericht* (Corte costituzionale federale), del *Bundesverwaltungsgericht* (Corte amministrativa federale) e della stessa propria sezione penale berlinese, raccogliesse accanto ai consensi anche critiche ⁽⁹³⁾. A ben vedere queste critiche si limitano a tre punti fondamentali:

a) Gli sforzi per l'attuazione di valori assoluti entrano necessariamente in un rapporto di tensione con il sistema dello Stato di diritto ancorato nella costituzione tedesca, per il quale il diritto oggettivo rappresenta ancor oggi il limite (moralmente fondato) alla libertà dei diritti soggettivi privati e non il mezzo per la realizzazione della morale assoluta. Questa tensione determina praticamente al tempo stesso quella perdita di certezza formale, cioè di prevedibilità e calcolabilità della decisione del giudice che ogni ricorso a valori morali metagiuridici non ancorati nella legge appunto comporta.

b) Una giurisprudenza che voglia porre nuovi criteri morali di orientamento dovrà dare la preferenza, nel dubbio, a quelle soluzioni che si raccomandino chiaramente come momenti di progresso morale ⁽⁹⁴⁾: così ad es., nel diritto penale, alla punizione di un comportamento sentito come immorale («meritevole di pena») anziché alla rinuncia alla sanzione; nel diritto civile, all'alleviamento della posizione sociale del debitore a svantaggio del creditore ⁽⁹⁵⁾, o al riconoscimento, piuttosto che alla negazione, dell'obbligo di risarcimento del danno ⁽⁹⁶⁾. Diversamente infatti dal caso dell'autolimitazione del giudice che si senta vincolato alla legge dello Stato, una coscienza etica pionieristica tenderà inconsapevolmente a vedere segni di affermazione dei valori da essa proclamati nell'estendersi dei limiti della colpa, dello spettro degli obblighi contrattuali o del riconoscimento di accordi sul

⁽⁹³⁾ *Supra*, ntt. 78 e 79 i.f.

⁽⁹⁴⁾ Sul punto da ultimo WIEACKER, *Zum heut. Stand d. Naturrechtsdiskussion*, cit. (nt. 53), con accenni al pericolo dello scavalcamento del principio della divisione dei poteri tipico dello Stato di diritto da parte della dinamica latente insita in un pensiero giusnaturalista di carattere moraleggiante.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. *supra*, p. 261.

⁽⁹⁶⁾ Su questa tendenza della disciplina più recente dei delitti civili cfr. *supra*, pp. 262 s.

danno. Non si deve tuttavia dimenticare che anche la decisione che rinunci alla pena oppure non amplii gli obblighi contrattuali può essere non meno giusta di quella contraria: tra le virtù del giudice giusto vanno infatti annoverate, oltre alla pretesa di moralità avanzata nei confronti dei soggetti al diritto, anche la moderazione nel rigore e l'equa consapevolezza dei limiti della coercibilità giuridica del moralmente desiderabile.

c) La giurisprudenza più recente — sempre con sensibile distacco dal *Bundesverfassungsgericht* e dal *Bundesverwaltungsgericht* — si è allontanata in piena coscienza dalla neutralità osservata sul piano dei valori dal giudice positivista. Essa vede nel diritto (in un senso certo del tutto diverso dal pensiero finalista naturalistico) un mezzo per il raggiungimento di scopi posti fuori dal diritto, cioè uno strumento per la realizzazione nella vita associata di valori morali postulati sul piano religioso o ideologico. Essa può richiamarsi in questo, soprattutto per il diritto penale, al fatto che le norme penali più importanti servono in effetti all'attuazione nella convivenza umana di una morale esteriore più di quanto non facciano le proposizioni giuridiche permissive del diritto privato. Soltanto che questa morale non è quella rigorosa, tesa fino al massimo del pretendibile, di una qualche « etica superiore », bensì la « morale comune » quale è stata al centro dei costumi d'ogni epoca, dai tempi del Decalogo fino al nostro presente ⁽⁹⁷⁾. Vien fatto di chiedersi se a base di questa ferma fiducia non si trovi un'idea troppo semplicistica delle possibilità di realizzare la moralità umana con gli strumenti del diritto e della sua applicazione, cioè con l'ordinamento coattivo statale esterno ⁽⁹⁸⁾. E ancor più: questa concezione vede nel diritto un mezzo per l'attuazione di valori morali da essa stessa posti e proclamati come ontologicamente preesistenti alla scelta morale umana. Contro una tale pretesa si leva però di nuovo il dubbio

⁽⁹⁷⁾ Cfr. *supra*, nt. 79.

⁽⁹⁸⁾ Una critica teoretica di questo paradosso in WELZEL, *Dir. nat.* cit., p. 34 (Platone), pp. 247 ss. (sull'« obbligo coatto » di Thomasius) e *passim*; obiezioni di carattere pratico in WEISCHEDEL, *Recht u. Ethik* ², cit., pp. 4 s. e *passim*; WIEACKER, *JZ*, XVI (1961), p. 342; ID., *Naturrechtsdiskussion*, cit., p. 20; da ultimo ROXIN, *JuS*, IV (1964), pp. 383 ss.

cui né Giusnaturalismo né Etica materiale dei valori erano riusciti a dare una risposta conclusiva: quello cioè della possibilità di una formulazione generale, *normativa*, di precetti giuridici metalegislativi assoluti, immutabili e indisponibili.

V. È necessario ora accertarsi di quali delle definizioni meta-storiche e vincolanti della giustizia nei numerosi sistemi giusnaturalistici ed etico-giuridici d'ogni tempo si dimostrino come conquiste durature nel confronto con un'analisi critica e storica ⁽⁹⁹⁾. Non rientra tuttavia nel piano delle considerazioni conclusive del nostro lavoro fornire un contributo originale su un problema inesauribile come questo; si tratta piuttosto di tratteggiare soltanto le soluzioni che oggi si possono intravedere. A questo scopo è necessario tener fermi i seguenti presupposti:

I. a) Se si vuole trovare una risposta al problema del fondamento trascendente in grado di fornire al diritto una forza metapositiva ed assolutamente vincolante per tutti gli uomini, non si dovrà cercare un tale fondamento, il quale ha da valere per un ordinamento giuridico pubblico che vincoli uomini delle più impensate convinzioni, in verità eterne o nella imperscrutabile volontà del Creatore manifestantesi in una rivelazione ultraterrena (per quanto tutto ciò possa effettivamente determinare l'agire giuridico dei credenti), oppure nelle verità logiche generali di un atto di conoscenza intellettuale o in un'autorità politica o in una tradizione storica o culturale, bensì solamente nella voce della coscienza individuale capace (potenzialmente) di raggiungere ognuno e vincolante per tutti ⁽¹⁰⁰⁾. Dopo il venir meno delle antiche

⁽⁹⁹⁾ Su quanto segue v. particolarmente: WELZEL, *Dir. nat.*, cit., pp. 359 ss. (« Che resta? ») e ID., *An d. Grenzen d. Rechts*, Köln/Opladen 1965, dove ancor più precisamente ci si pone la questione, anziché del diritto naturale, delle condizioni metapositive del riconoscimento del diritto positivo; FECHNER, *Rphil.*² cit., pp. 155 ss.; HENKEL, *Einf. in d. Rphil.*, cit., pp. 455 ss. (limiti di validità del diritto ingiusto).

⁽¹⁰⁰⁾ WELZEL, *Dir. nat.*, cit., p. 362: « Il grido della coscienza è l'interiorizzarsi della trascendenza nell'immanenza »; in senso analogo la edizione precedente del presente volume, p. 355: « La coscienza giuridica è ... completamente comprensibile solo come manifestazione nella persona di un valore metapersonale ». Cfr.

comuni tradizioni, autorità e convinzioni di fede, la giustizia può ormai manifestarsi come verità immanente soltanto nella coscienza giuridica personale.

È vero cioè che anche questo richiamo della coscienza potrebbe essere ulteriormente chiarito dal punto di vista psicologico come caratteristica biologica essenziale della specie umana, paragonabile agli istinti animali oppure spiegabile su basi di determinazione fisiologica ⁽¹⁰¹⁾. E certo la coscienza giuridica (come « sensibilità » o « senso » giuridico) è anche un reperto psicologico empirico ⁽¹⁰²⁾. Ma una tale spiegazione radicale è contraddetta dalla constatazione che l'Uomo evidentemente può « essere ragionevolmente inteso soltanto come essere orientato verso la trascendenza » ⁽¹⁰³⁾ — o più cautamente: che comunque soltanto sotto questo presupposto può parlarsi di diritto e di agire giuridicamente orientato tra uomini ⁽¹⁰⁴⁾. E poiché la questione della giustizia come problema di morale pratica si riferisce ad un comportamento umano pratico, anche sul fondamento di queste regole di comportamento si dovrà decidere non in base a prove assiomatiche, bensì secondo ragionevoli probabilità ⁽¹⁰⁵⁾. Ma una tale ragionevole probabilità è riconosciuta dalla morale pratica anche alla spiegazione trascendente della voce della coscienza ⁽¹⁰⁶⁾. Essa costituisce al tempo stesso l'unico spunto euristico indispensabile per la ipotesi di una vincolatività metapositiva del diritto.

anche WELZEL, *Gesetz u. Gewissen*, in: *Hundert Jahre Dtsch. RLeben*, I, Frankfurt 1960, pp. 383 ss.; HENKEL, *Einf.*, cit., pp. 130, 239 s., 437 s.

⁽¹⁰¹⁾ Come il Naturalismo giuridico veramente ha fatto: cfr. *supra*, p. 318 (su Jhering), pp. 316, 345 nt. 69 (su Nietzsche).

⁽¹⁰²⁾ Cfr. sulla sensibilità giuridica *supra*, p. 337 nt. 55.

⁽¹⁰³⁾ Così WELZEL, *Div. nat.*, cit., p. 362; cfr. anche FECHNER, *Rphil.*, cit., pp. 17 s., 160 s., 165 ss.; HENKEL, *Einf.*, cit., pp. 140, 193 e *passim*.

⁽¹⁰⁴⁾ Così WIEACKER, *JZ*, XIX (1964), p. 638, rispetto alla formula un po' più ampia di Welzel che l'Uomo possa soltanto così essere inteso ragionevolmente.

⁽¹⁰⁵⁾ Sul punto ora ENGISCH, *Wahrheit u. Richtigkeit im jur. Denken*, 1963. Sulla concezione della giurisprudenza topica che la decisione giuridica rappresenti la soluzione di un problema contrassegnata da una ragionevole probabilità morale, vedi *supra*, pp. 350 s.

⁽¹⁰⁶⁾ Il continuo rotare del pensiero europeo più antico attorno al problema della possibilità di un « dovere » eternamente operante nel diritto (« diritto naturale ») sicuramente non offre la certezza, ma appunto una ragionevole probabilità morale dell'esistenza di una coscienza giuridica precostituita, analogamente a quanto fa, rispetto all'esistenza di Dio, il suo concetto umano nell'argomento ontologico anselmiano.

b) Ma allora la giustizia è concepibile solamente come percezione di un dover essere sovraperonale da parte della persona nella cui esperienza individuale essa si manifesta come riconoscimento della validità del diritto. Non si tratta cioè di un dover essere generale da tener separato dalla persona soggetto di una tale esperienza, bensì di un imperativo unico e spontaneo ad un determinato individuo per una sola decisione. La fonte di questo imperativo è inattuabile al giudizio metodologico. La fede vede nella coscienza la voce di un essere superiore; il pensiero scientifico deve accontentarsi più modestamente della ragionevole probabilità della sua esistenza ⁽¹⁰⁷⁾.

c) Coscienza come riconoscimento di obblighi esteriori interpersonali di comportamento è coscienza giuridica; e la coscienza giuridica viene percepita come categorialmente autonoma rispetto ad altri atti della sfera morale. Questa autonomia dell'esperienza del fenomeno giuridico è il fondamento dell'autonomia della giustizia: se ci si pone la questione del dover essere giuridico come tale, bisogna constatare che non esiste né un valore superiore in cui la giustizia alla fine possa dissolversi (del tipo della « norma culturale », dell'« utile pubblico » o della *caritas*) né una classifica d'importanza di tali valori. La giuridicità, il pensare in termini giuridici deve accettare il fatto che la giustizia non è in grado di dare realizzazione immediata ad altri beni assoluti (quali la devozione religiosa, la *fruitio Dei*, la misericordia, la verità, la bellezza o il concreto bene pubblico) e deve prendere atto che la costruzione di una gerarchia o addirittura la dimostrazione dell'origine unitaria di questi beni ol-

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. HENKEL, *Einf.*, cit., p. 240. Nei confronti di EVERS, JZ, XX (1965), p. 351, sarebbe da sottolineare che l'autocoscienza trascendente dell'Uomo e l'imperativo assoluto di rispettare la personalità umana non presuppongono necessariamente un « essere superiore (cioè il Dio creatore) che imponga all'Uomo » di sviluppare questa sua autodestinazione dandole un senso, uno scopo e un valore (giustamente HENKEL, *Einf.*, cit., p. 240). Questo autonomo ridimensionamento non contiene quindi una premessa « extrascientifica »; l'esperienza fatta a livello di senso dei valori è possibile e « interpretabile per motivi di conoscenza » (HENKEL, *Einf.*, cit., p. 110).

trepassa le possibilità della nostra conoscenza ⁽¹⁰⁸⁾. La coscienza giuridica è — nel linguaggio della tradizione teologica — la manifestazione diretta non del *summum bonum*, bensì di un bene trascendente. Soltanto nei limiti di questo autoridimensionamento il quesito dell'essenza immediata della giustizia può trovare una risposta.

d) L'imperativo della coscienza giuridica è trascendente e perciò incondizionato ⁽¹⁰⁹⁾. Questa assolutezza comprende anche la dipendenza di concrete situazioni, cioè il necessario legame del precetto giuridico con la storicità della nostra esistenza e con una certa persona in una determinata posizione. Così come per l'imperativo etico, anche nel caso della coscienza giuridica si tratta di un comando a decidere impartito ad una particolare persona in una particolare situazione ⁽¹¹⁰⁾. È questo il motivo per cui l'aspirazione del Giusnaturalismo precritico più antico ad un codice di norme d'immutabile validità ⁽¹¹¹⁾ non aveva potuto essere soddisfatta ed aveva minacciato d'irrigidirsi in vuota in-

⁽¹⁰⁸⁾ La determinazione di una « precedenza nei valori » (nt. 30), per una concezione che attribuisca già in anticipo autonomia al valore diritto non appartiene più al novero delle condizioni per il riconoscimento di un dover essere giuridico vincolante. Se Max Scheler ad es. pone la giustizia dietro ai « valori » della *caritas* e dell'amor di Dio ma prima di quelli estetici ed intellettuali, questo corrisponde certo ad un'esperienza personale che apparirà plausibile alla maggior parte di noi ma tuttavia non può essere dedotto a rigor di logica.

⁽¹⁰⁹⁾ Così intesa, è esatta la formula di Stammler dell'« autonomia » del diritto (metapositivo): *supra*, p. 351.

⁽¹¹⁰⁾ Sulla storicità ed il collegamento alla situazione concreta di ogni scelta morale e giuridica cfr. WELZEL, *Dir. nat.*, cit., pp. 367 ss.; Arth. KAUFMANN, *Naturrecht u. Geschichtlichkeit*, 1957; da ultimo Id., *Analogie u. Natur der Sache*, 1965, pp. 13 e *passim*; cfr. anche WIEACKER, *Zur rechts-theoret. Praxisierung des § 242*, Tübingen 1956, pp. 12 ss.; Id., *Gesetz u. Richterkunst*, 1958, pp. 13 s.; Id., *Naturdiskussion*, cit., pp. 30 s. e *supra*, p. 325 nt. 33; inoltre soprattutto ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung d. Rechts in Recht u. Rechtswiss. u. Z.*, 1953; H. HENKEL, *Recht u. Individualität*, Berlin 1958; LARENZ, *Methodenlehre*, cit., pp. 210 ss. La stessa critica di Kant al Giusnaturalismo assoluto (e più tardi la critica al preteso formalismo etico kantiano [*supra*, pp. 135 s.]) si fonda su questa struttura dei precetti dell'etica e del diritto.

⁽¹¹¹⁾ Altrettanto vale per i « doveri medi » (μετὰ μέτρα) della Stoa (cfr. WELZEL, *Dir. nat.*, cit., pp. 47 s.) e per le « conclusioni » della tarda Scolastica ad es. in Francesco Suarez (WELZEL, *Dir. nat.*, cit., p. 145; cfr. *supra*, I, p. 434 e nt. 16)

dottrinazione ⁽¹¹²⁾. L'irreprensibile « giusto » del vecchio testamento può pure vivere in poligamia e il giusto faraone in matrimonio incestuoso, l'antica India può pure apprezzare o addirittura esigere il sacrificio volontario ⁽¹¹³⁾ delle vedove sul rogo: nessuno viola in tal modo il diritto naturale. E la civiltà della tecnica dei nostri giorni, estremamente differenziata, offre probabilmente tolleranze ancora maggiori tra le possibili decisioni giuste in una determinata situazione.

Un esempio con cui normalmente si illustra la « giustizia della positività »: che sulle strade tedesche si debba circolare a destra e su quelle inglesi a sinistra non è certo disposto nella sfera trascendente originaria della coscienza giuridica; però, dal momento che esiste il problema del traffico (pericoloso), che si debba obbedire all'uno o all'altro regolamento è una modesta esigenza settoriale del principio di giustizia stesso: in questo caso del *neminem laedere*.

Questo legame del dover essere giuridico alla situazione concreta non dà tuttavia ragione né al Positivismo del potere né al Naturalismo. Proprio perché il concreto precetto di giustizia è incondizionato, i contenuti giuridici non possono apparire nelle diverse realtà storiche come norme immutabili, ma debbono bensì orientarsi sempre di nuovo alle condizioni reali del presente ⁽¹¹⁴⁾. Così come i principi matematici appaiono sempre nella realtà come simboli o rappresentazioni geometriche o formule numeriche. E

⁽¹¹²⁾ Sul punto da ultimo WIEACKER, *Naturrechtsdiskussion*, cit., pp. 16-20.

⁽¹¹³⁾ Volontario nel senso che lo stesso comportamento, ove fosse ottenuto coattivamente con la forza o con la pressione di un'autorità extrapersonale (il che probabilmente costituiva la triste realtà di quell'uso), renderebbe la persona empirica e morale della vittima, secondo la intramontabile formula di Kant (*infra*, nt. 120), mezzo per scopi altrui e quindi in ogni caso ingiusto (cfr. WIEACKER, *Naturrechtsdiskussion*, cit., p. 33).

⁽¹¹⁴⁾ In questo senso anche SCHELER, *Formalismus in der Ethik*, cit., pp. 306 ss., e Nicolai HARTMANN, *Ethik*, cit., pp. 158 s., con lo sguardo rivolto, in prospettive storiche diverse, al mondo dei valori hanno fatto valere non una relatività dei valori stessi, bensì della coscienza soggettiva di essi. All'obiezione di WELZEL, *Dir. nat.*, cit., p. 335 nt. 7, che in tal modo la storia stessa (nel senso pregnante dell'Etica dei valori) verrebbe « svalutata », si potrebbe opporre l'osservazione di Leo STRAUSS (*supra*, p. 325 nt. 33) che l'esperienza personale dei valori è sempre sottratta alla storia: storiche sono ogni volta soltanto le situazioni di fatto cui i giudizi di valore si riferiscono.

tuttavia lo splendore di colori dei diritti storici finirebbe di esistere senza la luce della giustizia che si rifrange in diverse guise dalle varie realtà.

Questa particolarità di un dover essere incondizionatamente vincolante esige un continuo orientamento preliminare secondo le circostanze concrete e individuali determinanti di volta in volta il contenuto del diritto giusto. La impossibilità di fissare questi contenuti in proposizioni di diritto naturale generalmente valide non contraddice alla determinabilità metodologica di ciò che la logica delle circostanze in un determinato momento pretende da una volontà giuridica incondizionata. Questa concretizzazione del contenuto giuridico di una norma positiva generale ⁽¹¹⁵⁾ costituisce pertanto l'atto decisivo nel procedimento di applicazione giusta della legge. Una tale opera di attualizzazione può svolgersi al riparo dall'arbitrio di una scriteriata « etica delle situazioni spicciole » grazie al presupposto-pretesa generalmente valido della « ordinatezza » dell'agire sociale ⁽¹¹⁶⁾. Per una più precisa determinazione del contenuto giuridico attuale di un dover essere incondizionato ci si può servire della « natura del fatto » o delle « strutture logico-materiali » ⁽¹¹⁷⁾, fondate in generale sul principio di contraddizione e su aspetti dell'Essere elementari nell'esistenza umana: la personalità, la dipendenza dagli altri uomini e la differenziazione sessuale ⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. *supra*, nt. 110 (ENGISCH, H. HENKEL, LARENZ).

⁽¹¹⁶⁾ WELZEL, *Dir. nat.*, cit., p. 365: la « concordanza » di tutti gli schemi di ordinamento etico-sociale, che già di per sé esclude un'etica assoluta della situazione concreta.

⁽¹¹⁷⁾ Sul punto già esaurientemente *supra*, p. 118 nt. 37 e p. 358 ntt. 42-43. Dopo la rinuncia del Giusnaturalismo precritico ad espliciti codici di norme, questi elementi di fatto sono rimasti il vero oggetto di una dottrina della giustizia materiale; sono essi inoltre a costituire ed al tempo stesso a delimitare il campo dell'opera regolativa del legislatore e la materia della Dogmatica giuridica. Non senza ragione dunque Radbruch (secondo le informazioni di Erik WOLF, nella introduzione alla 4ª ed. di RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 1950, p. 70 nt. 2) ha loro riconosciuto nei suoi ultimi anni crescente importanza per il superamento del relativismo dei valori (cfr. *supra*, nt. 9).

⁽¹¹⁸⁾ WELZEL, *Dir. nat.*, cit., pp. 367 s.; sugli stessi problemi FECHNER, *Rphil.*, pp. 130 ss., e H. HENKEL, *Einf.*, cit., pp. 166 ss. e *passim*.

2. a) Dal riconoscimento di un dover essere giuridico meta-positivo ed incondizionato nel senso descritto derivano immediatamente conseguenze necessarie che valgono a salvare il punto di vista qui esposto dall'accusa di formalismo. Con esso è già dato il presupposto di una responsabilità morale della persona, nel senso che l'agire e il pensare giuridicamente come tali possono essere ragionevolmente concepiti solo se si considera l'Uomo come capace in linea di principio di decidere per la giustizia — indipendentemente dalla prova, che non è necessario portare. della non determinatezza dell'azione umana ⁽¹¹⁹⁾. Con la personalità si riconosce inoltre direttamente la dignità umana, che — nel senso di Kant — esclude che una persona venga adoperata come mezzo per scopi altrui ⁽¹²⁰⁾, e la corrispondenza del comportamento giuridico della persona con quello sancito nel diritto: così ad es. nel diritto privato specialmente lo stare alla parola data, cioè l'autovincolamento ad un programma contrattuale anche per il suo decorso futuro ⁽¹²¹⁾.

b) Là dove si parla di diritto, il comportamento umano è sempre un comportamento sociale, cioè riferito ad altri uomini ed alla comunità giuridica umana ⁽¹²²⁾. La coscienza giuridica orienta i suoi imperativi secondo relazioni interpersonali, in modo tale da rendere possibile un ordinamento sociale in cui può esistere una pluralità di persone autoresponsabili l'una accanto all'altra ⁽¹²³⁾. Questo presuppone la convinzione che ciascuno per

⁽¹¹⁹⁾ La conseguenza sul piano del diritto penale è il « principio della colpa » (su cui da ultimo approfonditamente BOCKELMANN, ZStrW, LXXVII [1965], pp. 253 ss.), sul piano del diritto civile il principio dell'autonomia negoziale auto-responsabile. In particolare il giudizio penalistico di colpa può essere salvato dal rimprovero di farisaismo soltanto se si è coscienti che la constatazione dell'autoresponsabilità umana non riposa su un assioma (impossibile da dimostrare in maniera rigorosa filosoficamente o scientificamente), bensì su un ragionevole giudizio di probabilità della Ragione morale pratica.

⁽¹²⁰⁾ Una precisazione della formula kantiana in WELZEL, *Dir. nat.*, cit., p. 259.

⁽¹²¹⁾ Sulla continua disputa storica attorno a questo postulato primario della dottrina del contratto cfr. *supra*, I, p. 448 e nt. 47 (Grotius) e p. 474 (Pufendorf).

⁽¹²²⁾ Sul diritto come « volere unificante » già Stammler (*supra*, p. 351).

⁽¹²³⁾ Questa proposizione è stata formulata da Kant, nel senso della sua etica dell'autonomia morale, come limite posto alle sfere di libertà. Sotto il suo influsso si trova ancora l'art. 2 I Cost.: « a meno che non leda diritti altrui ».

il solo fatto di essere il nostro prossimo debba interessarci, che la sua persona e la nostra siano collegate in un superiore comune rapporto di responsabilità ⁽¹²⁴⁾.

Varianti storiche di questa concezione sono la cittadinanza universale della Stoa, la comune filiazione divina dei Cristiani e infine la fraternità della Grande Rivoluzione e del primo Socialismo; fuori dal mondo occidentale, la identità sovraperonale di tutti i viventi nel pensiero indiano (si sottrae tuttavia alla nostra conoscenza se questa identità faccia sentire i suoi effetti anche sul comportamento giuridico oppure soltanto su quello etico-religioso). Al contrario l'atteggiamento di esclusività degli ordinamenti giuridici storici contro non cittadini, nemici di popolo o di classe, gente d'altra fede e individui non liberi indica al tempo stesso il grado di suscettibilità di queste culture giuridiche nei confronti dell'ingiustizia. Ne sono esempi storici da una parte il fallimento dell'espandersi delle culture giuridiche elleniche antiche al di là della cerchia politica e personale della polis (di cui è chiaro indice l'insuccesso di Aristotele relativamente al problema degli schiavi e dei barbari ⁽¹²⁵⁾), e dall'altra l'avvicinamento del diritto romano ad un ordinamento giuridico universale a seguito dell'assorbimento dei contenuti sovranazionali del *jus gentium* e infine dell'integrazione dell'intera popolazione dell'impero (ma soltanto dei liberi!) nel diritto di cittadinanza; inoltre la ricostituzione di una comunità giuridica europea sulla base del Giusrazionalismo e del diritto intercomunitario sovranazionale e sovraconfessionale degli inizi dell'Età moderna ⁽¹²⁶⁾. Per questo motivo i progressi della tolleranza e della emancipazione sono per lo più anche segni di vittoria della coscienza giuridica (sempre che essi non abbiano portato a loro volta alla rinnovata oppressione dei gruppi prima odiosamente privilegiati).

Con la concezione di una coscienza giuridica incondizionatamente vincolante sarebbe anche inconciliabile la limitazione — oggi respinta dalle teologie di entrambe le confessioni — della sua forza obbligatoria ai membri della comunità cristiana ⁽¹²⁷⁾. Nemmeno una specifica fon-

⁽¹²⁴⁾ Sul « diritto del prossimo », anche se in un più specifico senso teologico, v. il lavoro con lo stesso titolo di Erik WOLF (1958), cfr. *supra*, nt. 68.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. WELZEL, *Dir. nat.*, cit., p. 96.

⁽¹²⁶⁾ *Supra*, I, pp. 414 s.

⁽¹²⁷⁾ WELZEL, *Dir. nat.*, cit., p. 354; per la dottrina giuridica protestante v. ad es. Ernst WOLF, *Rechtfertigung u. Recht*, cit. (nt. 64), p. 13 e nt. 2; Karl BARTH, *Kirchl. Dogmatik*, II.2, 1946, p. 632; Convegno di Treysa 1950 su « *Ge-rechtigkeit in bibl. Sicht* » (Giustizia dal punto di vista della Bibbia), p. 49 (cfr. però THIELICKE, *Ethik*, I, 1951, pp. 691 s.; su cui WELZEL, *Dir. nat.*, cit.,

dazione teocentrica o cristologica del diritto può essere compito di una dottrina del diritto generalmente vincolante ⁽¹²⁸⁾; questa dovrebbe poter escludere tutti quei fondamenti del diritto che a loro volta escludano ad es. i non cristiani come aventi parte di un dover essere giuridico incondizionato.

c) Trascendenza della coscienza giuridica, personalità e caratteristiche elementari dell'essere nell'Uomo, infine la considerazione delle generali strutture materiali, costituiscono già un nucleo centrale di principi giuridici incondizionati, che cioè deluderà le aspettative ingenuie di un'ideologia giusnaturalista acritica dirette alla compilazione di codici del diritto naturale ma rappresenterà un solido baluardo contro Positivismo legislativo, Naturalismo e Formalismo. Già da queste constatazioni si lascia trarre un numero non indifferente di conseguenze pratiche, per lo più oggi spesso trascurate, rispetto alla legislazione e all'applicazione del diritto.

3. Se ci vogliamo di nuovo a considerare gli sforzi della politica del diritto e della giurisprudenza odierne per un rinnovamento del Giusnaturalismo o per la costituzione di un'Etica materiale dei valori ⁽¹²⁹⁾ ci accorgiamo che la fede qui emergente nella

pp. 353 s. e ntt. 85-87; sulla concezione protestante delle istituzioni, *eod.*, nt. 96). Per la Chiesa cattolica questo presupposto è fondato già in partenza sulla tradizione consolidata della *lex naturalis*. In generale anche RYFFEL, *Das Problem d. Naturrechts heute*, ZBernJurV, XCII (1956), pp. 161 ss. (anche in MAIHOFER, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, 1962, pp. 494 ss., con riferimento a J. L. KUNZ, *Pluralismus d. Naturrechte und Völkerrecht*, ÖstZöffR, VI [1954], pp. 185 ss. e F. S. S. NORTHROP, *The Meeting of East and West. An Inquiry concerning World Understanding*, New York 1946; tr. ted. München 1951). L'imperativo della coscienza giuridica non è la stessa cosa che il comandamento cristiano d'amore verso il padre celeste e verso il prossimo, almeno nel presupposto che anche il prossimo è figlio di Dio, nel senso dell'ammonizione « Se tu non ami il prossimo tuo, che puoi vedere, come vuoi amare il nostro padre nei cieli, che invece non puoi vedere? » L'assoluta realizzazione di questo comandamento d'amore tramuterebbe piuttosto subito la comunità giuridica terrena nella Gerusalemme celeste facendo così cadere in un colpo solo il problema del diritto e della giustizia umana.

⁽¹²⁸⁾ Da prendere in seria considerazione RADBRUCH, *Rphil.*⁴, 1950, pp. 195 s.: « La ... filosofia del diritto (occupa) una posizione terrena, (dà) giudizi terreni e si (sa) chiusa nei condizionamenti terreni ». Cfr. FECHNER, *Rphil.*, cit., pp. 81 ss.

⁽¹²⁹⁾ *Supra*, p. 370 e nt. 79.

possibilità di un diritto metapositivo incondizionatamente vincolante trova una conferma nel panorama da noi fin qui tratteggiato. Quel che non si lascia invece giustificare alla luce della situazione odierna della discussione filosofico-morale è la fiducia di poter fissare dati valori assoluti dell'ordine morale in norme generali, per poi attuarli tramite semplice sussunzione del caso particolare ⁽¹³⁰⁾.

Questo viene in evidenza anche in alcuni, molto discussi, problemi attuali di politica del diritto e di giurisprudenza quali, l'indicazione etica nei casi di interruzione della gravidanza e di sterilizzazione volontaria per motivi sociali ⁽¹³¹⁾, la punibilità dell'azione di terzi in caso di suicidio ⁽¹³²⁾, il divorzio, i rapporti fra genitori e figli o l'esercizio della patria potestà da parte dell'uomo e della donna. Certamente non si vuole con ciò negare agli imperativi fatti derivare per la soluzione di tali questioni dall'uno o l'altro sistema di diritto naturale o dall'Etica materiale dei valori, serietà e importanza per la morale pratica della legislazione e della giurisprudenza: possono esistere motivi morali e giuridici molto ragionevoli per la limitazione del divorzio, l'accentuazione del diritto dei genitori all'educazione dei figli nei confronti delle strutture educative pubbliche, l'interpretazione restrittiva della equiparazione dei sessi con riguardo alla tutela della famiglia (art. 6 I Cost.); ci possono essere perfino motivi per disapprovare da un punto di vista etico-sociale la considerazione della indicazione sociale o addirittura il suicidio (a patto che questo non avvenga per un farisaismo impietoso). Ma tutto ciò non può essere dedotto da un ordine dei valori irrefutabile e vincolante per tutti gli uomini a livello di coscienza ⁽¹³³⁾. La discussione politico-giuridica non

⁽¹³⁰⁾ WEISCHEDEL, *Recht u. Ethik* ², 1959, pp. 30 ss.; WIEACKER, JZ, XVI (1961), pp. 337 ss.; ID., *Zum heut. Stand d. Naturrechtsdiskussion*, cit., pp. 14-24; cfr. anche pp. 31 ss. e 40 ss. (interventi nella discussione); ESSER, *Wertung, Konstruktion u. Argument im Zivilurteil*, 1965; ESSER-STEIN (nt. 79).

⁽¹³¹⁾ Per i problemi generali accennati nel testo, significativo ROXIN, JuS, IV (1964), pp. 383 ss.

⁽¹³²⁾ Cfr. *supra*, nt. 87. Poiché le norme del diritto penale (a parte la tutela dei beni giuridici, che costituisce il loro compito centrale) secondo le teorie penalistiche metafisiche servono, più che non le norme del diritto privato, anche ad assicurare la morale nella convivenza umana, le tentazioni di fornire un fondamento metapositivo agli imperativi etico-giuridici si fanno sentire qui significativamente più spesso che nel diritto civile (cfr. nt. 88).

⁽¹³³⁾ Allorché gli antichi Maestri del Giusnaturalismo si accorsero con stupore che, muovendo dalle proprie premesse, ad es. la monogamia o gli impedimenti di parentela della morale matrimoniale cristiana o del diritto matrimoniale della

perde serietà morale se ammette apertamente che non esiste una verità giuridica assoluta valida per tutti gli uomini e prende a richiamarsi invece alla propria scelta di fede, agli argomenti di morale pratica e di politica del diritto e non da ultimo alle tante norme positive in cui si sono versate le opzioni morali discutibili e ragionevoli della nostra comunità giuridica storica.

Soltanto in questa autolimitazione gli sforzi del passato e del presente per l'affermazione di un diritto naturale o di un'etica materiale dei valori riacquistano un senso utile. Essi rappresentano tutti quanti il documento di una tensione verso la giustizia in cui l'azione empirico-etica cerca di intendere sé stessa e di darsi un fondamento ⁽¹³⁴⁾. Nel senso di un pensiero giuridico « topico » ⁽¹³⁵⁾, i « progetti di significato » ⁽¹³⁶⁾ del Giusnaturalismo costituiscono proposte per una discussione critica sulle giuste soluzioni nel cui svolgimento dialogato le esigenze della giustizia si fanno progressivamente strada. Così considerati, la maggior parte dei presunti contenuti giuridici assoluti delle dottrine giusnaturaliste si rivelano un arsenale di esperienze giuridiche storiche che va ad aggiungersi al *thesaurus* di regole, principi dottrinali, concetti e massime conservato ed accresciuto (sufficientemente spesso, anche tradito) dai giuristi in una tradizione millenaria ⁽¹³⁷⁾.

4. Non abbiamo potuto prescindere da queste considerazioni generali, visto che il chiarimento della possibilità di contenuti giuridici incondizionati è decisivo anche per il futuro del diritto privato: più precisamente, per la questione di come siano ancora possibili contenuti giuridici incondizionati in una società in perenne mutamento, tenendo conto del fatto che essi, in quanto

Chiesa non si lasciavano dimostrare come elementi di diritto naturale (cfr. *supra*, I, pp. 452 s.), non hanno cercato di manipolare quelle premesse fintantoché non saltasse fuori il risultato sperato. Piuttosto essi hanno accettato le conclusioni che ne derivavano, ammettendo che la monogamia è soltanto nella fede *ius divinum* (e quindi anche *ius positivum* storico dei popoli cristiani).

⁽¹³⁴⁾ WELZEL, *Dir. nat.*, cit., p. 367; ID., *An d. Grenzen d. Rechts.*, cit. (nt. 99), pp. 30 ss. Cfr. ID., JZ, XIX (1964), p. 639.

⁽¹³⁵⁾ *Supra*, pp. 359 s.

⁽¹³⁶⁾ Fondamentale WELZEL, *Dir. nat.*, cit., p. 367.

⁽¹³⁷⁾ ESSER, *Grundsatz u. Norm* (cfr. WIEACKER, JZ, XII (1957), spec. p. 705, e ID., *Richterkunst*, cit., pp. 12 ss.).

contenuti, sono sempre riferiti a situazioni storiche concrete. Le questioni fondamentali del diritto privato odierno, cioè le condizioni dell'autonomia privata, la giustizia contrattuale materiale, la limitazione giuridico-sociale dei diritti e delle situazioni giuridiche private, e soprattutto la libertà e i limiti dell'opera di sviluppo del diritto da parte del giudice, si ricollegano tutte in ultima analisi al problema centrale del rapporto tra giustizia e realtà.

Nella situazione odierna risalta in primo piano il rapido mutamento della realtà sociale e, sulla sua scia, della coscienza giuridica generale. La crisi della giustizia nella nostra epoca non è stata causata soltanto dagli insufficienti sforzi della coscienza giuridica bensì ancor più dal cambiamento tempestoso delle condizioni sociali, economiche e tecniche della convivenza umana la cui stabilità, secondo le esperienze storiche fatte, favorisce invece così tanto una cultura giuridica durevole. Poiché la natura umana non è mutata in maniera incisiva, lo stato attuale va interpretato come una crisi dei rapporti interpersonali e dei gruppi sociali. Ciò che è cambiato così rapidamente non è la coscienza individuale, che secondo le nostre convinzioni al più tardi dall'epoca della comparsa nelle prime civiltà superiori del tipo umano attualmente vivente è rimasta inalterata, bensì lo stato della società; la crisi potrà essere dunque superata soltanto con forme sociali più definite e durature.

C'è motivo di ritenere che la sua ragione ultima vada ricercata in un settore ancora non bene assimilato dell'apprendimento umano di fronte al problema della soluzione di nuovi compiti. Lo sviluppo delle nostre antiche concezioni giuridiche tradizionali non è evidentemente riuscito a tenere il passo con il padroneggiamento assoluto delle forze della natura reso possibile, a partire dall'inizio della Rivoluzione industriale, dalla tecnica e dalla pianificazione razionale della società e a cui si deve il cambiamento sempre più precipitoso dell'esistenza sociale. Ma la corretta evoluzione ed applicazione della tecnica (di per sé né buona né cattiva) pongono anche dei problemi morali: esse richiedono da parte dell'Uomo un accresciuto autocontrollo tramite il diritto e la morale. Ma le capacità morali umane non hanno potuto, per cause antropologiche, nemmeno lontanamente moltiplicarsi e raffinarsi

in misura analoga a quella delle sue possibilità di dominare la natura o di pianificare la società: e d'altra parte calcoli errati a livello morale, col crescere della disponibilità sulla realtà, diventano sempre più pericolosi. L'arte della convivenza umana presuppone un periodo di esperienza e un processo di adattamento più lunghi e più profondi che non l'applicazione delle leggi naturali. In termini più consueti per la coscienza attuale: il cammino dalla Fisica classica attraverso la Fisica nucleare fino alle armi atomiche è stato infinitamente più breve che non quello storico dal principio della sfida a quello della pace perpetua o dallo Stato nazionale a quello mondiale. Lo stesso va detto anche per le conquiste pacifiche della tecnica e delle riforme sociali al servizio dell'assistenza o del benessere. A questo si aggiunge che la vita associata esige l'apprendimento autonomo della lezione della morale e del diritto da parte di ogni singolo, mentre le leggi naturali una volta scoperte possono essere rapidamente imparate ed applicate.

Per questi motivi, oggi ci si trova di fronte ad un massimo relativo nel dominio delle forze della natura e nelle tecniche della società e ad un minimo, sempre relativo, di nuova morale rispecchiantesi nella moderna realtà sociale. L'Uomo dell'età della tecnica ha appena cominciato a scoprire, a prescindere da poche lodevoli eccezioni (quali l'assicurazione sociale, il diritto del lavoro, il controllo delle nascite, il sistema sanitario pubblico), i modelli adeguati di organizzazione morale e giuridica. È probabile che la crisi della giustizia si plachi soltanto con il diminuire dell'attuale dinamica tecnica e sociale, che incessantemente strappa le limitate capacità di progresso morale dell'Umanità; e non resta che augurarsi che catastrofi premature non costituiscano l'ultima parola su questa problematica.

Nel frattempo rimane affidato alla responsabilità umana il mettere in moto con le forze della propria coscienza autonoma una politica della morale, cioè l'attivare, anche se in ritardo, quelle tecniche morali che si rivelino adeguate ed all'altezza delle possibilità esteriori del progresso tecnico. Probabilmente ciò sarà possibile soltanto a condizione che l'opinione pubblica ed i governanti comincino a dare la precedenza alle esigenze empirico-morali rispetto a quelle tecnico-razionali, fino a che l'equilibrio tra tecnica e conoscenza morale sia ristabilito. Solo così verrebbero a

riformarsi quelle abitudini e convenzioni sociali durature a cui una cultura morale capace di resistere è inevitabilmente legata. In tal modo anche le forze indistruttibili della coscienza umana potrebbero avere una nuova e più effettiva chance di esprimersi in istituzioni giuridiche stabilizzate. Compito della scienza e della storia del diritto è tenere a disposizione per questo momento, come una sorta di riserva eccezionale, la loro scorta sterminata di soluzioni storiche di problemi, affinché le generazioni future non siano costrette ad apprendere tutto da zero. In questo senso, contrariamente alla prima impressione, c'è poco nel pensiero passato sul diritto e la giustizia, del quale in quest'opera abbiamo cercato di esporre in piccola parte la storia, da cui non possa impararsi qualcosa per la futura instaurazione della giustizia tra gli uomini. Come ogni scienza, anche la storia del diritto privato è lezione, nel significato antico delle professioni artigianali: informazione su quanto già in altri tempi scoperto, per risparmiare, a chi novizio desidera apprendere, errori evitabili e peregrinazioni inutili.

SGUARDO CONCLUSIVO

La crisi del pensiero giuridico verificatasi negli ultimi cento anni si manifesta, in maniera di gran lunga più vistosa che nel diritto privato, nel campo dei rapporti reciproci tra vari popoli come pure tra Stato o gruppi sociali e singoli individui, quindi nel diritto internazionale, nel diritto costituzionale, nel diritto amministrativo, nel diritto penale e nel diritto sociale. Potrebbe dunque sembrare che tra la storia del diritto privato e le generali tendenze di minaccia o di rinnovamento del pensiero giuridico cui abbiamo dedicato le ultime parti di questo libro esista soltanto un nesso molto lontano. In realtà però è sempre apparso con evidenza quanto gli alti e bassi della scienza del diritto privato siano stati condizionati dalle diverse concezioni generali del diritto caratteristiche delle varie epoche considerate, cosicché è lecito affermare che senza riuscire a fornire un nuovo fondamento alla fede nel diritto il futuro della scienza privatistica europea non potrà essere assicurato. Il problema dei presupposti di una tale revisione costituisce pertanto la questione preliminare più urgente per l'avvenire del diritto privato.

Il secondo problema è se la scienza del diritto privato sia capace di ritornare ad una percezione esauriente e corretta della realtà sociale che le consenta di riprendere la sua opera metodica di sistemazione creatrice. Le grandi epoche della storia del diritto privato sono state sempre periodi in cui la concezione del diritto dei giurisperiti si è trovata, consapevolmente o inconsapevolmente, in sintonia con il quadro della società contemporanea. È questo ad es. il caso dei Glossatori e dei Commentatori non meno che del Giusnaturalismo e, anche se con qualche limitazione, della Pandettistica del XIX secolo. Lo stesso può affermarsi delle codificazioni degli ultimi due secoli: l'*Allgemeine Landrecht* prussiano era infatti, nello spirito e nella forma, l'espressione ultima

della società particolaristica medioevale allo stesso modo che il *Code civil* lo era della nazione ugualitaria e il BGB tedesco o lo ZGB svizzero delle strutture sociali tardo-borghesi mitteleuropee. Questa sintonia è andata attualmente perduta. Il modello di società che costituiva il substrato del BGB è oggi superato — e non soltanto in Germania — mentre il diritto privato ha cominciato ormai da tempo ad essere inondato e modificato da neoformazioni aventi le loro radici nel diritto pubblico e nel diritto sociale. Una prognosi del divenire della società futura, tedesca ed europea, espressa in sistemi e concetti giuridici scientificamente adeguati, oggi, con ogni probabilità, non è ancora possibile; ep-pure rimane questo il secondo compito impellente della scienza privatistica.

L'ultima costruzione globale in sé coerente del diritto privato ci è stata offerta dalla Pandettistica e rappresenta il prodotto di quell'ordine borghese che, a partire dal XVIII secolo, aveva cominciato a stabilirsi socialmente ed economicamente dapprima in Inghilterra poi in Francia e infine, dal primo terzo del XIX secolo, anche sul suolo tedesco. E proprio in Germania, dove non si era riusciti — e gli effetti dovevano rivelarsi persistenti — a trovare l'aggancio a forme politiche democratiche, farà irruzione al loro posto, nel nuovo quadro generale dell'organizzazione giuridica, la concezione morale metafisica della filosofia idealista. L'etica dell'autonomia, che il rinnovamento della scienza giuridica intorno al 1800 aveva preso a prestito da Kant, concepiva il diritto privato come un sistema di sfere di libertà della persona umana moralmente autonoma. Su di essa riposavano l'uguale e piena capacità giuridica di tutti i cittadini, il libero uso del diritto di proprietà, la libertà contrattuale, la libertà di associazione (almeno fintantoché anche nell'Europa occidentale e centrale lo Stato costituzionale, di concerto con gli imprenditori, ha potuto negare alle classi proletarie la libertà di organizzazione sindacale). Ad essa corrispondevano pure le figure portanti del sistema privatistico classico: il diritto soggettivo come forza del volere, il negozio giuridico come manifestazione della volontà delle parti, il contratto come rapporto rigorosamente intersoggettivo tra parti autonome, la proprietà (e i diritti reali limitati) come signoria esclusiva teoricamente totale ed assoluta la cui

funzione sociale non si manifesta direttamente nel concetto stesso, le persone giuridiche come soggetti di diritto sul modello delle persone fisiche.

Col progredire della Rivoluzione industriale, che in tutti gli Stati industrialmente sviluppati, senza riguardo al tipo ed alla misura dei rivolgimenti sociali, ha portato a cittadinanza di pieno diritto il Quarto Stato sostituendo ad una società imprenditoriale di possidenti borghesi una società (più o meno aperta) delle funzioni, il *pathos* politico e l'*ethos* economico dell'organizzazione sociale vecchio-borghese sono andati attenuandosi. E comunque sono diventati insufficienti come legittimazione dell'ordinamento giuridico privato di fronte alla coscienza pubblica generale. In tutti gli Stati di questo tipo legislazione, amministrazione, giurisprudenza e opinione pubblica hanno preso piuttosto ad essere dominate dal *pathos* e dall'*ethos* dello Stato sociale; e questa nuova tendenza si è ancor più accentuata (contro ogni aspettativa) a seguito del crescere delle speranze di felicità individuale dei singoli con l'evolversi dello Stato assistenziale in direzione di una società del benessere. In tal modo la rigorosa separazione, caratteristica dello Stato costituzionale del XIX secolo, tra potere pubblico da un lato e comunità sociale dei soggetti giuridici ed economici dall'altro si è andata progressivamente livellando e tra gli individui e lo Stato hanno preso ad inserirsi quei gruppi di pressione legittimi ed illegittimi che avrebbero dovuto poi diventare la vera sede e l'origine del diritto sociale. L'elemento di *pathos* della società odierna, messo in luce ad ogni passo dall'analisi dettagliata delle tendenze dominanti della legislazione e della giurisprudenza (*supra*, pp. 278 ss.), è quello della solidarietà: cioè della responsabilità, non solo del potere pubblico ma anche della società e di ciascuno dei suoi membri per l'esistenza sociale (a poco a poco anche per il benessere) di ogni altro membro della comunità.

Al tempo stesso, almeno nelle nazioni occidentali, ci si è decisi per la conservazione di quello Stato di diritto che i movimenti liberali borghesi del XIX secolo prima o dopo erano riusciti a conquistare; si è preferito, cioè, non sacrificare illimitatamente la sfera giuridica autonoma del cittadino alla sua responsabilità per esigenze sociali collettive quali la produzione o il benessere

comune. Questa scelta si esprime inequivocabilmente soprattutto nel riconoscimento di diritti fondamentali dell'individuo, nella tutela delle libertà personali di fronte ai poteri pubblici, in misura più limitata anche nel vincolo del legislatore al volere della maggioranza dei votanti e in quello dell'amministrazione e della giurisprudenza alle leggi venute in essere in armonia con il dettato costituzionale. E proprio da questa scelta nasce quella tensione costante tra due modelli valutativi manifestantesi dal punto di vista costituzionale nel rapporto — non senza motivo oggetto di instancabile discussione — tra Stato di diritto e Stato sociale.

Per lo sviluppo del diritto privato è stato determinante che l'elemento della solidarietà caratteristico dello Stato sociale non si sia contentato di far sentire i suoi effetti in tema di limitazione dei diritti soggettivi ad opera del diritto pubblico, bensì abbia preso a permeare attraverso la giurisprudenza anche la concezione dei rapporti contrattuali intersoggettivi, dei diritti patrimoniali ed in particolare della proprietà nei suoi riflessi sugli altri individui (pp. 251, 255, 260 ss.). Anche l'economia sociale di mercato infatti — anzi proprio essa — concepisce il contratto, il regolamento dei danni e i limiti della proprietà non soltanto come assetti privati d'interessi bensì al tempo stesso come funzioni economiche generali; e la giurisprudenza civile le si affianca senza esitare in questa interpretazione. In tal modo si affaccia dunque per il sistema del diritto privato l'esigenza basilare di offrire una nuova giustificazione a figure centrali quali il diritto soggettivo, l'autonomia privata, il contratto, la proprietà, la libertà associativa. Lo Stato di diritto, pur nella sua moderna versione sociale, implica in ogni caso una scelta preliminare a favore di una concezione del diritto privato anche come sistema di sfere di libertà con il loro corredo di limiti. Un tale modo di vedere può rivelarsi ancora sufficiente ed essere quindi mantenuto immutato in tutte quelle circostanze nelle quali l'esercizio dei diritti di cui sopra non costituisca contemporaneamente una dimostrazione di potere sociale: così ad es. nel caso dei diritti della personalità, del diritto di famiglia personale e patrimoniale, della proprietà di beni d'uso e della costituzione di associazioni, dei quali nessuno investe in sede d'esercizio una qualche funzione sociale vitale. A ragione pertanto la giurisprudenza, a proposito

di tutela dei diritti della personalità prende in considerazione in linea di massima soltanto in secondo piano interessi di informazione) o anche di semplice intrattenimento) della società e, quando i diritti della personalità coinvolgono l'ambito matrimoniale e familiare (ad es.: patria potestà), non lascia spazio (in contrasto con legislazione e giurisprudenza « orientali ») per prospettive di utilità sociale *i m m e d i a t a*. Lo stesso dovrebbe valere, e vale per lo più, nel settore della libertà contrattuale ed associativa in cui si perseguono scopi « ideali », cioè non economici o sociali in senso globale bensì privati, culturali o ideologici.

In tutto il suo peso si pone invece il problema della collocazione nello Stato di diritto sociale di quelle antiche figure, presenti in tutti i diritti privati classici, alle quali si collega l'esercizio del potere economico o sociale. La Costituzione della Germania Occidentale contiene anche in questo ambito una inequivocabile garanzia della proprietà e dell'eredità, come pure — secondo l'interpretazione corretta e dominante degli artt. 2 e 10 — della libertà contrattuale; il che equivale ad accettarne, tenuto conto della relazione tradizionale esistente tra i vari diritti costituzionali fondamentali, anche la configurazione come sfere di libertà. Altrettanto indubitabile è però che l'ordinamento giuridico tedesco (ed il sistema dell'economia sociale di mercato, in contrapposizione a quello imprenditoriale liberale) attribuisce al contratto, ai diritti patrimoniali, alla proprietà del suolo, al capitale, ai mezzi di produzione ed alle strutture associative economiche anche una funzione sociale generale: tutti questi elementi vengono cioè concepiti come strumenti per un'equa distribuzione dei beni, per la formazione di patrimonio, per la garanzia dell'esistenza. In tal modo contenuti tipici dei diritti privati nascenti da contratti d'affari, di godimento, di lavoro e d'assicurazione, o dal cagionamento di danni e dalla corrispondente tutela assicurativa, o infine dalla proprietà, acquistano, in un'applicazione adeguata alle esigenze sociali, un valore completamente nuovo anche per ciò che concerne le relazioni tra le parti del contratto o nei confronti di chi si oppone alla pretesa. Essi continuano quindi ad essere espressione di autonomi ambiti di libertà (come dimostra soprattutto la loro configurazione quali diritti inalienabili individuali), ma questa libertà incontra il suo limite non solo

in quella corrispettiva di altri singoli ma anche nei riflessi della solidarietà sociale sui rapporti reciproci tra i soggetti di diritto. Abbiamo già tentato di tratteggiare (*supra*, pp. 274 ss.; 260 ss.) come nella legislazione di diritto privato e nella giurisprudenza civilistica degli ultimi decenni questi principi si siano andati ponendo sempre più in primo piano in questioni d'interpretazione dei rapporti contrattuali, di liquidazione del danno aquiliano, di proprietà fondiaria. Il rapporto obbligatorio è andato sensibilizzandosi per le esigenze della società, ha assimilato elementi di sicurezza sociale ed ha preso ad estendere i suoi effetti a tutti quei terzi che siano in qualche modo toccati dall'esecuzione del contratto. La disciplina del danno ha cominciato a prendere in considerazione problemi di sicurezza sociale e di esauriente soddisfacimento, addirittura a mettere in diretto contatto con il danneggiato l'assicuratore per la responsabilità civile (*supra*, p. 275). Nel campo del diritto immobiliare, soprattutto in tema di immissioni industriali, si è preso a decidere anche nelle controversie di diritto privato a seconda della funzione economica e sociale dei luoghi. Non diversamente si è operato riguardo all'esercizio ed alla limitazione dei diritti derivanti dall'appartenenza alle associazioni economiche e sociali del diritto privato. La elaborazione e strutturazione metodologica e sistematica di questa nuova scala di valori in un equilibrato contesto dogmatico rappresenta forse il compito preliminare più impellente della scienza privatistica del nostro tempo.

Un altro presupposto importante dello sviluppo delle grandi epoche del diritto privato è sempre stato la formazione di un metodo sicuro per la sistemazione dell'intero complesso dei problemi contemporanei. Un esempio duraturo ne offrono anche in questo caso la scienza dei Glossatori e dei Commentatori, la giurisprudenza umanistica e l'*Usus modernus*, il Giusnaturalismo e la Pandettistica. Un sintomo esteriore di tali periodi di fioritura metodologica è inoltre la produttività scientifica, che suole manifestarsi in queste circostanze nel susseguirsi rapido e senza sforzo di sistematiche, trattazioni generali e singole monografie e al cui elevato livello riescono ad avere piena parte anche ingegni di minore originalità. L'ultima splendida stagione di una simile pro-

duttività è stata in Germania la Pandettistica, da Savigny e Puchta giù giù attraverso Windscheid fino ad Andreas von Tuhr.

Al contrario oggi il metodo della scienza civilistica si trova in crisi; in una di quelle crisi fruttuose, vogliamo sperare, che sogliono precedere un rafforzamento su nuove basi. La controversia, caratteristica del XIX secolo, tra Formalismo e Naturalismo, tra Giurisprudenza dei concetti e prassi finalistica (Giurisprudenza degli interessi ed applicazione teleologica della legge) ha già trovato una certa composizione nel più recente indirizzo della « Giurisprudenza valutativa »; nella determinazione dei valori da questa operata acquista infatti un influsso decisivo anche il rapporto tra sfera di libertà e funzione sociale dei diritti privati. Molto più incerta rimane la questione dello sviluppo dell'apparato concettuale e del sistema del diritto privato, cioè più esattamente dell'apporto specifico di concetto e sistema come tali. Il campo è dominato dal persistente contrasto tra procedimenti induttivo-«topici» ed altri deduttivo-assiomatici (*supra*, pp. 360 s.nt. 48). Naturalmente tali contrasti si fanno sentire più chiaramente nella scienza che non nella prassi, che invece (in linea di massima a ragione) prende a prestito i propri argomenti ecletticamente da entrambi gli indirizzi. Anche qui si intravede una certa tendenza al compromesso da un lato nel riconoscimento di sistemi generalmente aperti, anziché assiomaticamente chiusi, e dall'altro nell'ammissione, anche da parte dei sostenitori di procedimenti giurisprudenziali induttivo-topici, della necessità di una « gerarchia delle prospettive di un problema » e della sua coordinazione con i principi dell'intero ordinamento giuridico (nt. 48 i.f.). Aperta rimane tuttavia la controversia circa la questione fondamentale se il compito precipuo della dogmatica civilistica debba consistere in una tecnica delle esatte soluzioni di problemi oppure nella costruzione di un edificio dottrinario, idealmente e logicamente contingente, di fluide correlazioni deduttive. Le funzioni pubbliche immediate della scienza del diritto inducono a risolvere l'alternativa piuttosto nel primo senso.

Del tutto allo stadio iniziale si trovano i tentativi di integrazione del vecchio sistema del diritto privato nel contesto generale dell'ordinamento giuridico odierno. Le punte più avanzate ed i problemi vitali minacciano di spostarsi sempre più nell'ambito

dell'ordinamento politico e del diritto amministrativo, economico e sociale; al che fa da corrispettivo un certo prosciugamento dei settori fondamentali più interni del diritto privato tradizionale. Questo pericolo potrà essere forse scongiurato se la scienza privatistica saprà volgersi soprattutto all'analisi ed all'elaborazione sistematica di quei problemi che si vanno oggi profilando ai margini come zone di confine tra strutturazione della società e tutela privata d'interessi — in quell'ambito appunto in cui si collocano anche, secondo quanto ora esposto, le questioni centrali per la sua esistenza.

Attualmente dunque il futuro della scienza del diritto privato è tutt'altro che certo. Ad essa resta ancora molto da fare per mantenere, in una società che si va trasformando, la sua antica posizione oppure per riconquistarla. Da quando allo smantellamento delle basi ideali del Formalismo giuridico ha fatto seguito il dissolversi del prestigio dei suoi sistemi e delle sue costruzioni, senza che si sia stati in grado di sostituire loro un nuovo piano generale, una nuova certezza metodologica, i progressi della dogmatica del diritto civile sono stati soltanto di rado negli ultimi decenni, sia per importanza interna che per influsso esterno, all'altezza ad es. della Pandettistica del secolo scorso. Ma ciò non costituisce soltanto un sintomo dell'infiacchimento morale e spirituale della cultura giuridica o del minore peso del diritto privato nello Stato sociale e amministrativo dei nostri giorni. Nella situazione di abbandono e di decadenza della teoria civilistica infatti si palesa anche l'affievolirsi di quelle che sono le tre condizioni fondamentali di un'efficiente scienza del diritto civile: una salda coscienza giuridica generale, una piena percezione e padronanza dell'intera realtà sociale ed una metodologia sicura in grado di tenere il passo con il pensiero del proprio tempo. La scienza del diritto privato potrà risollevarsi soltanto per opera di giudici e di giuristi che si rendano pienamente conto della necessità di tali presupposti e a cui i contemporanei non vogliono negare ascolto.

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 ² , Karlsruhe 1962 |
| DAHM, <i>DR</i> | G. DAHM, <i>Deutsches Recht. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts</i> ² , 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> ² , 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 ⁴ , 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.* 1
- 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 LEFEVRE, *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 1854-57² (rist. Roma 1972).
- Eb. SCHMIDT, *Einf.* Eberhard SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*², Göttingen 1965

- SCHÖNFELD W. SCHÖNFELD, *Grundlegung der Rechtswissenschaft*, Stuttgart 1951 = 2^a 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 Zulueta⁷Riccobono, 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*, Lahr 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 studj 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 Sozialphilophie
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
ÖstZöfR	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

ZföfRuVR	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. Mustafâ 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)
 Bynkershoek 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
 Dulceit 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)
 Géný 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)
 Hasenöhr, 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
 Höpfer 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
 Lindembrog 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
 Lorient 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)
 Pfantzmann 253
 Pico della Mirandola 121 (38)
 Pierre di Belleperche 83, III (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 III
 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
 Rüdél 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 ' (pseudo-
 nimo di S. Pufendorf) 467
 Shaftesbury 484, 14
 Shakespeare 214 (88)
 Richard **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., 147
 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
 Ugucione (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 123
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 Maximilianeus 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)
 Brandeburgo 293
 Brasile 202
 Brema 298
 Breslavia, Leggi territoriali di 149
 (31)
Breviarium Alaricianum 317
 v. anche: *Lex Romana Wisigotho-*
rum
 Bulgaria 216
 Bulgaro, commento a D. 50. 17, *de*
diversis regulis iuris antiqui 86
 Burgenland (Transleitania) 515

C

Cambiale, comune legislazione euro-
 pea 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 giu-
 diziarie 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 cano-*
num 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 *com-*
pilationes antiquae) 100
 . di Giovanni Teutonico (al *De-*
cretum 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 Uguccone
 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. I. 25. 15: 71 (46, 48)
D. I. 1. 6: 71 (49)
D. I. 3. 40: 79 (77)
D. I. 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 Schilde-
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
I. 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, Elettorato 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., (c. 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 Foundation* » (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 successionibus 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 SECONDO

	<i>pag.</i>
<i>Pagina introduttiva</i>	V
<i>Presentazione</i>	VII
<i>Prefazione alla seconda edizione tedesca</i>	XIX

PARTE QUINTA

SCUOLA STORICA DEL DIRITTO, PANDETTISTICA E POSITIVISMO D'IMPRONTA NAZIONALE

20. LE ORIGINI DELLA SCUOLA STORICA DEL DIRITTO	3
I. La fine del Giusnaturalismo di matrice illuminista	3
II. La scoperta della storicità	II
III. La Scuola storica del diritto tra Romanticismo e Classicismo .	18
IV. La concezione di una scienza filosofica del diritto positivo, il Formalismo e l'eredità giusrazionalista della Scuola storica . .	31
21. PRECURSORI E CAPI DELLA SCUOLA STORICA DEL DIRITTO	47
I. Romanisti: Hugo, Savigny e Puchta	47
II. Germanisti: Eichhorn, Jacob Grimm e Georg Beseler	83
III. Il rapporto tra le due correnti e la disputa nazionalista sul di- ritto romano	95
IV. Figure isolate ed avversari della scuola: hegeliani e pratici del diritto	97
22. LA SCOPERTA DELLA STORIA DEL DIRITTO	103
I. Storia del diritto romano e « Storia dei diritti antichi »	103
II. Storia del diritto tedesco e storia dei diritti germanici	111
III. Il posto della storia del diritto in seno alla scienza giuridica . .	113
23. LA PANDETTISTICA E IL POSITIVISMO GIURIDICO	123
I. Presupposti e caratteri del Positivismo giuridico	123
II. La funzione giuridico-politica del Positivismo scientifico . .	135
III. Il diffondersi della Pandettistica in Europa	140

	<i>pag.</i>
IV. I rappresentanti della Pandettistica	143
V. Gli oppositori	147
24. DAL POSITIVISMO SCIENTIFICO AL POSITIVISMO LEGISLATIVO . . .	163
I. Presupposti generali del movimento per la codificazione alla fine del XIX secolo	163
II. La legislazione tedesca, regionale e nazionale, nel diritto privato prima della fondazione del Reich	168
III. Le prime leggi sull'ordinamento giudiziario del Reich	171
25. IL BGB	177
I. L' <i>iter</i> esterno della redazione	177
II. La paternità del BGB	183
III. Caratteristiche e radici ideali	186
IV. Giudizio d'assieme e sfera d'influenza	192
<i>Excursus</i> : Sulla questione dell'« Allgemeiner Teil »	203
26. IL CODICE CIVILE SVIZZERO. LE DIVERSE RAMIFICAZIONI EUROPEE DEL DIRITTO NEL XX SECOLO	207
I. Il Codice civile svizzero	207
II. Il modello giuridico anglosassone e quello continentale	217
III. La famiglia degli ordinamenti giuridici romanzi (« francesi ») e quella dei mitteleuropei (« tedeschi »). Sopravvivenza del diritto romano	223
IV. Scandinavia ed Europa orientale	229
V. Sguardo al futuro degli ordinamenti giuridici nel mondo	234

PARTE SESTA

IL DIRITTO PRIVATO NELLA CRISI
DEL POSITIVISMO

27. LO SVILUPPO DEL DIRITTO CIVILE TEDESCO	243
I. La giurisprudenza civile delle corti superiori nel XX secolo	243
II. L'opera di aggiornamento del BGB	269
III. Tendenze generali di sviluppo	278
28. LA DISSOLUZIONE DELL'UNITÀ INTERNA DEL DIRITTO PRIVATO E IL DIRITTO SOCIALE	285
I. Vecchi limiti delle aspirazioni del diritto civile all'unità sistematica	285
II. La separazione del diritto sociale	287
III. Critica ideologica e metodologia del sistema classico del diritto privato	300

	<i>pag.</i>
29. LA DEGENERAZIONE DEL POSITIVISMO E DEL NATURALISMO GIURIDICO	307
I. Venir meno dei presupposti morali e giuridico-politici del Positivismo classico	307
II. Suo volgersi in Naturalismo	314
III. Meriti del Naturalismo per la scienza del diritto e la legislazione	322
IV. Parte avuta dal Naturalismo alla rovina dell'idea di diritto	339
30. ALLA RICERCA DELLA GIUSTIZIA	347
I. Il Formalismo neokantiano	347
II. Gli sforzi più recenti della filosofia del diritto in cerca della giustizia materiale	353
III. La rinascita del Giusnaturalismo	363
IV. Influssi sulla prassi giuridica attuale	369
V. I problemi aperti	378
SGUARDO CONCLUSIVO	393
ABBREVIAZIONI	401

INDICI

INDICE DELLE PERSONE	409
INDICE DELLE FONTI	421

€ 20,66

6057-11

