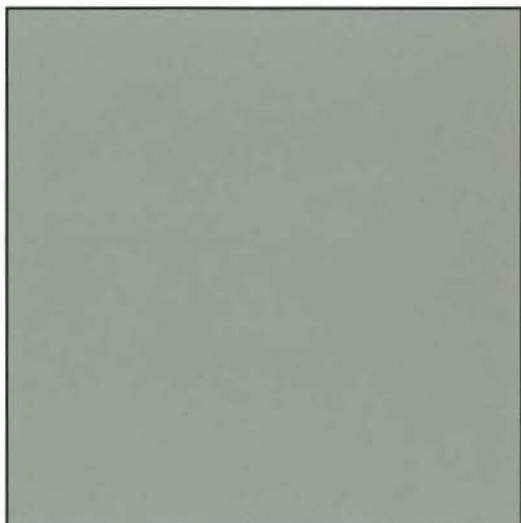


per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

17



PAOLO CAPPELLINI

**SYSTEMA
IURIS**

I

*GENESI DEL SISTEMA
E NASCITA DELLA «SCIENZA»
DELLE PANDETTE*

giuffrè editore milano

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTA DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA
promossa e diretta da PAOLO GROSSI

VOLUME DICIASSETTESIMO

PAOLO CAPPELLINI

SYSTEMA IURIS

I

*GENESI DEL SISTEMA E NASCITA
DELLA «SCIENZA» DELLE PANDETTE*



Milano - Giuffrè Editore

ISBN 88-14-00359-9

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

(1984) Tipografia MORI & C. S.p.A. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

Ai miei genitori, ai miei
fratelli e a I.A., P.W.L., B.C.G.

Systema est collectio enuntiationum apta ad docendum.

(G.W. LEIBNIZ, *Textes inédits*, 1677-1680).

Complexus Legum inter se et cum principiis suis connexarum systema Juris audit.

(J.A. ICKSTATT, *Meditationes praeliminares de studio juris ordine atque methodo scientifica instituendo*, 1731).

... methodo naturali et systematice ubique neglecta. Tandem vero ex schola PÜTTERIANA nostra aetate prodierunt, qui, profligata jurium mixtura, unumquodque separato systemate tradere conati sunt.

(E. HABERNIKKEL, *Institutiones Iuris Romani*, 1776).

'Systema' ha molti argomenti in suo favore, nel buon senso antico, laddove non si può far riferimento al sistematizzare; con Sistema si può pensare qualcosa.

(G.F. PUCHTA, *lettera a Savigny* del 13 marzo 1839).



PREFAZIONE

L'idea di questa ricerca è nata nel corso dell'impostazione di uno studio concernente quel terreno in larga misura inesplorato, che è costituito ancor oggi per lo storico del diritto dalla scienza giuridica italiana dell'Ottocento nel suo momento post-unitario, e particolarmente nella sua fase di 'rinnovamento', che si avvia agli inizi degli anni Ottanta e giunge bene addentro al primo Novecento.

Sono, significativamente, anni scanditi, si potrebbe dire, dalle date di celeberrime 'traduzioni': da quella delle Pandette dell'Arndts condotta a termine dal Serafini (1874) o del Sistema del Savigny ad opera di Vittorio Scialoja (1886); dalla traduzione del Commentario del Glück, iniziata sotto la direzione ancora di Filippo Serafini e di Pietro Cogliolo nel 1888 a quella delle Pandette del Windscheid annotate con così grande fortuna dal Fadda e dal Bensa (1902).

Sono anni in cui ci si pone la « questione del metodo », nei quali cioè in sostanza emerge l'esigenza di una « istanza sistematica » negli studi giuridici, nel tentativo di porre le fondamenta 'scientifiche' dell'elaborazione 'dogmatica' del diritto privato: se non tutto, molto ci parla ora della Germania.

Anche se non si tratta di semplificare la complessità di questo sviluppo unicamente sul filo del dilemma *esegesi* — o *empirismo francese* —, *sistema tedesco*, è chiaro che l'insorgere di un indirizzo destinato ad essere in larga misura vincente, come quello neopandettistico, fa divenire il 'sistema tedesco' problema, e problema centrale, data anche la decisiva influenza esercitata sulle impostazioni dell'intera giurisprudenza europea da un'esperienza, come quella tedesca, nella quale spesso i termini di scienza giuridica e scienza sistematica tendono a divenire senza residuo sinonimi.

Il nesso che lega l'attuale impegno di ricerca con quello di allora è quindi ben chiaro: si tratta di studiare le fonti tedesche, giacché esse ci appaiono ancor oggi citate da molti, ma troppo frammentariamente studiate e soprattutto sostanzialmente eluse nel loro estremamente vario e complesso messaggio storico; studiare queste fonti ormai autonomamente rispetto al problema della 'recezione' italiana, per raggiungere un parametro 'critico' idoneo — una volta storicizzato il 'sistema tedesco' fin dalla sua patria d'origine — ad un 'ritorno' agli iniziali interessi di studio.

In un terreno che si segnala per la scarsità di contributi e l'intrinseca difficoltà, abbiamo naturalmente contratto un rilevante debito di gratitudine per i consigli, le indicazioni, le precisazioni generosamente forniteci da molti studiosi italiani e tedeschi.

Fra questi ultimi, vogliamo particolarmente esprimere un sentimento di schietta riconoscenza ai professori Walter Wilhelm e Dieter Simon, in qualità di Direttori del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte di Frankfurt am Main per avermi offerto la possibilità di svolgervi gran parte delle mie ricerche nel corso degli ultimi anni.

Uno speciale ringraziamento, che non vuol essere comunque una chiamata di correo, dobbiamo poi ancora al Professor Walter Wilhelm per la sua paziente e preziosa opera di 'guida' scientifica.

Ugualmente importante è stato il contributo di altri studiosi che ci è grato qui ricordare: pensiamo ai professori Franz Wieacker dell'Università di Göttingen, Hans Thieme dell'Università di Freiburg im Breisgau, Sten Gagnér dell'Università di München, Helmut Coing, Gerhard Dilcher e Michael Stolleis dell'Università di Frankfurt am Main, Roman Schnur e Knut Wolfgang Nörr dell'Università di Tübingen, Klaus Luig dell'Università di Passau, Pio Caroni dell'Università di Berna.

Per gli stessi motivi un grazie sincero va inoltre ai dottori Heinz Mohnhaupt e Maximilian Herberger dello stesso Max-Planck-Institut di Francoforte, nonché a Joachim Rückert dell'Università di München.

Infine, una considerazione doverosa: nonostante gli ampi soggiorni francofortesi e le numerose visite in varie Biblioteche tedesche non sarebbe stato facile reperire il copioso materiale tardo-settecentesco e ottocentesco di cui ci siamo serviti. Preziosa e in-

sostituibile si è rivelata quindi la collaborazione di Frau Cornelia Cullman, addetta all'efficientissimo servizio di prestito inter-bibliotecario presso il Max-Planck-Institut, alla quale, in una con il personale della UniversitätsBibliothek e dello Juristische Seminar di Francoforte, desidero vivissimamente manifestare la mia gratitudine.

Un sentito grazie va inoltre alla Direzione di alcune biblioteche universitarie della Repubblica Democratica Tedesca, in particolare a quelle di Leipzig e di Halle, nonché della Staatsbibliothek di Berlino per avermi consentito, usufruendo del servizio di prestito internazionale, di consultare opere altrimenti introvabili nella Germania Federale.

Da ultimo, ma non per ultimo, vogliamo ricordare che più di un semplice ringraziamento dobbiamo al Professor Paolo GROSSI, senza il cui apporto e incoraggiamento non ci sarebbe stato possibile condurre a termine questa fatica.

PAOLO CAPPELLINI



INTRODUZIONE

1. Un'indagine — quale intendiamo qui offrire al lettore — che si proponga di prendere a suo oggetto il tema della 'costruzione', della genesi di un 'systema iuris' ad opera della scienza civilistica tedesca dell'Ottocento va incontro indubbiamente, in via preliminare, alla necessità di chiarificare il suo oggetto in relazione agli scopi e agli intendimenti che l'hanno guidata.

Non da ultimo quella scienza civilistica è infatti assunta nel suo ramo pandettistico, anche al di fuori del raccolto campo degli studi specialistici, a modello del 'più alto grado di razionalità logico-metodologica' ⁽¹⁾, proprio in funzione della riconosciuta centralità del 'sistema' all'interno dei suoi sforzi di 'scientificizzazione': la 'volontà di sistema' faceva affermare a Puchta ⁽²⁾ che

(1) Così Max WEBER, *Economia e società*, trad. it., Milano, 1980, vol. III, *Sociologia del diritto*, pg. 17. Weber, poco sopra, così descriveva il concetto di sistema proprio della Pandettistica (ma nel corso della ricerca ci renderemo conto di come questa caratterizzazione si attagli solo alla specifica linea del 'positivismo dogmatico', e non, ad esempio, ad un Puchta o a uno Jhering): «Secondo i nostri schemi concettuali esso (die Systematisierung) consiste nel coordinamento di tutti i principi giuridici (Rechtssätze) ricavati con il lavoro di analisi, in modo che essi formino un sistema di regole logicamente chiaro in se stesso, logicamente privo di contraddizioni interne, e soprattutto — almeno in linea di principio — privo di lacune, un sistema che aspira dunque a che tutte le *fattispecie* (Tatbestände) pensabili debbano poter essere logicamente sussunte sotto una delle norme che lo compongono; in caso contrario, altrimenti, il loro ordinamento (Ordnung) rimane privo della sua essenziale garanzia» (trad. it. cit., vol. III, pg. 15, che abbiamo ritenuto però di dover modificare, soprattutto per quanto riguarda l'insistenza weberiana sull'aggettivo 'logico' che vi riveste un'importanza determinata, e che andava invece perduta nella traduzione citata: cfr. l'edizione critica di *Wirtschaft und Gesellschaft*, besorgt von J. Winkelmann, Tübingen, 1956⁴, 2. Halbband, pg. 396).

(2) Georg Friedrich PUCHTA, *Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme*, dapprima in *Rheinische Museum für Jurisprudenz*, 3. Jahr-

il sistema 'in senso proprio' giunge fino a poter essere definito come 'identico' con la scienza giuridica in generale.

Queste non debbono apparire affermazioni ormai obsolete.

Più di un secolo era ormai trascorso, quando nel 1952 un giurista della levatura di Hans Julius Wolff poteva dichiarare senza remore: « la scienza giuridica è sistematica o non è affatto »⁽³⁾.

Non si tratta, neppure di per sé, di prese di posizione caratteristiche di un'ottica e di una concezione immobilistica o conservatrice delle funzioni e dei compiti della scienza giuridica: infatti anche alcuni tra i civilisti più attenti e interessati al cambiamento, sia esso strettamente giuridico o più ampiamente economico-sociale, in interventi assai più recenti, sembrano non pensare che sia possibile rinunciare all'orizzonte del 'sistema', pur proponendone una revisione interna⁽⁴⁾.

Il problema dell'importanza e del significato del 'Systemdenken' per la giurisprudenza appartiene quindi al ristretto novero di quelli più disputati dell'intera dottrina del metodo, come si rende evidente anche dalle opinioni dei suoi più recisi critici⁽⁵⁾.

gang, Bonn, 1829, pgg. 115-133; ora in *Kleine civilistischen Schriften*, gesammelt und herausgegeben von A. A. F. Rudorff, Leipzig, 1851, pag. 221. Il contesto puchtiano è in verità assai più complesso: per un'analisi dettagliata rinviamo sin d'ora al secondo volume di questa ricerca.

⁽³⁾ H. J. WOLFF, *Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft*, in *Studium Generale*, 1952, pg. 195 ss., 205.

⁽⁴⁾ Ci vogliamo qui in particolare riferire a questo passaggio di Stefano RODOTÀ, *Le difficili vie della ricerca civilistica*, pg. 8: « Se si tien conto di tutto questo, si può ragionevolmente concludere che oggi non si sta giocando, all'interno del sistema privatistico, una partita metodologica analoga alle tante che hanno caratterizzato i decenni passati. Il punto nodale del dibattito riguarda ormai la ridefinizione del centro di tale sistema, e le modalità teoriche di tale ridefinizione. Lo slittamento da un sistema tutto fondato intorno alla logica proprietaria ad un sistema in cui divengono prevalenti i riferimenti non proprietari, infatti, rappresenta una svolta nella storia del diritto privato moderno » (in *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno I, n. 1, marzo 1983).

⁽⁵⁾ È quasi obbligato il riferimento a tutta una serie di contributi di T. VIEHWEG, già a partire dal notissimo *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953; trad. it., Milano, 1962: che si tratti, comunque, di critiche spesso non in tutto centrate, è stato osservato da U. DIEDERICHSEN, *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, in *Neue Juristische*

Tuttavia ciò che si resta in debito di delucidare, dal momento che — da queste, come da altre formulazioni che si potrebbero citare — non risulta immediatamente chiaro, è in quale accezione il termine « sistema » possa essere realmente usato e, conseguentemente, divenire significante per una ricerca storico-giuridica; in particolare, poi, per quali motivi il 'Systembegriff' e la sistematizzazione del materiale giuridico acquistino una specifica rilevanza nel periodo che ci accingiamo a considerare, un periodo che prende le mosse dalla giurisprudenza tedesca della seconda metà del Settecento per giungere sino agli 'splendori' e ai primi sintomi di declino della scienza pandettistica.

Esaminiamo dapprima brevemente il secondo problema, al quale in sostanza sarà in ampia misura dedicata la nostra analisi storiografica.

Certamente, dal punto di vista 'linguistico', non è dubbio che il termine 'sistema' compare nella giurisprudenza assai prima della scansione temporale alla quale abbiamo deciso di attenerci (6).

Si tratta tuttavia di apparizioni sporadiche, che, non a caso, o giungono a proporre l'uno accanto all'altro tutti i 'tradizionali' rami del diritto dal 'civile', al diritto criminale, al canonico, fino ad arrivare al feudale (7), oppure sono 'limitate' a settori della dogmatica come il diritto feudale o lo stesso diritto pubblico Romano-germanico, una disciplina che si era assai per tempo, in connessione alla spesso postulata non-recezione del diritto 'pubblico' romano, emancipata dalla giurisprudenza di diritto comune (8).

Wochenschrift, 1966, pg. 700, dal momento che l'oggetto degli attacchi di Viehweg era costituito da un concetto di sistema logico-assiomatico, non completamente chiaro nella sua stessa dimensione storica, e, in ogni caso, da tempo non più difeso od applicato.

(6) Cfr. per quanto verremo dicendo O. RITSCHL, *System und systematische Methode in der Geschichte des wissenschaftlichen Sprachgebrauchs und der philosophischen Methodologie*, Bonn, 1906, Anhang, pgg. IV-V.

(7) Come nel caso di J. R. FABRI, *Systema triplex juris civilis et criminalis, canonici et feudalis*, Genevae, 1634.

(8) Così J. STUCKIUS, *Systema jurisprudentiae feudalis*, Basileae, 1620; C. SCHAARSCHMID, *Systema juris publici Romano-Germanici*, Francofurti, 1677.

In realtà, il problema comincia a diventare sempre più rilevante, anche a livello di 'autocomprensione' del giurista, proprio a partire dalla seconda metà del Settecento: le ragioni sono complesse e hanno attinenza anche con i mutati orizzonti della raffigurazione di ciò che significa procedere 'scientificamente'.

Qui vorremmo sottolineare però un altro elemento; proprio in quel torno d'anni si va iniziando quel periodo di rivolgimenti contrassegnato da rivoluzioni politiche ed industriali che proseguiranno senza soluzione di continuità almeno fino alla prima metà del XIX secolo, e i cui esiti determinano da allora sostanzialmente il nostro sviluppo storico: periodo nel quale non solo i concetti centrali del linguaggio storico-politico⁽⁹⁾, ma anche quelli del linguaggio giuridico assumono in larga misura quel significato che possiedono tuttora.

Un processo che tradizionalmente siamo abituati a definire come quello del sorgere della realtà e del concetto di una 'bürgerliche Gesellschaft' (10). Non è perciò del tutto azzardato, a nostro avviso, ipotizzare una correlazione o, quanto meno, un certo parallelismo fra il fenomeno del 'decollo' del 'Systemdenken' e i più generali sviluppi cui abbiamo sommarissimamente accennato.

Piuttosto, questo ordine di considerazioni ci rinvia di riflesso a concentrare l'attenzione sul *terminus ad quem* di quella periodizzazione: la scienza pandettistica e la sua definizione.

Si potrebbe obiettare, e con un certo fondamento (11), che non sia necessario procedere ad un'analisi più ravvicinata del concetto di Pandettistica, essendo evidente, o per lo meno già noto al giurista il fenomeno al quale con quella 'etichetta' si vuole alludere.

(9) Cfr. J. KOCKA, *Storia sociale: concetto evoluzione, problemi*, in H.-U. WEHLER, J. KOCKA, *Sulla scienza della storia. Storiografia e scienze sociali*, Bari, 1983, pgg. 222-223, nota 142.

(10) Si veda L. KOFLER, *Zur Geschichte der bürgerlichen Gesellschaft*, Darmstadt und Neuwied, 1979, pg. 183 ss.; cfr. anche da ultimo P. KOSLOWSKI, *Gesellschaft und Staat*, Stuttgart, 1982, pg. 193 ss.

(11) Franz WIEACKER, ad esempio, non sente il bisogno nella sua *Privatrechtsgeschichte* — cfr. *infra*, nota 15 — di definire più da vicino la scienza delle Pandette.

Tuttavia riteniamo non inutile una breve precisazione che renda fin da ora conto del particolare profilo dal quale intendiamo affrontare la questione.

A ragione è stato osservato che denominazioni come quelle di *Usus Modernus (Pandectarum)*⁽¹²⁾ e Pandettistica hanno un sapore *esegetico*, non ripetono la loro efficacia definitoria da ragioni 'interne' alla materia da definire, ma di per sé rinviano ad 'oggetti' estranei all'esperienza giuridica europea; mantengono insomma ancora in sottofondo una concezione dell'esperienza giuridica europea (medievale e moderna) come fenomeno non autonomo, in consonanza con una 'visione romanistica' che concepisce quell'esperienza quale 'segmento' di una 'tradizione' che la sovravanza e la ricomprende⁽¹³⁾.

Comunque già Rudolf Sohm aveva notato come, a rigore, la tradizionale concezione, di cui subito diremo, si rivelasse in qualche modo aporica; avanzando la proposta, rimasta senza seguito, di chiamare 'diritto delle Pandette' (*Pandektenrecht*) il diritto privato tedesco poggiante sulla recezione e di denominare 'Pandektenwissenschaft' la scienza giuridica tedesca già fin dal secolo sedicesimo⁽¹⁴⁾.

La concezione tradizionale invece, pur rilevando sostanzialmente che la denominazione non poteva che derivare dal titolo più ricorrente della sua produzione manualistica⁽¹⁵⁾, finisce per esclu-

(12) Per una articolata valutazione dell'attività di questi giuristi 'pratici', che trova appunto uno dei suoi più fedeli specchi nell'opera di Samuel Stryk « *Usus modernus Pandectarum* » (1690-1712), vedi A. SÖLLNER, *Zu den Literaturtypen des deutschen Usus Modernus*, in *Ius Commune*, Bd. II (1969), pg. 167 ss.

(13) Così, con riferimento a quella storiografia che ancora ragiona in termini di 'tradizione romanistica', U. SANTARELLI, *Presentazione* a F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, trad. it., Milano, 1980, pgg. VIII-IX.

(14) R. SOHM, *Institutionen des Römischen Rechts*, Leipzig, 1919, pg. 175.

(15) Come da noi sopra già accennato, WIEACKER, *Storia*, cit., vol. II, pgg. 123 ss. (cfr. in particolare pg. 123, nota 1) non procede a definire il concetto di 'Pandettistica'; nel titolo del capitolo (*la Pandettistica e il Positivismo giuridico*) e a tratti essa pare identificarsi con 'formalismo' 'positivismo', 'Begriffsjurisprudenz' (pgg. 126-138), per poi tornare a cri-

dere dall'orizzonte di una Pandettistica 'nel vero senso della parola' (16) tutte quelle opere e quegli autori — da Thibaut a Mühlenthal, da Vangerow, a Seuffert, per non citarne che alcuni — precedenti temporalmente alla prima edizione del manuale di Puchta (17), cadendo poi anche in sintomatiche contraddizioni (18).

Noi riteniamo tuttavia, come chiariremo più approfonditamente tra breve, che nella ricerca di un criterio 'interno', dotato di una maggior carica esplicativa, sia più rilevante fare capo ad una definizione 'stipulativa', di carattere cioè « provvisorio », che funga da (ipotesi-) guida alla ricerca; prestando attenzione meno all'oggetto estrinseco della *lectura* in cui quella scienza si esercitava, e facendo leva sui nessi reali che inserivano quella medesima scienza nell'esperienza giuridica del proprio tempo come suo ineliminabile momento riflesso.

In tal senso, proprio perché mette in luce il 'problema' cui la 'Pandettistica' doveva tentare di dare una risposta, adotteremo la formula savignyana degli anni '40: scienza del 'sistema del diritto romano *attuale*', che ha anche il merito di rinviare indirettamente, scavalcando quell'indebita esclusione, alla fase della

teri 'empirici' nella scelta dei suoi rappresentanti (pg. 143): in realtà risulta chiaramente che l'autore ha in mente soprattutto lo sviluppo della seconda metà dell'Ottocento, o, comunque, prospettive 'post-puchtiane'.

(16) Cfr. E. PÓLAY, *Ursprung, Entwicklung und Untergang der Pandektistik*, *Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae, Acta juridica et politica*, Tomus XXVIII, Szeged, 1981, pg. 19, nota 45; ma è di fatto, come s'è detto, opinione comune.

(17) La prima edizione è quella uscita a Leipzig nel 1838. La data lascia intendere da sé che ne verrebbe così trascurata proprio l'interessante fase di transizione; in sostanza, questo criterio viene a postulare seppure implicitamente una identificazione di 'Pandettistica' con 'concettualismo': esso deve dare per scontata, inoltre, la sussistenza di un 'vero' concettualismo, il cui 'padre' sarebbe Puchta, senza poter successivamente indagare se ed in che misura un Windscheid o un Brinz, per fare solo due nomi, siano realmente debitori del particolare atteggiamento puchtiano.

(18) Mentre, ad esempio, POLAY, *Ursprung*, *loc. cit.*, ritiene Vangerow da collocare ancora in un ambito vicino all'*Usus Modernus*, pur concordando di fatto con Wieacker sul criterio 'post-puchtiano', quest'ultimo, *Storia, loc. ult. cit.*, avendo occhio probabilmente alle tarde ristampe del suo manuale di pandette, lo pone senz'altro accanto a Brinz, Bekker e Windscheid.

‘genesi’ agli inizi del diciannovesimo secolo; la formula definitiva viene così implicitamente a porsi in connessione — grazie a questa definizione ‘allargata’ — con gli sviluppi storico-sociali che di quella scienza stanno alla base.

2. È venuto il momento di tornare a considerare in quale accezione si intenda utilizzare il termine ed il concetto di sistema.

Le difficoltà di precisazione non sono poche e le incontriamo a vari livelli, talché anche le chiarificazioni terminologiche che cerchiamo di offrire si presentano in forma ‘stratificata’.

Innanzitutto non esiste a tutt’oggi una storia generale attinente specificamente al tema del pensiero sistematico: dal punto di vista invece della storia ‘semantica’ le cose vanno, apparentemente, assai meglio.

Disponiamo infatti del già citato lavoro di Otto Ritschl⁽¹⁹⁾, ed inoltre del volume di Mario Losano ‘Sistema e Struttura nel diritto’⁽²⁰⁾, che secondo la stessa indicazione dell’autore dovrebbe comprendere l’itinerario che dalle origini conduce alla Scuola Storica.

In realtà, il primo lavoro resta praticamente sinora l’unico⁽²¹⁾ tentativo di chiarire storicamente la categoria della sistematica, almeno sotto l’angolo visuale della storia semantica⁽²²⁾ del termine; purtroppo però non presta quasi attenzione al settore giuridico. Anche il volume di Losano ne segue infatti le tracce sotto il profilo del panorama storico, e prende quindi in considerazione principalmente teologi e filosofi, dedicando poi, accanto alla parte più

⁽¹⁹⁾ Cfr. *supra*, nota 6.

⁽²⁰⁾ M. LOSANO, *Sistema e Struttura nel diritto*, vol. I: *Dalle origini alla Scuola storica*, Torino, 1968.

⁽²¹⁾ Altra letteratura verrà segnalata nel corso dell’indagine, ma si tratterà quasi sempre di testi che prendono sostanzialmente le mosse dal lavoro di Ritschl; cfr. A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli, 1976, pgg. 41 e 68, nota 112.

⁽²²⁾ Una storia semantica del termine ‘sistema’ nella giurisprudenza si presenta particolarmente difficile anche perché spesso l’uso che ne vien fatto è all’insegna dell’equivocità. Utili contributi, in quanto quel termine tenda ad identificarsi con quello di ‘dogmatica’, in M. HERBERGER, *Dogmatik: Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, F.a.M., 1981.

chiaramente teorica, comunque preziosa, solo succinte informazioni storiche al tema nell'ambito propriamente giuridico.

Nonostante questa situazione non del tutto favorevole per quanto riguarda i presupposti, l'interesse per la problematica del sistema — improntata specialmente alla ricerca sui rapporti tra arti dialettiche, retorica e schemi logici e divisorii — si è mantenuto vivo sino ad oggi nel campo della storiografia del diritto; sia in ambito romanistico⁽²³⁾, e sia, in modo particolare, nel campo de-

(23) Questo tema, a partire dal 1933, ovvero dal saggio dello STROUX, *Die griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft*, in *Atti del Congresso internazionale di Diritto Romano (Bologna e Roma XVII-XXVII aprile MCMXXXIII)*, Roma, I, Pavia, 1935, pg. 113 ss., ha goduto in sede romanistica di un interesse crescente.

Interesse culminato, in un primo tempo, nell'insieme di studi dedicati all'argomento da Giorgio La Pira e volti a dimostrare la sussistenza di una metodologia sistematica, la quale, mediatore Cicerone, sarebbe stata appannaggio della giurisprudenza romana a partire dal primo secolo avanti Cristo.

Si veda infatti G. LA PIRA, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Problemi generali*, in *Studi Virgili*, Roma, 1935, pg. 159 ss.; Id., *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L'Arte sistematica*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano «Vittorio Scialoja»*, XLII (1934), pg. 336 ss.; Id., *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il Metodo*, in *Studia et documenta Historiae et iuris*, I (1935), pg. 318 ss.; Id., *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. IV. Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione giuridica*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano «Vittorio Scialoja»*, XLIV (1936-1937), pg. 131 ss.: ora ripubblicati, con lo stesso titolo, a Firenze, nel 1972.

La sua forse un po' troppo entusiastica sottolineatura del « sistema » nella metodologia della giurisprudenza romana ha comunque, per così dire, inaugurato tutto un filone di ricerche sui rapporti tra arti dialettiche, retorica e schemi logici e divisorii in diritto romano, che può annoverare nomi e lavori di tutto rilievo: cfr. M. VILLEY, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, Paris, 1945; H. J. METTE, *Ius civile in artem redactum*, Göttingen, 1954; M. FUHRMANN, *Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike*, Göttingen, 1960; D. NÖRR, *Divisio und Partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, Berlin, 1970; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli, 1971; M. TALAMANCA, *Lo schema 'Genus-Species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La Filosofia greca e il diritto romano*, Tomo II (Atti del Colloquio italo-francese - Roma, 14-17 aprile 1973), Roma, 1977 (Accademia Nazionale dei Lincei - Anno CCCLXXIV - 1977 - Quaderno n. 221).

gli studi storici di diritto moderno incentrati sull'esperienza giuridica umanistica⁽²⁴⁾.

Paradossalmente invece assistiamo ad una caduta d'interesse — o meglio, di un certo tipo d'interesse — storiografico verso questo settore del pensiero giuridico degli inizi dell'Ottocento. Se lasciamo per un attimo da parte il saggio di Andreas Schwarz « Zur Entstehung des modernen Pandektensystems » che data 1921, incontriamo solo le analisi di Helmut Coing, anch'esse comunque assai risalenti⁽²⁵⁾ e, nella dottrina italiana, i lavori di Ric-

⁽²⁴⁾ Numerosi studi di estremo rilievo sempre improntati alla elaborazione di connessioni tra i più generali schemi logici e le tecniche divisorie si incontrano infatti anche in tema di tentativi sistematici nella giurisprudenza umanistica; basterebbe ricordare qui H. E. TROJE, *Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, in *Philosophie und Rechtswissenschaft*, hrsg. von J. BLÜDHORN und J. RITTER, Frankfurt am Main, 1969, pg. 63 ss.; ID., *Graeca leguntur. Die Aneignung des Byzantinischen Rechts und die Entstehung eines humanistischen Corpus iuris civilis in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte)*, hrsg. von H. COING und H. THIEME, Bd. 18), Köln-Wien, 1971; nonché, rilevante anche dal punto di vista metodologico, ID., *Alciats Methode der Kommentierung des « Corpus iuris civilis »*, in A. BUCK und O. HERDING (hrsg.), *Der Kommentar in der Renaissance (Deutsche Forschungsgemeinschaft/Kommission für Humanismusforschung)*, Boppard, 1975, pgg. 47-61. Un tale campo d'indagine ha trovato però soprattutto in Italia le sue migliori elaborazioni: cfr. V. PIANO MORTARI, *Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del sec. XVI*, in *Annali di storia del diritto*, I, 1957, pgg. 293-401; ID., *La sistematica come ideale umanistico nell'opera di F. Connano*, in *La storia del diritto nel quadro delle discipline storiche. Atti del I convegno internazionale della società italiana di storia del diritto*, Firenze, 1966, pgg. 521-531; entrambi ora in *Diritto, Logica, Metodo nel sec. XVI*, Napoli, 1978, pgg. 117-264 e 303-317; nonché A. MAZZACANE, *Umanesimo e sistematiche giuridiche in Germania alla fine del '500: equità e giurisprudenza nelle opere di H. Vultei*, in *Annali di storia del diritto*, XII-XIII, 1968-9, pgg. 257-319 e ID., *Scienza, Logica, Ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. XVI*, Milano, 1971.

⁽²⁵⁾ Il saggio di A. B. SCHWARZ, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, originariamente in *ZSS-RA*, 42 (1921), pgg. 578-610, si può leggere ora anche in ID., *Rechtsgeschichte und Gegenwart*, Karlsruhe, 1960, pgg. 1-25.

I lavori di Helmut Coing, composti nel periodo ricompreso tra gli anni 1950 e 1963, sono adesso accessibili nella loro globalità grazie all'op-

cardo Orestano racchiusi nell'arco di tempo che va dal 1953 al 1968⁽²⁶⁾.

A tal punto che oggi è il civilista, pur trovandosi ad agire in una fase 'delicata' di sviluppo della sua scienza⁽²⁷⁾, a sentire talvolta l'esigenza di esercitare una 'supplenza' di carattere storio-

portuna edizione, curata da Dieter Simon: H. COING, *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht: 1947-1975*, Frankfurt am Main, Bd. I, 1982.

⁽²⁶⁾ Ricompreso quindi tra la prima edizione dell'ormai classica *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1953, ed il periodo di pubblicazione dei saggi ora ricompresi nel volume *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, Bologna, 1978. I tre saggi sono *Azione (storia del problema)*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, pg. 785 ss.; *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto, linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, XI (1960), pg. 149 ss.; 'Persone' e 'persone giuridiche' nell'età moderna, capitolo II del volume *Il 'problema delle persone giuridiche' in diritto romano*, I, Torino, 1968. Il volume del 1978 reca il significativo sottotitolo *Scienza del diritto e storia*; da ultimo Orestano è ritornato, con puntuali osservazioni, sul tema centrale di tutta la sua riflessione nel saggio *Progetto di una introduzione allo studio della 'scientia iuris'*, in *Il Foro Italiano*, V (1983), 8, pgg. 4-22, spec. 15 ss. (dell'estratto).

⁽²⁷⁾ Non è dubbio infatti che la odierna scienza giusprivatistica (ma non solo giusprivatistica) appaia consapevole, pur in una netta divergenza dei suoi orientamenti e accenti, di essere entrata in una fase che verrebbe fatto di definire 'post-sistemica'. Cfr. soltanto N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 1982, *La proposta della Neo-Esesezi (a modo di prefazione)*, spec. pg. VI ss., che riprende motivi già espressi in precedenza: si veda ID., *Leggi speciali (Dal monosistema al polisistema)*, in *Rivista di diritto civile*, 1979, I, pg. 141 ss.; e, su opposti versanti, A. DI MAJO, *Gli appuntamenti mancati*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 2, giugno 1983, pgg. 303-313.

Una fase nella quale il tentativo di sistematizzazione delle varie indagini 'settoriali' — un tentativo volto a chiudere il 'cerchio' del sistema giuridico — può essere in ultima analisi paragonato ad analoghi tentativi ottocenteschi di affermare l'unità del linguaggio; e come tale sottoposto alla stessa corrosiva descrizione-dissacrazione che Wittgenstein (*Philosophische Untersuchungen*, trad. it., Torino, 1974, pg. 15) dedicava a questi ultimi: rei di non avere compreso che una tale unità è puramente esteriore, e non dissimile da quella che può essere propria di diversi 'strumenti' raccolti in una cassetta per utensili, un'unità, cioè, che non è in grado di fornire informazioni sulle *funzioni* dei singoli «pezzi», confuse tra loro a causa dell'uniformità nel modo di presentarsi.

grafico, non senza ricordare, forse con inconscia malizia, la funzione solo 'provvisoria' dei suoi interventi⁽²⁸⁾.

Indubbiamente possiamo ricavare da una disamina della globalità del lavoro sinora svolto⁽²⁹⁾ una prima importante indicazione per il nostro tema; essa conduce nella direzione di una storicizzazione delle definizioni di sistema che il giurista attuale si trova a portata di mano nel suo bagaglio culturale: i concetti di sistema esterno e di sistema interno⁽³⁰⁾.

Il primo implica la caoticità del dato e richiede quindi l'intervento ordinatore dall'esterno della scienza; ne consegue direttamente il carattere logico del nesso che collega le singole proposizioni ordinatrici; il sistema interno invece presuppone la sistematicità della materia già a partire da se stessa, e la specificità del nesso che tiene unite le singole parti di essa.

Questi due concetti si presentano oggi per dire così 'senza storia': la giurisprudenza settecentesca, sotto l'egida wolfiana, attenta ad un concetto di sistema ancora in certa misura legato alle teorie aristoteliche della scienza come *habitus* del soggetto, costituisce invece il primo stadio di un'evoluzione che attraverso Nettelbladt dapprima e i giuristi kantiani poi condurrà alla elaborazione del sistema interno operata dalla Scuola Storica⁽³¹⁾.

(28) Due significativi esempi di questa 'supplenza' ci vengono da ultimo forniti da A. BELFIORE, *Interpretazione e Dogmatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979 e da O. T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982: in particolare BELFIORE, *op. cit.*, pg. 356, nota 67, sente l'esigenza, tra l'altro, di precisare « che l'immagine di Puchta, accreditata dagli specialisti (*recte*, dalla produzione storiografica, con cui un civilista può agevolmente entrare in contatto: ad es. Larenz, Wilhelm, M. Porzio, R. Orestano, Losano) va considerata... come un'immagine sostanzialmente insoddisfacente ».

(29) Da ultimo fornisce indicazioni per certi versi insostituibili S. KÖRNER, *Sistemi di riferimento categoriali*, Milano, 1983, pg. 57 ss.; cfr. anche F.-J. PEINE, *Das Recht als System*, Berlin, 1983, pg. 29 ss.

(30) Ritorneremo approfonditamente sul tema lungo tutto il corso dell'indagine; per un panorama riassuntivo della letteratura sul punto può, intanto, valere il rinvio a M. LIPP, *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts*, Berlin, 1980, pg. 46 ss.

(31) Di diverso avviso M. LOSANO, *op. cit.*, pg. XXIII-XXVI e *passim*,

Ma limitarsi a questo angolo visuale esclusivamente semantico ci sembrerebbe riduttivo, poiché anche questa evoluzione assume un senso definito solo in un orizzonte 'contenutistico': se ci si pone, cioè, in condizione di rispondere al quesito volto ad indagare in che misura, attraverso le sistematiche giuridiche, il giurista riesce ad organizzare una sua immagine di quella realtà sociale sulla quale è chiamato ad operare.

In questa ottica la latente scissione che viene a sussistere tra sistema, la cui storia tende ad identificarsi con quella della stessa scienza giuridica, e sistematica, che rischia, per ovvi motivi, sempre di essere relegata al rango di semplice 'classificazione', può essere allora 'ridotta' e riportata alla sua sostanziale unità⁽³²⁾.

In questo senso siamo dunque in condizione di cogliere un filo unitario nell'elaborazione del giurista: se, come abbiamo appena detto, la storia del sistema e del pensiero sistematico tende, 'puchtianamente', ad identificarsi da un lato con la stessa storia della scienza e dal lato opposto a divenire, in quanto storia della sistematica, più semplicemente storia delle (dispute sulle) classificazioni e dei criteri di classificazione — lasciando per così dire scoperta al centro, in uno statuto incerto tra la mediazione dei due poli ed un suo carattere invece 'fondante', la teoria delle fonti —, è forse allora possibile per lo storico superare quest'ottica frammentata scoprendo il punto o i punti 'generatori' di una geografia così complessa.

Se, come problema specifico del momento storico che stiamo analizzando, della 'Jahrhundertwende', siamo in grado di individuare *la linea di tendenza verso un diritto privato 'puro'*, ci accorgeremo ad esempio che la stessa teoria delle fonti della Scuola

secondo il quale la Scuola Storica si muoverebbe ancora completamente nella prospettiva del sistema 'esterno'.

⁽³²⁾ Cfr., per quanto veniamo affermando nel testo, il duplice uso del termine sistema inteso anche come sinonimo di 'classificazione' in G. F. PUCHTA, *Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme*, cit., pg. 233; subito dopo quest'articolo viene quello intitolato, a significativa conferma, *Zu welcher Classe von Rechten gehört den Besitz? Beantwortet durch eine Classification der Rechte überhaupt* (sempre in *Kleine civilistischen Schriften*, cit., pgg. 289-308). Si veda a questo proposito M. LOSANO, *op. cit.*, pg. 223.

Storica, il 'famosus' concetto di *Volksgeist* con il connesso *Gewohnheitsrecht*, del quale faticosamente si sono andate ricercando filosofiche radici, costituiscono (al di là delle ricorrenti accuse di misticismo, oscurità, irrazionalismo)⁽³³⁾ lucide risposte sistematico-tecniche agli specifici problemi dettati già alla tradizionale dottrina della consuetudine proprio da quella linea di tendenza.

Lo stesso potrà dirsi della necessità di identificare i confini di una nuova classificazione tra diritto comune e diritto singolare, necessità che presentatasi già a Thibaut, condurrà Savigny ad enucleare quella categoria centrale per il suo sistema, che è rappresentata dal diritto 'anomalo'. Analogamente per le differenti impostazioni in tema di 'Vermögensrecht', a seconda che lo si voglia vedere come una unità in sé conchiusa, facendo allora centro su di una posizione privilegiata della proprietà e dei diritti reali, o si respinga una raffigurazione unitaria e lo si ricostruisca, ridistinguendo e separando il diritto delle cose da quello delle obbligazioni.

Se quindi, paradossalmente, il 'diritto privato' è una 'invenzione recente', ed anzi la sua stessa accettazione, la sua stessa 'ammissione' costituiscono il contesto problematico nel quale i nostri giuristi vengono a muoversi, si potrà persino giungere ad affermare che esista una continuità di fondo tra il sistema del diritto privato che si intende far valere ed affermare, e la dottrina delle fonti che viene sostenuta.

In altre parole, sarà possibile sottolineare una certa strumentalità del 'sistema' delle fonti rispetto al sistema del diritto privato, specialmente di fronte ad una forse troppo esasperata attenzione storiografica per la teoria delle fonti propria della Scuola Storica: teoria delle fonti che viene assai frequentemente 'isolata' come 'programma' poi non realizzato, o come luogo del 'conservatorismo' della scuola di contro alle opzioni kantiano-individualistiche del sistema, e di conseguenza ridimensionata al rango di una mera funzione difensiva.

⁽³³⁾ Cfr. per queste critiche H. MOKRE, *Theorie des Gewohnheitsrechts. Problementwicklung und System*, Wien, 1932 (Nachdruck: Glashütten im Taunus 1972), pgg. 24 ss.

Bisogna allora pittosto mettere in chiaro che un tale sistema per la sua stessa possibilità presuppone certi più ampi fondamenti.

Il giurista che voglia ordinare a sistema l'esperienza giuridica o il materiale giuridico si trova di fronte a *problemi* ⁽³⁴⁾ e deve avere già davanti a sé un punto di vista che gli permetta di stabilire ciò che è giuridicamente rilevante.

Ne deriva che la costruzione del sistema implica una 'scelta dell'ordinamento', scelta che esclude le possibilità non conformi e si manifesta sempre come compito storico.

Per limitarci alla sistematica del diritto privato, che è quella che qui ci interessa più da vicino, ci si rende conto allora che è lo stesso cosiddetto concetto del diritto privato che non può essere propriamente compreso, fintantoché lo si consideri come elemento costitutivo ovvio di un qualsivoglia 'ordinamento' ⁽³⁵⁾.

Invece la stessa 'ammissione' di un diritto privato nel suo complesso rappresenta già una scelta politico-giuridica di ordinamento storicamente effettuata, una decisione.

Ma se il 'diritto privato' è equivalente con la decisione a favore di una determinata forma di organizzazione sociale basata sul concetto — come che sia da interpretare — di una certa 'autonomia' privata, ne consegue che è possibile attribuire alla sistematica privatistica oltre al suo aspetto tecnico-organizzativo interno anche un'ulteriore valenza: la massa di singole conoscenze giuridiche in essa contenuta, proprio anche in quanto organizzata

⁽³⁴⁾ Cfr. C.-W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, Berlin, 1983², pg. 29 ss. Nel senso che i concetti giuridici generalmente validi non rappresentano « allgemeingültige Rechtswahrheiten », ma innanzitutto 'domande' (*Fragen*), un sistema di questioni, vedi già W. BURCKARDT, *recensione* a Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre*, in *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 71 (1935), pg. 212 ss., citato secondo R. GMÜR, *Rechtswirkungsdenken in der Privatrechtsgeschichte. Theorie und Geschichte der Denkformen des Entstehens und Erlöschens von subjektiven Rechten und andern Rechtsgebilden*, Bern, 1981, pg. 100; cfr. anche dello stesso W. BURCKARDT, *Methode und System des Rechts*, Zürich, 1936, pg. 70 ss.

⁽³⁵⁾ F. VON HIPPEL, *Zur Gesetzmässigkeit juristischen Systembildung*, Berlin, 1930, pg. 19 ss.; questo lavoro appartiene senz'altro a quanto di più lucido sia stato scritto sull'argomento.

a sistema, ha la caratteristica di *risposta* storica a determinate domande che derivano da determinati *contesti problematici*; il sistema può essere concepito come un *nesso complesso di problemi e di determinate soluzioni a questi problemi*, come la soluzione di un determinato nesso problematico ⁽³⁶⁾.

Il sistema 'pandettistico' diviene allora un punto privilegiato di osservazione, la cartina di tornasole del rapporto tra la concezione 'metodica' del giurista e la sua 'concreta' realizzazione, della relazione con la società civile del suo tempo: la sistematica, questa 'cartografia' per il giurista, può essere interrogata anche nella sua funzione di legittimazione e gerarchizzazione aggiuntiva, mediante mezzi 'grafici' ⁽³⁷⁾, di gerarchie esistenti.

3. Questo tipo di accostamento ci consente di tornare ora brevemente su quella caduta di interesse, cui si accennava, per il tema della sistematica pandettistica, che pure, come osservava lo stesso Coing ⁽³⁸⁾, appare ancora uno dei compiti da assolvere per la storiografia giuridica: « *Was fehlt, ist vor allem eine Geschichte des Usus Modernus und des Pandektensystems* » ⁽³⁹⁾.

⁽³⁶⁾ Cfr. C.-W. CANARIS, *op. cit.*, pgg. 30-31, anche per il riferimento alle impostazioni precorritrici di M. SALOMON, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1925², spec. pgg. 26 ss. e 54 ss., che tuttavia veniva ad escludere dal suo orizzonte proprio il nesso 'problema-soluzione', finendo per postulare un sistema di semplici 'problemi di una possibile legislazione', quale compito della scienza giuridica intesa nel vero senso della parola (*ivi*, pg. 67).

⁽³⁷⁾ Cfr. S. STRÖMHOLM, *Lo sviluppo storico dell'idea di sistema*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LII (1975), pg. 469 e J.-M. SCHOLZ, *Warum Jack Goody lesen?*, in *Rechtshistorisches Journal*, II (1983), pg. 80; sul punto sono da vedere anche le brevi, ma dense, note di P. BOURDIEU, *Le Capital social*, pg. 3, col. 1, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, XXXI (1980).

⁽³⁸⁾ H. COING, *System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft*, dapprima in *Juristenzeitung*, 1951, pgg. 481-485; ora in *Id.*, *Gesammelte Aufsätze*, cit., vol. I, pgg. 105-119 (118).

⁽³⁹⁾ Helmut Coing sta ultimando la preparazione di un cospicuo lavoro, che dovrebbe costituire la prima compiuta *Dogmengeschichte* per ciò che riguarda il diritto privato nell'età dell'*Usus Modernus*; fin da ora cogliamo l'occasione per esprimergli il nostro ringraziamento per averci consentito la lettura di ampi stralci di quest'opera.

La ricerca di Schwarz sulla genesi del moderno sistema delle Pandette, pur rimanendo imprescindibile e fondamentale punto di riferimento per il suo stesso tentativo di approccio globale, non va — né poteva essere altrimenti, data la difficoltà dell'intrapresa — al di là di una analisi dell'origine delle partizioni sistematiche del materiale giuridico quale è dato ritrovare nel BGB, in quanto sublimazione della dogmatica pandettistica: analisi eseguita principalmente mediante una catalogazione e comparazione degli indici di opere sistematiche del tardo settecento, fino a raggiungere i primi tentativi ottocenteschi di Heise⁽⁴⁰⁾.

Rimanendo poi del tutto impregiudicato quel profilo di soluzione, di risposta tecnica determinata ad un nesso di specifici problemi storici che il sistema viene a rivestire, a partire da questo studio, invariabilmente citato — e necessariamente — a causa dell'assenza di ulteriori indagini, si è diffusa una sorta di *communis opinio*⁽⁴¹⁾, nel senso che nella Pandettistica del XIX sec. abbiano trovato il loro ingresso parti essenziali della dogmatica giusnaturalistica e non soltanto sul piano della sistematizzazione, ma anche su quello del contenuto.

In sostanza, che i giuristi del XIX sec., e principalmente la Scuola Storica, avrebbero adottato le concezioni giusnaturalistiche di sistema e metodo.

Nelle successive indagini di Coing, che dimette del resto la aspirazione a una visione complessiva⁽⁴²⁾, questo tentativo di chiarimento — lungi dall'essere rimesso in discussione — da esclusivamente 'filologico' che era, assume intonazioni vieppiù 'ideologiche': il tradizionale sistema del diritto privato enucleato da Savigny, e fatto proprio dalla Pandettistica, sarebbe strettamente

(40) Cfr. A. B. SCHWARZ, *op. cit.*, pg. 14 ss.; sulla figura di Arnold Heise dovremo a più riprese tornare: cfr. comunque E. J. BEKKER, *Vier Pandektisten*, Heidelberg, 1903, pg. 21 ss.

(41) Cfr. J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz » auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1979, pgg. 128-129, nota 268.

(42) Almeno dopo la 'Rektoratsrede', *Geschichte und Bedeutung des Systemgedanken in der Rechtswissenschaft*, in *Frankfurter Universitätsreden*, Heft 17, Frankfurt am Main, 1956, ora in *Zur Geschichte*, cit., pgg. 9-28 ed anche in *Gesammelte Aufsätze*, cit., vol. I, pg. 191 ss.

collegato con la filosofia e con il modello sociale dell'Illuminismo, che tendeva a raffigurare la 'Gesellschaft' come *somma* di singoli individui autonomi⁽⁴³⁾.

La funzione di queste prese di posizione va chiaramente riconnessa alla situazione dei giuristi tedeschi nell'immediato ultimo dopoguerra; di contro alla 'parentesi' totalitaria Coing veniva a esprimere così un generale consenso dell'intero ceto dei giuristi, se non di fronte alle singole definizioni e classificazioni, tuttavia ideologicamente fondato sul loro retroterra 'ideale': l'ordinamento privatistico a caratterizzazione pandettistica come in ultima analisi rivolto alla salvaguardia della libertà del singolo all'interno della società; si voleva così affermare, pur di fronte al mutamento sociale intercorso, la sostanziale adeguatezza anche per il presente delle categorie sistematiche indagate, prima fra tutte il diritto soggettivo⁽⁴⁴⁾.

Quelle analisi finivano in definitiva per svolgere una funzione 'apologetica' rispetto allo stesso ruolo storico svolto dal 'metodo giuridico'; come è espressamente testimoniato dalla fiducia manifestata nella storia giuridica quale mezzo idoneo al superamento delle manchevolezze metodologiche proprie della giurisprudenza degli interessi e contro una sopravvalutazione della 'parte generale' come prodotto della giurisprudenza dei concetti: « Aber die Rechtswissenschaft wird damit zugleich in einem bestimmten Sinne zu Savigny zurückkehren: sie wird das Privatrecht wieder als einheitliche Ordnung und zugleich als Ergebnis geschichtlichen Tradition verstehen »⁽⁴⁵⁾.

Si racchiudeva allora — pur non liberandosi mai completamente del tipo di accostamento peculiare alla mera *Dogmengeschi-*

(43) Cfr. H. COING, *Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem*, in *Gesammelte Aufsätze*, cit., vol. I, pg. 301; è questo uno dei punti nei quali una tale ricostruzione, pur individuando implicitamente alcune valenze della scienza savignyana, si fa più stridente: è a tutti noto cosa Savigny pensasse a proposito delle concezioni 'atomistiche' dell'illuminismo.

(44) Si veda in senso analogo, L. RAISER, *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Civilrecht*, dapprima in *JZ*, 1961, pg. 465 ss., e adesso in *Id.*, *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg im Taunus, 1977, pgg. 98-123 (99-100).

(45) H. COING, *System, Geschichte und Interesse*, cit., pg. 119.

chte, aliena dall'effettuare riscontri al livello dei problemi della società civile e delle istituzioni tedesche del secolo decimonono — la prospettiva storiografica in un dilemma che appare ancora ben lontano dall'essere dissolto: quello tra 'realismo-storicismo' da un lato e 'formalismo-dogmatismo' dall'altro, a loro volta meccanicamente riferiti allo spazio storico della 'società' ed a quello dello 'Stato' ⁽⁴⁶⁾.

Qui, singolarmente, in questa sorta di ritorno ad un Savigny 'realista' ⁽⁴⁷⁾, incontriamo un punto di contatto tra le impostazioni di un Coing e lo 'storicismo' di Orestano; posizioni di per sé diversissime non foss'altro per gli esiti cui giungono: da una parte un'apologia 'difensiva', ma pur sempre una moderata apologia delle possibilità ancora intatte del sistema, dall'altra la scomposizione storiografica delle categorie pandettistiche, che può giungere sino a rifiutarne l'ispirazione più profonda, e sfocia in una critica radicale delle astrazioni giuridiche e nella proposta che il giurista

⁽⁴⁶⁾ Che infatti già nella sua formula teorica la distinzione Stato-società — « fast zur Mode geworden », per usare le parole di E. ANGERMANN, *Das « Auseinandertreten von Staat und Gesellschaft » in Denken des 18. Jahrhundert*, in *Zeitschrift für Politik*, 1963, pg. 90, ora anche in *Staat und Gesellschaft*, hrsg. von E. W. BÖCKENFÖRDE, Darmstadt, 1976, pg. 109 ss. — non sottoposta ad analisi storica nel ruolo ideologico da essa svolto all'interno del pensiero giuridico e politico degli ultimi due secoli, risulti dubbia come metodo euristico d'indagine, era già stato notato da H. MITTEIS, *Land und Herrschaft. Bemerkungen zu dem gleichnamigen Buch O. Brunners*, ora in *Herrschaft und Staat im Mittelalter*, hrsg. von H. KÄMPL (*Wege der Forschung*, Bd. II), Darmstadt, 1960², pg. 30 ss. e più recentemente da P. SCHIERA, voce *Aristocrazia*, in *Il Mondo Contemporaneo*, vol. IX: *Politica e Società*, I, Firenze, 1979, pg. 37. Per una critica radicale della concezione risalente a Otto Brunner e Carl Schmitt, dello Stato come concetto legato all'epoca 'moderna' vedi P. KOSLOWSKI, *Gesellschaft und Staat*, cit., spec. pg. 129.

Interessanti osservazioni in relazione alla inadeguatezza di quella distinzione si possono ora leggere in M. OAKESHOTT, *On the human Conduct*, Oxford, 1975, pgg. 299 ss.; cfr. ID., *The vocabulary of a moderne European State*, in *Political Studies*, XXIII, n. 2-3 (1975), pg. 337 ss.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. R. ORESTANO, *Edificazione e conoscenza del 'giuridico' in Savigny. Tre Motivi di riflessione*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno*, IX (1980), pg. 21 ss.

abbandoni la postulazione di concetti⁽⁴⁸⁾ e l'orizzonte stesso del sistema⁽⁴⁹⁾.

Anche Orestano, pur riconoscendo, a nostro avviso giustamente, la tensione verso l'oggettività che accomunerebbe, in efficace ma discutibile sintesi storiografica, « il criticismo kantiano, l'idealismo, la restaurazione, il romanticismo e lo storicismo », finisce infatti per concludere che la Pandettistica sarebbe tutta percorsa da un rapporto contraddittorio tra soggetto e norma, un rapporto tale da lasciare intatto il predominio dei dogmi dell'individualismo soggettivistico di ascendenza wolffiano-illuministica⁽⁵⁰⁾.

E così, non a caso, il limite intrinseco della riflessione — a carattere realistico — di Savigny viene ravvisato nell'aver questi ritenuto che la sua edificazione del giuridico non potesse prescindere

(48) La presa di posizione di Orestano parte dal presupposto metodologico che ai concetti giuridici ed agli enunciati che li delimitano non possa riconoscersi alcuna rispondenza ontologica.

Sul punto, come si comprende, di estrema delicatezza per le ripercussioni globali che viene ad esercitare sul concetto stesso di 'scienza' giuridica, si sta recentemente sviluppando un interessante dibattito al quale, per il momento, ci limitiamo solo ad accennare; cfr. W. KÜNNE, *Abstrakte Gegenstände. Semantik und Ontologie*, Frankfurt am Main, 1983, e U. NEUMANN, *Rechtsonnologie und Juristische Argumentation. Zu den ontologischen Implikationen juristischen Argumentierens*, Heidelberg-Hamburg, 1979.

Vogliamo qui solo segnalare un rischio cui va incontro questo tipo di affermazioni: il rischio cioè di giungere alla conclusione che tutte le controversie teoriche siano ridotte a « pure e semplici » *questioni di formulazione*, con la conseguenza di un generalizzato 'principio di equivalenza delle costruzioni scientifiche', che potrebbe, per motivi opposti a quelli del puro concettualismo, mettere in pericolo la stessa ricostruzione storiografica: si veda, ad esempio, il tentativo di riportare la problematica del concetto di azione — problematica propria solo della dottrina tedesca e italiana — alla presenza dell'articolo determinato (*il diritto soggettivo, la azione processuale*) nelle rispettive lingue e più in generale alla struttura della lingua indo-europea (in *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, cit., pg. 71 ss., 80).

(49) Cfr. M. BRUTTI, *Storiografia e critica del sistema pandettistico*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno*, VIII (1979), pgg. 317-360, 358-9.

(50) Cfr. R. ORESTANO, *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, cit., pg. 138 e ID., *Introduzione*, cit., pg. 218 ss. (citiamo comunque d'ora in avanti dalla ristampa della seconda edizione, Torino, 1963).

dere dall'idea di ' sistema '. La stessa impostazione del problema rimanda allora subito alla *vexata quaestio* dell'*impasse* del metodo ' realista ' e al suo irrisolto conflitto con la ' Begriffsjurisprudenz ', introdotta da Puchta, capace di influenzare in questo senso anche il Savigny del 1840, e caratteristica della seconda metà dell'Ottocento.

Quest'immagine tradizionale dell'Ottocento tedesco — paradossalmente, visto che l'attenzione viene per lo più concentrata sui momenti ' alti ' della vicenda — è stata quindi anche in grado di suscitare la pericolosa illusione che possa in qualche modo esistere una tradizione giuridica ottocentesca antiformalista da riesumare e riproporre.

La nostra prospettiva è diversa: giungeremo infatti, sulla base della constatazione della ' debolezza ' intrinseca delle successive alternative propostesi al dominante modello del ' metodo giuridico ' — debolezza dettata dalla insufficiente forza differenziatrice dei presupposti da queste ultime scelti —, a comprendere come un suo definitivo superamento non fosse possibile nell'ambito di una semplice negazione, ma piuttosto in quello di uno sviluppo di alcune sue valenze, in certa misura di una sua ' ristrutturazione ' dissolvente.

Dal sistema alla teoria generale del diritto, quindi: non linea ascendente e continua, ma viaggio ad incontrare il punto della propria dissoluzione.

La scelta del tema della costruzione del sistema, proprio in quanto scelta ' tecnica ', più strutturale che metodologica, ci pare adeguata a sfuggire ad alcune, se non a tutte quelle insoddisfacenti alternative, permettendoci di riesaminare per così dire in contropunto, e da ' dietro le quinte ' del laboratorio del giurista molti luoghi ormai dati per acclarati.

Infatti, facendo leva su quella nozione di sistema che venivamo proponendo sulle orme di von Hippel, saremo in grado di renderci conto di come proprio dal punto di vista sistematico il preteso ' soggettivismo ' wolfiano, la sistematica della *Aufklärung* e la ' Systembildung ' del secolo XIX vengano a differire: nell'un caso, siamo di fronte a una sistematica che prende l'avvio da un principio superiore di carattere razionale, ma positivo dal punto di vista del contenuto e antinomico, mentre per quanto riguarda la siste-

matica del sec. XIX è precisamente questo principio superiore razionale che viene a mancare, portando in primo piano ben più che un presunto volontarismo, la funzione sistematica dell'ammissione dell'esistenza di 'fattispecie giuridiche' (51).

Non è dubbio che secondo l'opinione dei propri rappresentanti — convinzione peraltro condivisa dalla maggioranza dei giuristi dell'epoca — la scienza Pandettistica fosse al centro della scienza civilistica tedesca, e perciò stesso al centro più in generale della stessa scienza giuridica tedesca come tale, data la funzione paradigmatica svolta dal diritto privato nel sec. XIX.

Ma proprio poiché le ricerche sin qui compiute hanno fortemente privilegiato il punto di osservazione che era costituito dai fondamenti generali a livello di storia delle idee, il contenuto *materiale* del diritto quale questa scienza ha profilato, non ha trovato ancora la possibilità di una valutazione globale.

Proprio in forza di questa lacuna sussiste un'incertezza anche sul ruolo sociale da essa giocato: sostenitrice dello *status quo*, della costituzione feudale (Feudalstaat); propugnatrice della libera società degli scambi (Wirtschaftsgesellschaft); od altro ancora? (52). Ha senso in sostanza configurare lo sviluppo dal tardo Settecento alla Pandettistica in termini di 'Modernisierungstheorie'? (53).

Nonostante la rivendicazione e la pretesa di un 'primato' della scienza giuridica, la risposta alla domanda se l'ordinamento giuridico del XIX secolo nella sua totalità fosse compenetrato dallo 'Spirito' della Pandettistica, se quindi nella realtà il diritto pri-

(51) Cfr. F. VON HIPPEL, *op. cit.*, pg. 26 ss. Una tale acquisizione ci farà anche dubitare che sia possibile individuare nella ascesa del concetto di « negozio giuridico » una conferma della omogeneità tra tradizione illuministica rinnovatrice e 'pandettistica' tedesca; dal momento che in quel concetto non tanto si tratta di far luogo al rilievo della volontà individuale quanto piuttosto di risolvere problemi di determinazione della *fattispecie* in contrapposizione con la norma, a conferma del predominio di un 'Rechtswirkungendenken' nell'ambito di quell'esperienza giuridica.

(52) Così H. LUIG, *Pandektenwissenschaft*, col. 1422-1430 (1429), in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, hrsg. von A. ERLER und E. KAUFMANN; la citazione segue l'estratto gentilmente resoci accessibile dall'autore.

Cfr. anche A. MAZZACANE, voce *Pandettistica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Milano, 1981, pgg. 593-607, spec. 606.

(53) Cfr. la letteratura citata *infra*, note 81 e ss.

vato abbia assunto *concretamente* una posizione dominante, e in quale forma, non può essere formulata se non con lo sguardo rivolto a cogliere con accuratezza e senza pregiudizio le mutazioni funzionali alle quali il lavoro del giurista — spesso più attento alle insufficienze di armonia interna che al mutato clima sociale o politico — sottopone, talvolta impercettibilmente, la totalità del sistema giuridico.

Non si tratta quindi di risposta in qualche modo scontata, ove solo si ponga mente che proprio in questa ottica si manifesta tutto il valore euristico del tema prescelto, atto a superare per lo meno sotto due profili le limitazioni nelle quali l'indagine tradizionale finisce necessariamente per cadere.

Abbiamo per questo motivo ritenuto opportuno avviare la nostra analisi — dedicandovi l'intera parte prima — coll'esame di un primo profilo che ci sembra stato sinora assai trascurato: quello delle origini e della rilevanza storico-materiale della opzione savignyana per un sistema del diritto *romano attuale*, che è poi la formula che rispecchia nel modo più preciso la problematica sulla quale la scienza pandettistica ha dovuto di continuo riflettere.

Ci sarà permesso così di andare al di là dell'insistenza della moderna storiografia sul rapporto contraddittorio che legherebbe 'storia' e 'sistema' per avvicinarci a una diversa prospettiva; quella del legame che sussiste tra metodo, storia giuridica e sistema del diritto romano attuale: di come in sostanza la definizione dei concetti per la Pandettistica non sia affatto, secondo che le si è venuto successivamente rimproverando, una questione del puro arbitrio, ma sia concretamente legata ai risultati della ricerca storica, che essa veniva a ricapitolare e riassumere.

4. Lungi però dal concentrarsi in modo esclusivo su di una netta linea di continuità che verrebbe a segnare il passaggio dalla 'prima' Pandettistica 'classica' — savignyano-puchtiana, per intenderci — a quella degli anni '50 e '60, ci sembrerà significativo sottolineare la sostanziale complessità del dibattito a cui quel concetto e quella opzione sono tuttavia soggetti già nella prima metà del secolo.

Il problema principale è infatti quello di comprendere a fondo il significato storico del *passaggio* al 'metodo giuridico'; ma

una simile comprensione sarà possibile solo se ci si ponga in condizione di capire appieno *ciò che in quella fase di transizione fu scartato*, le ragioni per le quali fu accantonato e dimenticato il contributo di altri giuristi, il cui oblio è oggi sanzionato dalla tranquillante definizione di 'minori': ma che minori non furono, furono soltanto 'altri'.

Eccoci giunti così al secondo profilo di cui si diceva: una prospettiva a tratti additata, però del tutto sporadicamente e mai in grado di superare lo stadio della semplice intuizione.

Ci siano consentite due sole citazioni: nel 1925 Herman Kantorowicz, e sia pure all'interno di una limitata prospettiva di ricerca, volta ad identificare una *Vorgeschichte* del movimento del 'diritto libero', enumerava tra gli altri, senza pretesa di organicità, i nomi di Gönner, Wenck, Thibaut, Feuerbach, Mühlenbruch, Gans, Georg von Beseler⁽⁵⁴⁾; mentre, nel 1951, Walter Schönfeld individuava una linea continua che, dalla scuola di Göttingen sino alla critica del giurista hegeliano Gans, poteva essere chiamata ad incarnare una « Kritische Dogmatik »⁽⁵⁵⁾.

Eppure, un approfondimento di queste sommarissime indicazioni — alla ricerca della presenza o meno di una alternativa 'reale', che permetta di meglio stabilire in controluce i contorni del 'modello' dominante, articolandolo con chiarezza al suo interno — ci conduce a sfatare molte delle costruzioni che la sedimentazione delle interpretazioni ha fino ad oggi quasi calcificato.

A linea direttrice che guida la riflessione giuridica lungo tutto il corso dell'Ottocento tedesco, può essere certamente assunta, per

(54) H. KANTOROWICZ, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*. Erweiterte Text der Freiburger Antrittsrede, Mannheim, 1925, pg. 38, ora in ID., *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, hrsg. von TH. WÜRTEMBERGER, Karlsruhe, 1962, pg. 65.

(55) W. SCHÖNFELD, *Grundlegung der Rechtswissenschaft*, Stuttgart, 1951, pg. 117: « Infolgendessen weiss sie (die Kritische Dogmatik) auch dass sie als Dogmatik eines Rechts die Dogmatik des Rechts einfügen muss, was in der Rechtsvergleichung geschieht, die um der Wende von 18. zum 19. Jahrhundert von Reitemeier, Thibaut, Anselm Feuerbach, Eduard Gans und cinigen wenigen anderen einsichtigen, wenn auch noch ohne rechten Erfolg, gefordert und heutzutage bei jeden dogmatischen Arbeit als selbtsverständlich angesehen wird ». In ogni caso è proprio la valutazione sul temporaneo (« noch ») insuccesso di questi tentativi che deve essere ancora approfondita.

usare un'espressione di Franz Böhm, quella della edificazione di una 'Privatrechtsgesellschaft' ⁽⁵⁶⁾, di una società cioè nella quale il diritto privato non si manifesti soltanto come *un* elemento costitutivo, ma bensì invece come il *tutto* dell'ordinamento della società.

In questo senso, pur essendo necessario doverosamente distinguere, specialmente per la seconda metà del secolo, tra *Unternehmertum* e piccola borghesia ⁽⁵⁷⁾, è possibile scorgere una dimensione storica 'profonda', che rende palesi significative linee di continuità nella storia dello sviluppo del liberalismo 'giuridico'; nella rivoluzione del 1848 senza dubbio il movimento liberale subì, in qualità di movimento costituzionale, una sconfitta, sconfitta che tuttavia non si ripercosse in modo decisivo su di esso in quanto 'movimento giuridico' ⁽⁵⁸⁾; anche per questo motivo non abbiamo creduto di poter scandire la nostra ricerca secondo la tradizionale partizione della storiografia tedesca in una fase anteriore alla rivoluzione (Vormärz) e in una fase successiva (Nachmärz) ⁽⁵⁹⁾, pur

⁽⁵⁶⁾ Cfr. F. BÖHM, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in *Ordo-Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, Bd. XVII, 1966, pgg. 75-151, spec. 75-93.

⁽⁵⁷⁾ Vedi le acute osservazioni in questo senso di D. BLASIUS, *Bürgerliches Recht und bürgerliche Identität. Zu einem Problemzusammenhang in der deutschen Geschichte des 19. Jahrhunderts*, in *Vom Staat des ancien regime zum modernen Parteienstaat*, in *Festschrift für Theodor Schieder zum seinem 70. Geburtstag*, hrsg. von H. BERDING, K. DÜWELL, L. GALL, W. J. MOMMSEN, H.-U. WEHLER, München-Wien, 1978, pgg. 213-224, 215.

⁽⁵⁸⁾ Cfr., per un primo orientamento, D. BLASIUS, *Bürgerliche Gesellschaft und Kriminalität. Zur Sozialgeschichte Preussen im Vormärz*, Göttingen, 1976, pg. 132 ss.

⁽⁵⁹⁾ Questo tipo di periodizzazione si basa, com'è chiaro, sulla postulata centralità del 1848 e della 'rivoluzione borghese' per la comprensione di tutto lo sviluppo storico tedesco: una tesi per solito accompagnata da giudizi largamente negativi sul ruolo svolto dal liberalismo tedesco dopo il 'fallimento' della rivoluzione; in tal senso vedi L. GALL, *Liberalismus und Bürgerliche Gesellschaft. Zu Charakter und Entwicklung der liberalen Bewegung in Deutschland*, in *Liberalismus*, hrsg. von Lothar Gall, Königstein im Taunus, 1980, pg. 162 ss.

La storiografia più recente va orientandosi però verso una 'sdrammatizzazione' di quella centralità, cfr. già M. RAUH, *Il liberalismo e il sistema politico tedesco nell'epoca guglielmina*, in *Il liberalismo in Italia e in Ger-*

se molti dei giuristi da noi presi in esame operarono e vissero in quel primo periodo⁽⁶⁰⁾.

È una volta accettata quella linea direttrice che sorgono però i primi problemi: nel momento del passaggio della società attuale, società fondata sulla stratificazione del privilegio e del diritto particolare, ad una società di pura coordinazione, che lo sguardo deve farsi più attento ai fenomeni che un tale trapasso, processo di per sé di lunga durata⁽⁶¹⁾, per ripercussione genera sulla scienza giuridica.

mania dalla rivoluzione del '48 alla prima Guerra Mondiale, a cura di R. LILL e N. MATTEUCCI, Bologna, 1980, pgg. 291-293; ma soprattutto I. CERVELLI, *Liberalismo e Conservatorismo in Prussia, 1850-1858*, Bologna, 1983, *passim*.

⁽⁶⁰⁾ Basterà qui ricordare Georg Friedrich Puchta (1798-1846) o Eduard Gans (1798-1839).

⁽⁶¹⁾ È invalsa l'abitudine ad assumere, proprio in forza dei fenomeni di persistenza dell'elemento 'tradizionale', delle vecchie strutture, lo svolgimento storico della Germania dell'800 sotto la nozione di 'arretratezza', in chiara connessione comparativo-valutativa rispetto ai classici modelli di sviluppo inglese o francese.

Si tratta però, come rileva Pio CARONI, *recensione* a M. FIORAVANTI, *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, X (1981), pg. 257, di una nozione assai problematica. Essa ha infatti a suo sottofondo un'immagine del secolo XIX concepito solo come il secolo dell'industria e della borghesia, delle nuove tecniche e della nuova cultura. Si tratta forse di sottoporre ad una certa revisione le opinioni correnti sul grado di industrializzazione e di modernità sociopolitica — a livello europeo, quindi, e non solamente 'germanico' — fino al termine dell'Ottocento.

Così ad esempio, e avendo appunto riguardo allo sviluppo complessivo europeo, Francia ed Inghilterra incluse, si esprimeva già chiaramente J. A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, London, 1954, trad. it., Milano, 1977, pg. 127 ss., spec. pg. 132, a proposito del ruolo dominante e determinante giocato (persino in Inghilterra) dall'aristocrazia « *fino al termine del periodo di capitalismo intatto e vitale* » (sottolineatura nell'originale). Che in ogni caso i vari tipi di 'compromesso' tra i ceti e tra questi e lo Stato (Stato-nobiltà nell'esperienza della Prussia federiciana; borghesia-vecchi ceti alla direzione dello Stato negli anni del 'Nachmärz'), nei quali si è articolata la storia social-costituzionale tedesca, non possano essere interpretati in chiave di pura e semplice 'divisione del lavoro', per cui all'uno sarebbe spettata l'egemonia della sfera politica in cambio della cessione all'altro del predominio in campo economico; ma sia invece necessario tener

È vero che il pensiero sistematico si fa in questa fase sempre più marcatamente 'dualistico': le distinzioni diritto oggettivo-diritto soggettivo, ma soprattutto diritto pubblico-diritto privato acquistano una nuova funzione⁽⁶²⁾, che inizialmente appare privilegiare quest'ultimo.

Sarebbe però conclusione troppo affrettata trarne la conseguenza di una completa emancipazione dalle categorie giuridiche dell'assolutismo e dell'*ancien régime*, che non a caso sul finire del XVIII secolo si servirono largamente dello strumento della tutela giuridica privatistica, della 'realizzazione' dei diritti cettuali⁽⁶³⁾, per assicurarne una spoliticizzazione favorevole a un progetto di armonica convivenza degli interessi nobiliari, borghesi e contadini; come ci sarà dato dimostrare analizzando la polemica di 'transizione' tra Vernunftrecht e Scuola Storica, accesi ad opera di Johann Georg Schlosser e Ernst Ferdinand Klein relativamente all'idea della possibilità di un codice 'puramente' privatistico e della realizzabilità di un diritto romano attuale ad opera della scienza⁽⁶⁴⁾.

In realtà, basta gettare uno sguardo sugli ultimi anni '30 e poi al di là della metà del secolo⁽⁶⁵⁾, per rendersi conto che il pri-

presente « il carattere conflittuale e dialettico di questo compromesso, i cui termini sono modificati nel tempo e a seconda delle circostanze » è quanto risulta dalla ricerca di G. CORNI, *Stato assoluto e società agraria in Prussia nell'età di Federico II*, Bologna, 1982, pg. 390 ss.

Su tutta la problematica della cosiddetta « arretratezza » è comunque fondamentale A. J. MAYER, *The Persistence of the Old Regime. Europe to the Great War*, New York, 1981, trad. it., *Il potere dell'ancien régime fino alla prima guerra mondiale*, Bari, 1982.

⁽⁶²⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Was bedeutet der Streit um den « Rechtsstaat »?*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, XCV (1935), n. 2, pgg. 189-201.

⁽⁶³⁾ Si veda G. BIRTSCH, *Gesetzgebung und Repräsentation im späten Absolutismus. Die Mitwirkung der preussischen Provinzialstände bei der Entstehung des Allgemeinen Landsrecht*, in *Historische Zeitschrift*, CCVIII (1969), pg. 265 ss.

⁽⁶⁴⁾ Significativo già il titolo 'programmatico' di uno degli scritti di SCHLOSSER, *Vorschlag und Versuch einer Verbesserung des deutschen bürgerlichen Rechts ohne Abschaffung des römischen Gesetzbuchs*, Leipzig, 1777.

⁽⁶⁵⁾ Ciò non sembrerebbe confermare quindi l'interpretazione para-

mato della scienza civilistica sopravvive nonostante la sua stessa ammissione (e conversione in favore) di una teoria delle fonti assai più marcatamente 'monistica', che stabilisce sul piano della validità la formale superiorità del diritto pubblico.

L'apparente contraddittorietà di questo risultato ci sembra illuminare di una diversa luce — ove si tenda a sottolineare le differenze fra una posizione globale di Savigny e quella di Puchta — un fenomeno che ancora nella *Vorrede* all'undicesima edizione del 1871, prendendo le difese del metodo seguito da Puchta nella composizione della sua 'Pandekten', di contro alle critiche di Jhering e Bruns, Rudorff sentiva l'esigenza di segnalare: la completa rottura dallo stesso Puchta operata nei confronti dell'esperienza del cosiddetto *Usus Modernus Pandectarum* ⁽⁶⁶⁾.

Ci pare infatti che il fondamento principale di quella contraddittorietà insita in un mantenimento dei dualismi nell'impostazione del 'Systemdenken' anche quando essi siano superati a livello di teoria delle fonti, sia da ritrovare nella considerazione che il diritto privato, dietro la 'facciata' delle costruzioni giuridiche formali di una validità esclusivamente statale, tuttavia in realtà ancora per tutto l'Ottocento sia sopravvissuto e abbia continuato a vivere in larga misura come una latente *common law*, come un diritto comune nel doppio senso di una sua non statualità e di una sua fondamentale unitarietà ⁽⁶⁷⁾: in sostanza cioè che quella suddivisione in diritto privato e pubblico sia sempre rimasta collegata con l'idea che il diritto privato e la giurisdizione civile avessero in fondo mantenuto qualcosa del diritto comune e

digmatica della seconda metà del secolo come epoca della *dissoluzione*, o per lo meno della definitiva crisi della scuola; in questo senso cfr. A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig und Wien, 1929, pg. 173 ss. Ci interessa del resto per ora solo un semplice accenno a questo tipo di conclusioni, dato che la tematica costituirà uno degli assi portanti della nostra ricerca. Per un primo orientamento vedi adesso H. H. JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1983, pgg. 12-24.

⁽⁶⁶⁾ A. F. RUDORFF, *Vorrede zur elften Auflage delle Pandekten* di G. F. PUCHTA, Leipzig, 1872, pgg. VIII-IX.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Über die zwei grossen « Dualismen » des heutigen Rechtssystems* (1939), in *Mélanges Streit*, Atene, vol. II, pgg. 315-328, ora in *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939*, Hamburg, 1940, pg. 261 ss.

della giurisdizione di diritto comune, e che pertanto quel dualismo in ultima analisi non fosse tale da pervadere di sé in profondità le radici dell'intero ordinamento giuridico.

Non potrà allora costituire motivo di sorpresa l'osservazione che, al di là di ogni esterna avversione, i punti di contatto fra tradizione dell'*Usus Modernus* e una parte della Scuola Storica — segnatamente anche il Savigny del 'System' — sono forse più profondi di quanto finora si potesse supporre, fino a ricomprendere una netta continuità nella concezione delle funzioni della dogmatica⁽⁶⁸⁾.

Sotto questo profilo, e lo vedremo, indubbiamente si potrebbero avvicinare le figure di Savigny ed Hugo, come però Franz Wieacker tende a fare in modo globale e pertanto non del tutto soddisfacente: nel cercare di enucleare lo *specificum* del processo di trasformazione della giusciviltistica agli inizi del secolo XIX, egli ne coglie l'elemento unificante nella costruzione di una teoria generale ('philosophisch-historisch') del diritto positivo che, collocando in una linea di accentuata continuità la 'Philosophie des Positiven Rechts' dello stesso Hugo con il savignyano 'System des heutigen positiven Rechts' del 1840, viene a disconoscere in ampia misura i diversi ambiti di funzionalità e le diverse impostazioni e filiazioni ideali dei due giuristi⁽⁶⁹⁾.

(68) Particolarmente per quanto ha riguardo ai criteri di differenziazione tra i concetti di legge e 'dogma'.

(69) F. WIEACKER, *Die Ausbildung einer allgemeinen Theorie des positiven Rechts in Deutschland im 19. Jahrhundert*, in *Festschrift für Karl Michaelis*, hrsg. von H. M. PAWLOSKY und F. WIEACKER, Göttingen, 1972, pgg. 354-362. Di tenore affine le considerazioni sulla *Geschichte* del 'Systemdenken' di J. BÄRMANN, *Zur Methode des Vernunftrechts. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des Code Civil in der Pfalz*, in *Festschrift zum 150 Jährigen Bestehen des Oberlandesgerichts Zweibrücken*, Wiesbaden, 1969, pgg. 4-25, spec. par. III, pg. 8 ss.

Che, nell'ottica dell'identificazione tra tentativi sistematizzatori e l'affermarsi della teoria generale, sia 'almeno' necessario interrogarsi e sul retroterra e sulla sussistenza di una pretesa del pensiero pandettistico alla « Allgemeingültigkeit » è ora affermato da R. GMÜR, *Rechtswirkungsdanken in der Privatrechtsgeschichte*, cit., pg. 167 ss.; la questione è ben lungi dal potere ricevere una risposta semplice ed univoca, come testimoniano in particolare le riflessioni di PUCHTA, *Betrachtungen über alte und neue Rechtssystemen*, cit., pg. 233.

È infatti vero che in entrambi gli autori ricorre il concetto di diritto romano attuale, e che inoltre proprio nella recensione alla seconda e terza edizione della ' *Rechtsgeschichte* ' di Hugo ⁽⁷⁰⁾, incontriamo per la prima volta la tesi di Savigny secondo la quale « l'intera scienza giuridica di per sé non è nient'altro che storia del diritto ».

E tuttavia, proprio perché questi dati non sono più per noi elementi acquisiti, ma punti di partenza di una riflessione, essi non ci impediscono di spingere lo sguardo al di là di una ' pacifica ' continuità, per indagarne la funzione all'interno dei due sistemi globalmente considerati.

Il progetto di Hugo si mostrerà così allora profondamente divergente da quello di Savigny, fondato com'è sull'idea di una scienza giuridica ' pura ' (' *Rechtsgeschichte* ' e ' *Rechtsphilosophie* '); non immediatamente pratica: lo viene ad attestare la stessa controversia sulla funzione della ' *Rechtsgeschichte* ' che in Hugo è modellata sull'esempio del metodo, proposto da Reitemeier, di una trattazione *sincronistica* della storia interna del diritto romano, contro i diversi intendimenti savignyani. Di un Savigny che trova in ciò, paradossalmente, più di una linea di contatto con colui che viene immancabilmente considerato il suo avversario di sempre: Friedrich Justus Thibaut ⁽⁷¹⁾. La sua figura, se esaminata non più dall'ormai un po' abusato angolo di osservazione della controversia sulla codificazione — una lettura dei contributi da lui pubblicati anche anonimi sugli *Heidelbergsche Jahrbücher* a partire dalla recensione del famoso volume del Rehberg ⁽⁷²⁾, dimostra del resto

⁽⁷⁰⁾ Contenuto in F. C. von SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, Bd. 5, pg. 2.

⁽⁷¹⁾ Cfr. H. WROBEL, *Rechtsgeschichte, Wirtschaftsgeschichte, Sozialgeschichte: die Thibaut-Savigny Kontroverse*, in *Kritische Justiz*, VI (1973), pg. 149 ss., che tuttavia pone giustamente e con forza l'accento sulla necessità di sollevare il problema dello sfondo economico-sociale delle soluzioni giuridiche ' tecniche '.

⁽⁷²⁾ Si tratta del ' manifesto ' della ' reazione ' nazional-conservatrice ai tentativi di dar applicazione illimitata negli stati tedeschi alle disposizioni più antifeudali del Codice francese: *Über den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland*, Hannover, 1814; la recensione di Thibaut, apparsa nello stesso anno in *Heidelbergsche Jahrbücher der Literatur*, n. 1 e

che Thibaut era assai lontano dall'accettare incondizionamente il Code Napoleon quale modello esente da ogni critica e lascia già qualche dubbio sulla giustezza delle opinioni di quanti hanno voluto contrapporre, sic et simpliciter, la sua immagine a quella di Savigny — se esaminata invece, dicevamo, dall'angolatura del lavoro sistematico-dogmatico del 'Pandettista', potrà acquistare più di un contorno insospettato e prezioso per l'individuazione della reale portata sociale persino delle innovazioni sistematiche savignyane e comunque della Pandettistica in generale.

5. Si è poi troppo facilmente dimenticato che non soltanto Savigny 'viene', per dir così, dal magistero di un Hugo, ma che da esso traggono altresì le loro origini Anselm Feuerbach, lo stesso Thibaut e non da ultimo — è bene ricordarlo, nonostante le apparenze in contrario e tutte le ulteriori avversioni — anche Eduard Gans.

Con la dottrina giuridica di Gans, senz'altro il più famoso — ma non l'unico — giurista 'hegeliano', siamo giunti a toccare un nodo di centrale rilievo per la comprensione di quel solido intreccio con la scienza giuridica romana, che giace a fondamento della costruzione di un 'diritto romano attuale', quale massima aspirazione della scienza pandettistica.

Quando si nomina Gans, data anche la quasi totale scarsità di contributi sulla sua figura, il pensiero del giurista dissepellisce ormai a fatica della sua memoria storica una attutita controversia sul possesso; e con ancor più difficoltà approda forse — non senza qualche prevenzione e diffidenza verso un tentativo così poco assistito da quelle virtù come il 'buon senso' o la 'moderazione', che erano al contrario proprie delle ricerche esclusivamente 'romantiche' della Scuola Storica — a ricollegare l'«*Erbrecht in welt-geschichtlicher* Entwicklung» alla sua funzione di grandioso, anche se non coronato da successo, modello alternativo alla 'storiografia' savignyana.

Con una certa qual prevenzione, si diceva: ed invero se la storia della critica hegeliana alla Scuola Storica è ancor tutta da

2, pg. 1 ss., fa infatti espresso riferimento a tutta una serie di contributi critici precedenti (*ibid.*, pg. 5).

scrivere⁽⁷³⁾, ciò non di meno essa rappresenta un punto di riferimento a nostro avviso imprescindibile nella prima metà del secolo, per comprendere almeno il rapporto (oggettivo) tra il Savigny del *Sistema* e Puchta; ma ancor più in generale i tentativi di rinnovamento della prospettiva della civilistica tedesca posti in atto sul finire degli anni '30. Tentativi destinati a mostrare i loro frutti agli inizi degli anni '50, ad un punto tale che un romanista contemporaneo dei più agguerriti e lucidi, come Johann Emil Kuntze, poté a suo tempo dichiarare scoccata — forse un po' troppo trionfalisticamente — l'ora di una 'svolta' nella scienza giuridica⁽⁷⁴⁾.

L'alternativa hegeliana, lungi dal non essere mai entrata veramente in gioco a livello del diritto privato, come è opinione comune ribadita anche autorevolmente da Franz Wieacker⁽⁷⁵⁾, co-

(73) Così M. FIORAVANTI, *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, pg. 72, nota 132.

(74) Intendiamo far riferimento a J. E. KUNTZE, *Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft. Ein Beitrag zur Orientierung über den gegenwärtigen Stand- und Zielpunkt derselben*, Leipzig, 1856; del resto, come avremo occasione di constatare, analizzandolo in seguito più da vicino, uno dei più centrati contributi per la comprensione storiografica della 'transizione' degli anni '50.

(75) Secondo il quale l'influsso della componente hegeliana, non sottoposto comunque a specifica analisi, si rivelerebbe fattore decisivo di differenziazione tra la storia del diritto pubblico e quella del diritto privato, laddove il predominio della Scuola Storica sarebbe rimasto quasi del tutto incontrastato: cfr. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen, 1967, pg. 413 (cfr. trad. it. cit., t. II, pg. 98).

Questo atteggiamento è indubbiamente correlato ad una insufficiente disamina e ad una minore attenzione verso il ruolo sistematico svolto dal 'diritto privato' — ci limitiamo per adesso ad utilizzare questo termine in senso 'ampio' e 'convenzionale', avvertendo che esso costituisce più un 'problema' che un settore ben definito — nella stessa hegeliana 'Filosofia del diritto'; un esempio sintomatico di questa 'clausola di chiusura', atta a risparmiare una certo non agevole indagine 'sul campo', ci è fornito da ultimo da Peter LANDAU nel suo pur pregevole contributo *Hegels Begründung des Vertragsrechts*, in M. RIEDEL (hrsg.), *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1975, Bd. 2, pg. 176: «Die zivilrechtliche Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts hat sich unter den Einfluss der historischen Schule dem Einfluss Hegels fast (?) vollständig verschlossen und ist bis zur Gegenwart kaum von Ansätzen Hegels geprägt worden». Landau si appoggia, come era d'altronde lecito attendersi, per que-

stituisce pur con le sue manchevolezze, una voce significativa in questo quadro.

La critica di Gans alla Scuola Storica, come testimonia fin la prima opera in cui essa si affaccia, gli « Scholien zum Gaius » del 1821 — ma già avvisaglie delle sue successive prese di posizione sono da riconoscere nel ‘Diritto romano delle obbligazioni’ del 1819, per solito ancora assegnato alla sfera di influenza ‘storica’ — è a lui dettata dall’esatta identificazione nei rapporti tra storia romana e diritto romano e nella costruzione del sistema del diritto romano attuale dei punti centrali del progetto — prontamente avversato, sulle orme di una tradizione di interpretazione ‘politica’ del diritto con ascendenze ‘illuministiche’ — di una attualizzazione

sta ‘incidentale’ osservazione, al sopracitato passo di F. Wieacker; più sorprendente è però il contemporaneo riferimento a due luoghi di R. v. STINZING - E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, München-Berlin, 1910 (rist. Aalen, 1957), Abt. 3, Halbband 2, *Testo*, pgg. 587 e 596, dai quali si ricava una tendenzialmente opposta impressione.

Poco conclusivo appare anche il richiamo a R. MARCIC, *Hegel und das Rechtsdenken im deutschen Sprachraum* (Salzburger Universitätschriften, Bd. 9), Salzburg-München, 1970, pg. 81; il testo in questione, infatti, estremamente meritevole, e persino insostituibile, poiché rappresenta sinora praticamente l’unico tentativo di colmare — anche bibliograficamente — la lacuna di cui veniamo discorrendo, o in ogni caso di iniziare una revisione della corrente storiografia, costituisce una versione non di molto ampliata di una relazione tenuta in occasione di un congresso svoltosi a Merano dal 31 marzo al 5 aprile 1970 sul tema, di per sé non specificatamente rivolto ai giuristi: « Der Hegelianismus in der Kulturwelt deutscher und italienischer Sprache von 1831 bis heute ». Il lavoro di Marcic affronta quindi il suo oggetto, come lo stesso autore correttamente segnala, « mit einer vielleicht *unvermuteten* Methode », dal momento che *dapprima* viene a esaminare quali siano i problemi fondamentali della odierna dottrina del diritto e dello stato, per poi domandarsi quali *nuove* risposte si possano rinvenire nella dottrina hegeliana.

L’indagine invece dedicata alla « presenza e assenza di Hegel nella giurisprudenza tedesca » viene così ad occupare un totale di poco superiore alle venti pagine; delle quali non più di due capoversi (!) sono dedicati al tema del diritto privato, cfr. pgg. 79 ss., 82-83: sull’atteggiamento complessivo di Marcic rispetto ad Hegel si veda W. R. BEYER, *Marcic Denkweg zu Hegel*, pgg. 17-22, in *Das Naturrechtsdenken heute und morgen, Gedächtnisschrift für René Marcic*, hrsg. von D. MAYER-MALY und R. M. SIMON, Berlin, 1983.

‘immediata’ del diritto romano: non a caso quella critica potè culminare oltre che nell’ ‘Erbrecht’ e nel secondo intervento sulla teoria del possesso, proprio nella proposizione di un’alternativo ‘Sistema del diritto civile romano’ del 1827⁽⁷⁶⁾.

È noto come il ruolo di principale interlocutore nella polemica con Gans sia stato rivestito da Georg Friedrich Puchta.

Meno noto è un altro elemento: a sostanziale riprova del carattere ‘aperto’ di questo scorcio di Ottocento, al termine della polemica, condotta con grande durezza, troviamo comunque Puchta ampiamente allineato proprio dal punto di vista sistematico su posizioni ‘hegeliane’, in conformità ad un interesse che, sempre ‘soggettivamente’ ambiguamente negato, a più riprese viene però obbiettivamente in primo piano.

E ad un punto tale che le critiche del Savigny del 1840 all’unilateralità della corrente che vorrebbe separare lo studio del diritto romano giustiniano dal diritto del ‘presente’, magari poi identificando nel primo il diritto ‘assoluto’⁽⁷⁷⁾, e così pure la funzione ‘mediatrice’ attribuita al System, debbono intendersi rivolte in parte anche contro Puchta: non a caso — e si dimentica troppo spesso che alla teoria dell’interpretazione della legge è dedicata larga parte del volume del 1840 — Savigny si ricollegherà criticamente a quella tradizione ‘ermeneutica’ propria dell’*Usus Modernus*, che aveva trovato una delle sue ultime ma ammirevoli formulazioni nella ‘*Theorie der Logischen Auslegung des Römischen Rechts*’ del Thibaut. Una tradizione alla quale invece Puchta aveva saputo dedicare solo una sprezzante stroncatura.

L’opera di integrazione compiuta da Puchta nei confronti della critica hegeliana riveste però, a nostro avviso, grande importanza perché sottolinea anche il carattere ‘debole’ di quell’alternativa: partendo dall’analisi hegeliana del diritto ‘astratto’ — analisi che non può in sé secondo noi essere senz’altro identificata

⁽⁷⁶⁾ Il titolo completo di questa lucida analisi gansiana, praticamente ignorata in dottrina, suona: *System des Römischen Civilrechts im Grundrisse nebst einer Abhandlung über Studium und System des römischen Rechts*, Berlin, 1827.

⁽⁷⁷⁾ È la significativa formula adottata da un allievo di Gans, G. LENZ, *Über die geschichtliche Entstehung des Rechts. Eine Kritik der historischen Schule*, Greifswald und Leipzig, 1854, pg. 35.

con l'attuale partizione diritto pubblico-diritto privato e con la supremazia del primo sul secondo, avendo piuttosto sullo sfondo la struttura giuridica dell'ALR ⁽⁷⁸⁾ — non era infatti cosa semplice mantenere sempre chiare le distanze, non solo tecniche, ma più propriamente di proposta politico-sociale nei confronti della Scuola Storica.

Da quella critica emergeva infatti, pur con il graduale venir meno, a livello di coscienza, delle componenti illuministico-settecentesche che l'avevano inizialmente sostenuta, l'accentuazione, a tratti, dell'elemento di un diritto 'sociale' — si ricordino solo i nomi di Stahl o di Bruns, e più tardi di Otto von Gierke —: una tale sottolineatura veniva però indebolita dalla disattenzione manifestata per buona parte dei primi tre quarti di secolo nei confronti dell'altra 'moderna' scienza, l'economia politica, nonostante l'ampia accettazione portatane a termine da Hegel. Sarà, infatti, paradossalmente se si vuole, pur sempre Savigny, il tardo Savigny della dottrina delle 'Obbligazioni', e non già, prima di lui qualcuno dei giuristi 'hegeliani', che darà segni d'interesse nei confronti di quella disciplina ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁸⁾ Già nel lavoro di F. ROSENZWEIG, *Hegel und der Staat*, München und Berlin, 1920 (rist. Aalen, 1962), Bd. II, pg. 114 ss., benché dedicato a un problema ben diverso, vi erano cenni, non tenuti peraltro nel dovuto conto, sul rapporto tra le concezioni 'privatistiche' hegeliane e la codificazione prussiana.

⁽⁷⁹⁾ Intendiamo in particolare alludere al problema della *Geldlehre* savignyana: un tale interesse emerge proprio in riferimento al concetto di *Vermögen* e alle sue possibili relazioni concettuali con le teorie sul denaro.

L'utilizzazione savignyana di suggestioni provenienti da un settore in via di sempre maggiore sviluppo come era quello degli studi sull'economia politica è fatto in sé poco noto: in realtà il fenomeno stesso delle reciproche influenze — non sembri azzardato avanzare l'ipotesi non solo di 'prestiti' ricercati dai giuristi nell'ambito delle teorie economiche, ma anche di un flusso contrario dal 'giuridico' all' 'economico' —, la ricerca dei punti di contatto fra due discipline sviluppatasi in certo modo parallelamente nel corso dell'Ottocento costituisce, come ci sarà dato di constatare sia pur sommariamente nel corso di questo lavoro, un campo ancora praticamente inesplorato.

L'attenzione savignyana verso la teoria economica suscita immediatamente numerosi interrogativi e va tuttavia in ogni caso meglio chiarita

E ne emergeva pure un più accentuato 'monismo' delle fonti giuridiche, atto a cogliere assai meglio il ruolo dello Stato; non poteva però in sostanza venir rotto nel profondo quel cerchio magico di una 'scienza del diritto comune', che continuava a sottrarsi largamente all'esigenza di costituire una scienza 'positivistica' nel vero senso del termine.

Una scienza che mostrava quella singolare dipendenza-indipendenza della 'Rechtsquellenlehre' nei confronti del sistema, cui venivamo accennando; tanto che si potrebbe quasi affermare che il cosiddetto problema delle fonti nascesse non prima, ma dopo la costruzione del sistema, non connesso all'esigenza di fondarlo, bensì invece a quella di definirlo compiutamente: fonti funzionali sì, ma non specifiche; un sistema che *inventa* le sue fonti divenendo così lo strumento indispensabile dell'autocomprensione della scienza⁽⁸⁰⁾, lo strumento privilegiato dell' 'autoriferimento' ⁽⁸¹⁾.

sotto un duplice profilo; in primo luogo, il momento storico nel quale essa emerge (come è noto i due volumi concernenti il 'Diritto delle Obligazioni quale parte del diritto romano attuale' risalgono agli anni 1851 e 1853): sono queste date puramente casuali o un simile interesse assume un significato ben preciso in relazione al mutamento storico in corso negli anni '50?

La risposta non potrà che essere data tenendo conto del secondo profilo che subito ci colpisce: una tale utilizzazione è centrata in special modo su autori come Hufeland e Hoffmann, appartenenti all'ala degli 'economisti vetero-liberali'; cioè, in definitiva, su lavori che in qualche modo suscitano il problema della loro 'sincronia' o 'discronia' con 'quel' tempo storico (gli anni '50) nel quale il giurista imprende una 'Übertragung' dei concetti in essi contenuti sul terreno a lui più congeniale. Tutte queste valenze dovranno essere prese in considerazione per cogliere il senso dell'operazione savignyana, ma una loro più approfondita analisi potrà forse rivelarsi una preziosa chiave per una miglior comprensione delle inflessioni socio-economiche di tutta la produzione savignyana.

⁽⁸⁰⁾ A riprova di tale consapevolezza, si faccia solo riferimento ad un volume situato proprio alla fine di quell'esperienza: *Systematische Rechtswissenschaft*, hrsg. von R. SOHM, P. LABAND u.a., Berlin und Leipzig, 1906.

⁽⁸¹⁾ Sul tema dell'autoriferimento come costitutivo della scientificità intesa in senso 'moderno' — ovverosia della sempre maggiore necessità per le varie discipline scientifiche, di fronte alla crescente complessità dell'«ambiente» in cui si trovano ad operare, di fare leva su procedimenti auto-descrittivi al fine di proteggere le proprie strutture sistematiche, tema che a sua volta implica la sempre più importante funzione della formu-

Abbiamo già di sfuggita cercato di chiederci a proposito delle interrelazioni tra XVIII secolo e Pandettistica se sia significativa concepire lo sviluppo storico nei termini di una teoria della 'modernizzazione' ⁽⁸²⁾.

Il nucleo centrale di quella concezione, il suo precipitato a livello più strettamente giuridico è costituito dalla categoria della 'positivizzazione del diritto' come presupposto della formazione di una società moderna ⁽⁸³⁾; siamo così immediatamente ricondotti ai rapporti della 'scienza' civilistica col diritto 'tradizionale', con la tarda dogmatica dell'*Usus Modernus*, del *Vernunftrecht*, della vecchia *Reichspublizistik*.

Che nel XIX secolo questo processo vada compendosi non par dubbio: tuttavia ancora una volta, onde meglio evitare una terminologia atta a trarre in inganno — alternativamente perché stabilisca continuità che si rivelano fittizie, o fissi rotture che si ricompongono in semplici differenziazioni — è necessario precisare concettualmente con più attenzione.

Cosa intendiamo per 'positività' ⁽⁸⁴⁾?

lazione di classificazioni, di schematizzazioni in sede binaria (la coppia vero-falso, diritto pubblico-diritto privato) — cfr. N. LUHMANN, *Gesellschaftsstrukturen und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1981, Bd. 2, *Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive*, pgg. 9-44; questo tipo di analisi ci consentirà, ad esempio, di vedere in una luce diversa il rapporto Scuola Storica — 'logica diretto allo scopo' di provenienza jheringhiana.

⁽⁸²⁾ Per una interessante disamina dei problemi connessi con l'asunzione di una tale teoria come orizzonte storiografico, e con il conseguente privilegiamento della dicotomia tradizionale-moderno (= razionale) cfr. H.-U. WEHLER, *Modernisierungstheorie und Geschichte*, Göttingen, 1975, pgg. 14-15, 34 ss.; inoltre P. FLORA, *Modernisierungsforschung*, Opladen, 1974.

⁽⁸³⁾ Cfr. N. LUHMANN, *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, in ID., *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, 1981, pg. 113 ss. Si veda anche J. BLÜDHORN, « Kantianer » und Kant: die Wende von der Rechtsmetaphisik zur Wissenschaft von positiven Recht, in *Kant Studien*, LXIV (1973), pg. 363 ss.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. N. LUHMANN, *Positivität*, cit., pg. 122 s., e ID., *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Bd. I, Opladen, 1974⁴, pgg. 178-203.

Può suonare relativamente inequivoco caratterizzare come positivo un diritto che « valga in forza di decisioni ».

Senonché questa definizione deve essere sottratta ai fraintendimenti — dovuti alla commistione di genesi e obbligatorietà — propri della teoria giuridica delle fonti; inoltre, cosa ancor più rilevante ai fini della sua utilizzazione come parametro storiografico discriminante fra le varie linee di pensiero giuridico, abbisogna di una correzione: il semplice fatto storico di una statuizione giuridica posta nel passato non è sufficiente da solo a rendere positivo un fenomeno di validità del diritto. Altrimenti detto, la positività non può essere essa stessa 'posta' tramite un atto di decisione: il suo criterio può consistere non già in un atto legislativo occasionale e puntuale, bensì nella sua sempre attuale sopravvivenza giuridica che conferisca validità al diritto, in quanto esso sia funzionalmente rivolto a trascogliere tra diverse *possibilità* e come tale in *ogni momento* sia vissuto e concepito come *variabile* (Machbar) ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. l'intervento di W. Wilhelm nella discussione sulla relazione di T. VIEHWEG (*Positivismus und Jurisprudenz*, pg. 195 ss.), in *Positivismus im 19. Jahrhundert. Beiträge zu seiner geschichtlichen und systematischen Bedeutung*, hrsg. von J. BLÜHDORN und J. RITTER, Frankfurt am Main, 1971, pgg. 120-121.

Il riferimento al tema della possibilità (*Möglichkeit*) non è occasionale: poiché è termine espressamente usato da Hugo e dà la misura della distanza che, come si accennava, lo separa da Savigny.

In questo quadro assume rilievo il problema, sollevato tra i primi da Ernst FORSTHOFF (cfr. ora, ID., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München, 1973, pg. 165, nota 1), se sia da far risalire a Savigny la 'paternità' della concezione giuridica 'istituzionale'; cfr. anche B. RÜTHERS, « *Institutionelles Rechtsdenken* » im Wandel der Verfassungsepochen, Bad-Homburg v. d. H., 1970, spec. pg. 41 ss. e E. WOLF, *Zur Kritik der institutionellen Rechtsauffassung*, in *Zur Theorie der Institution*, hrsg. von Helmut SCHELSKY, Gütersloh, 1970, pg. 77 ss.

In un senso nettamente negativo si è espresso invece H. KIEFNER, *Lex frater a fratre. Institution und Rechtsinstitut bei Savigny*, in *Rechtstheorie*, X (1979), pg. 129 ss. Si tratta comunque di una questione molto controversa proprio perché coinvolge in sostanza tutta la valutazione storiografica dell'Ottocento giuridico tedesco.

Recentemente infatti, a testimonianza della grande complessità, ma anche della poca chiarezza interpretativa che regna in questo campo, si

È significativo allora, ad ulteriore, indiretta riprova di una certa quale 'debolezza' dell'alternatività della proposta degli 'hegeliani' tra i giuristi⁽⁸⁶⁾, che persino lo stesso Hegel — è da

è rimessa in discussione la tesi sostenuta da W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1958, trad. it., Milano, 1974, pg. 50 — tesi gravida di implicazioni socio-politiche —, secondo la quale Savigny avrebbe mutuato il concetto di 'istituto giuridico' da J. F. Stahl. In realtà, sulla base dell'analisi dei manoscritti contenenti delucidazioni e aggiunte alla *Römische Rechtsgeschichte* di Hugo (*Erläuterungen und Zusätze zu Hugos Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, Berlin, 1806³, *aufgezeichnet in den Vorlesungen des Herrn Professor von Savigny während dem Wintersemester im Jahre 1808-1809*, Univ. Bibl. München, cod. msc. 891 4^o) sarebbe possibile accertare un uso del concetto di 'Rechtsinstitut' già fin da una lezione tenuta nel 1808; accanto ad esso Savigny accennava anche a 'politische Institute'. Così — in modo peraltro non del tutto esente da ombre — Horst HAMMEN, *Die Bedeutung F. C. von Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlage des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1983, pg. 49, nota 190. Tuttavia il problema si gioca anche altrove: nella determinazione, se ed una volta individuata una corrente di pensiero antipositivista, «sociologica», delle complesse relazioni che intervengono su di un punto decisivo; la presa di posizione per o contro uno «Ständische Privatrecht», o invece per un diritto privato tendenzialmente egualitario 'attraverso' i ceti.

(86) Benché naturalmente sia nostra intenzione di dedicare largo spazio alla questione, non sarà forse inutile anticipare qualche considerazione sul significato da dare all'aggettivo 'hegeliano' attribuito ad un giurista.

In realtà non vogliamo, innanzitutto, suscitare l'impressione che esista qualcosa di simile ad una 'scuola' hegeliana da contrapporre a quella 'storica': si tratta molto più di un viluppo di tematiche, che questi giuristi estraggono dalla *Rechtsphilosophie* e tentano con alterna fortuna — lasciamo qui ovviamente impregiudicati gli stravolgimenti ai quali vien a volte sottoposta la stessa dottrina hegeliana — di introdurre od 'applicare' sul terreno del diritto privato.

Accenniamo ad alcune di queste tematiche, precisando ch'esse non sempre ricorrono insieme: la preminenza assegnata al diritto attuale 'pratico' di contro al diritto romano attuale, con un connesso diverso rapporto tra storia giuridica — *Weltgeschichte des Rechts* più che semplice *Rechtsgeschichte* — e diritto del presente.

Attenzione al fenomeno della 'comparazione' giuridica; preminenza della legge nella gerarchia delle fonti: sottolineatura, quindi, del ruolo dello Stato. Ed ancora tentativi di applicare l'hegeliana logica del 'concetto' (*Begriff*) all'analisi giuridica: nonché differenze nella scelta dei principi

sottolineare il contesto di contrapposizione polemica al 'Beruf' savignyano —, che pur ben comprendeva il processo in corso, ritenesse di poter dichiarare, in inciso, quasi a sottolineare l'ovvietà della considerazione « ... poiché non può trattarsi di far un sistema di leggi nuove per il loro contenuto, ma di riconoscere nella sua universalità determinata il contenuto legale 'esistente', cioè di intenderlo, *pensando...* »⁽⁸⁷⁾. Veniva così di fatto negato che lo

ordinanti il sistema del diritto privato, allo scopo di rendere fruttuosa l'analisi hegeliana del concetto di diritto 'astratto'.

Si tratta, com'è evidente, di una semplificazione tipologica assai marcata, ma tuttavia idonea per grandi linee ad identificare il 'campo di forze' nel quale questi giuristi, anche con motivazioni assai diverse, vengono ad operare.

Si tratta, in ogni caso, di una presenza estremamente significativa per comprendere le ragioni di una sostanziale omogeneità del dibattito nella prima metà del secolo: una simile omogeneità condiziona pesantemente anche i tentativi di distacco dalle vie già battute proprii di un Jhering o di un Gierke. Si dovrà in buona sostanza attendere sino alla elaborazione come 'disciplina' della teoria generale del diritto, per vedere all'opera i primi reali presupposti di una messa in discussione del 'metodo giuridico'.

Non ci sembrano cogliere invece il nocciolo del problema, ma nemmeno giustificarsi su di un piano anche soltanto filologico quelle osservazioni volte ad accantonare semplicemente la questione, sulla base della considerazione « che si sarebbe oggi piuttosto in imbarazzo a fornire degli esempi di giuristi di qualche levatura (?) dei quali si possa affermare che siano stati veramente (?) hegeliani »; così però J. L. GARDIES nel del resto interessante articolo *De quelques malentendus entre Hegel et les juristes*, in G. PLANTY - J. BOUJOUR (ed.), *Hegel et la Philosophie du Droit*, Paris, 1979, pg. 132. Paradossalmente si dovrebbe formulare una conclusione opposta: tali giuristi furono *troppo poco* 'critici' nei confronti di Hegel per potersi rendere conto di correre su di una linea troppe volte 'parallela' o 'collaterale' a quella della Scuola Storica.

(87) G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821¹, edite a cura di E. MOLDENHAUSER e K. M. MICHEL, Frankfurt am Main, 1976, § 211, pg. 363: « da es nicht darum zu tun sein kann, ein System ihrem Inhalte nach neuer Gesetze zu machen, sondern den vorhandenen gesetzlichen Inhalt in seiner bestimmten Allgemeinheit zu erkennen, d.h. ihn *denkend* zu fassen mit Hinzufügung der Anwendung aufs Besondere » (sottolineature nell'originale); la traduzione italiana riportata nel testo è quella di F. Messineo, Bari, 1974, pg. 209.

Su questo punto è significativo riscontrare una singolare convergenza 'oggettiva', al di là delle diverse intonazioni, tra la concezione

stesso diritto affermato come positivo potesse rivestire quella essenziale qualifica della positività: la sua continua variabilità e 'fattibilità'.

È di fronte a questo fenomeno della « fattibilità », che si misura tutta la forza — anche al di là della sua pretesa 'dissoluzione' dopo gli anni '50 — della Scuola Storica (di questa scuola 'non positiva'), dinnanzi alle alternative che pur seguitano a proporsi. In una parola, tutta la capacità, da essa rivelata, di costringere quei tentativi ad accedere ad una logica puramente alternativa e a rimanervene in definitiva impigliati. Un'alternativa che consisteva o nell'accettazione pura e semplice della formazione di un '*besonderes Allgemeinprivatrech*', quale era stata propria del diritto romano-attuale (*borgnese?*); o, se ciò si rivelasse non più adeguato ai mutati rapporti sociali, a lasciare sì spazio all'esigenza di integrarlo con un '*allgemeines Sonder-Privatrecht*', che poteva però solo circoscrivere, ma non spodestare il primato, bloccato com'era dalla sua stessa logica di 'sostanzializzazione' del diritto formale⁽⁸⁸⁾.

Sarà proprio continuando a volgere lo sguardo a quelle alternative come ad indispensabile contrappunto — 'procedere' che fin dall'inizio caratterizza il peculiare angolo di osservazione da noi prescelto nell'analisi della *Pandektenwissenschaft* —, che avremo comunque modo di rimettere in discussione l'improvvisa scomparsa di ogni influsso hegeliano dopo le morti precoci di Gans e Puchta. Diviene allora necessario 'disseppellire' da un immeritato oblio l'opera di due giuristi entrambi attivi all'università di Kiel: Johann Friedrich Kierulff e Johannes Christiansen⁽⁸⁹⁾.

savignyana del diritto nuovo, del diritto 'del futuro', come diritto 'anomalo' e le affermazioni di Hegel: assicurare una continua e costante mutabilità del diritto tramite la legislazione non rientrava ancora, si può ben dire, nell'orizzonte del pensabile.

⁽⁸⁸⁾ Facciamo nostra, modificandone leggermente la portata, la terminologia di R. WIETHÖLTER, *Vom besonderen Allgemeinprivatrecht zum allgemeinen Sonderprivatrecht? Bemerkungen zu Grundlagenveränderungen in der Privatrechtstheorie*, in *Metodologias y Derecho Privado, Anales de la Catedra Francisco Suarez*, XXII (1982), pgg. 125-166.

⁽⁸⁹⁾ Su questi due autori la letteratura, anche in lingua tedesca, è praticamente insussistente; si possono incontrare solo sparsi accenni al ruolo

Ci si potrà chiedere: perché proprio questi due nomi, e perché la loro analisi dovrebbe poter arricchire la nostra conoscenza della giurisprudenza tedesca dell'Ottocento?

Un primo principio di risposta è già contenuto nell'indicazione dell'Università presso la quale svolsero la loro attività, qualora si pensi che lo stesso giovane Theodor Mommsen ebbe modo di ascoltarli entrambi, riportandone impressioni non transeunti, destinate a lasciare duratura traccia nella concezione del suo 'Staatsrecht' ⁽⁹⁰⁾.

Ma di più: Kierulff nella sua 'Theorie des gemeinen Zivilrechts' intraprende, in tutta indipendenza da Savigny e dalla Scuola Storica, un diverso tentativo di fondare la scienza giuridica privatistica; tentativo del quale non si può sottacere l'influsso sugli orientamenti della scienza pandettistica: quando si tratti di interrogarsi sulla genesi della 'Giurisprudenza dei concetti' non è più in alcun modo possibile lasciare inconsiderata la sua figura.

Per la 'Scienza della Storia del Diritto Romano' ⁽⁹¹⁾ di Christiansen oltre al riferimento a Mommsen, basterà qui osservare come l'importanza non ne fosse sfuggita al Puchta, che la farà oggetto di una significativa e accurata recensione — apparsa anonima e come tale non annoverata neppure nella più recente e completa bibliografia dei suoi scritti: siamo adesso in grado però di attribuirgliene con sicurezza la paternità ⁽⁹²⁾ —; non è un caso poi che le sue impostazioni storiografiche eserciteranno una notevole influenza, come avremo occasione di dimostrare nel corso del secondo

di rilievo da loro svolto nella transizione degli anni '50, come del resto aveva già lucidamente intuito J. E. KUNTZE, *Der Wendepunkt*, cit., pg. 18 ss.

⁽⁹⁰⁾ Cfr., per un'invito ad approfondire questo profilo, J. KUCZYNSKI, *Theodor Mommsen - Porträt eines Gesellschaftswissenschaftlers*, Berlin (Ost.), 1978, pg. 41 ss.

⁽⁹¹⁾ Si tratta più precisamente di J. CHRISTIANSEN, *Die Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte im Grundrisse*, Altona, 1838.

⁽⁹²⁾ La recensione in questione apparve sui *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft*, meglio conosciuti, dal nome del loro editore, come *Richter's Jahrbücher*, nello stesso anno di edizione del lavoro del Christiansen, il 1838. È da sottolineare come a quella data Puchta non avesse ancora pubblicato la sua opera di 'storia' del diritto romano, il *Cursus der Institutionen*, che vide la luce in prima edizione solo nel 1841.

volume di questa ricerca, sulla concezione dello stesso 'Geist des römischen Rechts' di Rudolf von Jhering⁽⁹³⁾, suo antico collega di Facoltà tra il 1849 e il 1852⁽⁹⁴⁾.

6. Siamo in grado così di toccare quasi con mano la continuità, ben al di là di ogni troppo netta cesura storica tra *Vormärz* e *Nachmärz*, della riflessione giuridica civilistica tedesca.

Molto, non possiamo né vogliamo negarlo, viene a mutare nel panorama della seconda metà del secolo.

Essa costituisce certamente il 'luogo' della vittoria del pensiero statual-decisionistico di contro al pensiero improntato al diritto comune; e per il pensiero sistematico ciò viene a rappresentare certamente una accentuazione dei dualismi: tuttavia si tratta di una vittoria più formale che sostanziale. Anche la progressiva sostituzione di una fonte 'statualistica' al 'diritto consuetudinario' viene a svolgere una funzione di 'interna' rilegittimazione del diritto romano attuale: il dibattito sul quale, già nella prima metà dell'Ottocento — in particolare ad opera dei cosiddetti 'Pandettisti pratici' —, si spingeva alla ricerca di un fondamento non più 'materiale', ma 'formale' della sua 'problematica' vigenza.

⁽⁹³⁾ I nomi di Jhering e Christiansen venivano comunque assai spesso — assai più di quanto sia consentito ricavare oggi da un esame della letteratura dedicata al primo — accostati dagli stessi contemporanei; cfr. ad esempio J. F. DWORZAK, *recensione* a J. E. KUNTZE, *Die Obligation und Singular-Succession des römischen und heutigen Rechts*, Leipzig, 1856, in *Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, hrsg. von L. ARNDTS - J. C. BLUNTSCHLI - J. PÖZL, Bd. IV, München, 1857, pg. 53; W. GIRTANNER, *Die Stipulatio und ihr Verhältniss zum Wesen der Vertragsobligation insbesondere zum Creditum*, Kiel, 1859, pg. 226 ss.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. la lettera di Jhering a C. F. Gerber, datata Kiel, 21 gennaio 1851 in *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, a cura di M. LOSANO, Milano, 1977, pg. 9.

In un altro luogo (lettera a Gerber, datata Giessen, 26 marzo 1854, *ibid.*, pg. 81) possiamo leggere il seguente giudizio sul suo collega di una volta: « Il mio antico collega Christiansen di Kiel... è morto di recente. Perdita irrimediabile quella di questo uomo geniale, fornito di qualità d'ogni sorta in modo quanto mai raro... Dopo Puchta non è morto alcun romanista col quale la scienza abbia perso altrettanto o che, quanto meno, volendolo, avrebbe potuto significare altrettanto per essa ».

Si fa sempre più forte — in ossequio del resto ai postulati per i quali già quelle correnti innovatrici erano entrate in lizza dagli ultimi anni Trenta — l'esigenza che il diritto del presente sia riflettuto solo come tale; di conseguenza comincia a trovar accoglimento la richiesta a suo tempo avanzata da Gans per il reale perseguimento della *Dogmengeschichte* anche al di là dello spazio storico romano: la trattazione rigorosamente storica del materiale giuridico romano nel senso di Mommsen può essere veduta, in un certo senso, come il coronamento di questi sforzi.

Windscheid deve tanto alla Scuola Storica quanto, per sua stessa ammissione, ad un giurista come Wächter, al quale, e non a caso, dedicava le sue Pandette, e che egli stesso aveva a definire un rappresentante della 'scuola di Thibaut'.

Ma la varietà delle prospettive — propria del resto in misura almeno altrettanto forte del primo scorcio del secolo, talché se usiamo l'espressione 'scuola' è solo in un senso molto ampio, più negativo che direttamente positivo⁽⁹⁵⁾ — non deve trarre in inganno, sino a far ritenere che dagli anni Cinquanta in avanti il processo storico si possa riassumere sotto la comoda etichetta di 'età della dissoluzione della Scuola Storica'.

Ancora una volta la nostra attenzione si concentra sul grado di consequenzialità che i critici dell'impostazione tradizionale sono in grado di sviluppare.

Tutti i punti dolenti, tutte le contrapposizioni e i dualismi irrisolti nel settore dei rapporti tra discipline scientifiche, ormai ampiamente autonomizzatesi reciprocamente, vengono precisati e tematizzati con lucidità nuova: giuristi come Arnold, Dankwart, Baron, Kohler individuano la necessità di gettare uno stabile ponte tra considerazione storica e scienze economiche.

Essi rimangono però degli *outsider*.

Così come degli *outsider* rimangono le grandi figure isolate dei giuristi che si dimostrano attenti al dato 'sociologico': Jhering,

(95) Concordiamo in questo senso con PIO CARONI, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in *Quaderni fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno*, IX (1980), *Su Federico Carlo di Savigny*, pg. 69 ss. e 92, laddove viene a sottolineare il profilo in certo modo 'disorganico' della Scuola Storica.

Gierke e soprattutto Burckard Wilhelm Leist, anch'egli vicino per certi aspetti a Kierulff. Anzi proprio Leist, pur in uno spirito del tutto diverso da quello di Jhering, con le sue opere 'Über die dogmatische Analyse römischer Rechtsinstitute' (1854), 'Über die Natur des Eigentums' (1860) e 'Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts' (1877), si sottrasse alla tentazione — ancora presente nell'autore dello 'Zweck' e in Gierke — di fornire una nuova teoria dogmatica (sia pure 'sociologica' o sociologizzante) del diritto; per dedicarsi piuttosto ad enucleare un sistema dei *Lebensverhältnisse*, delle 'istituzioni giuridiche reali', da affidare ad una apposita disciplina, distinta da quella dello studio dogmatico del diritto tanto quanto dalla filosofia del diritto⁽⁹⁶⁾.

In tutti questi autori, se resta del tutto dubbio e vago il loro punto d'arrivo e la capacità di incidere sul loro presente — che rimane affidato invece alle apparentemente granitiche costruzioni pandettistiche dei Windscheid, dei Brinz, dei Bekker, dei Regelsberger —, è paradossalmente sempre ambiguamente vivo — e sia pur sotto i più diversi rispetti — il legame iniziale con il rapporto di storia giuridica e attività civilistica che fin dal principio costituiva la base delle aspirazioni della Scuola Storica: la controprova più lucida e assieme più 'disperata' di questa situazione senza uscita della scienza giuridica tedesca a partire dagli anni '60, ci pare fornita dal 'Sistema dei diritti acquisiti' (1861) di Lassalle⁽⁹⁷⁾ che, confermando il fallimento 'per colpa propria' della critica filosofica 'hegeliana' alla dottrina savignyana, rimaneva poi vittima dell'illusione di potersi di nuovo servire di quest'ultima,

⁽⁹⁶⁾ Si tratta di tre dei quattro 'quaderni' (*Hefte*) che vengono a comporre i suoi *Zivilistische Studien auf dem Gebiete der dogmatischen Analyse*, completati da alcuni studi formalmente autonomi, tra i quali spicca *Naturalis ratio und Natur der Sache* (1860): è interessante rilevare come alcune anticipazioni delle idee più tardi sostenute fossero già espresse nel più risalente '*Versuch einer Geschichte der römischen Rechtssysteme*', Rostock, 1850.

⁽⁹⁷⁾ Suggestive, ma troppo sommarie, le notazioni contenute in G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* (1906), edizione postuma a cura di P. UNGARI, Milano, 1980, pg. 83 ss., fra l'altro basato quasi esclusivamente sulla traduzione francese del 1904.

contro se stessa, in senso socialprogressivo: illusione storica forse, ma parabola profetica.

Apparentemente granitiche costruzioni, dicevamo.

Per ironia della sorte infatti quel *sistema* che era stato capace di assorbire ed in ultima analisi di respingere tutti i tentativi di modificazione 'esterna', inducendoli ad aporie insanabili; e, quel che più conta, anche al suo interno si era rivelato in grado di mantenere costretti nei 'legami del pensiero civilistico' e del diritto materiale i tentativi di emancipazione — come ad esempio quello del diritto processuale intrapreso da un Windscheid —, doveva celebrare appieno il declino chiaro ma lento, che ormai agitava il metodo giuridico già dagli ultimi tre decenni del secolo, proprio nella disciplina che sembrava creata apposta per la sua definitiva consacrazione: la teoria generale del diritto.

Mai 'prima' impressione fu, a nostro avviso, più unilaterale e tutto sommato inadeguata: quella dissoluzione delle categorie privatistiche classiche, che non era altrimenti riuscita, è passata per questa ambigua via 'interna'.

È da riflettere infatti come nella sua stessa 'genesi' storica la disciplina della teoria generale venga già a mettere in dubbio che essa possa costituire *sic et simpliciter* la consacrazione dello specifico 'formalismo' propugnato dal 'metodo giuridico' privatistico.

E invero la sua proposta peculiare non consiste immediatamente nel conferimento di un superiore grado di generalità ed astrattezza alle categorie correnti in campo civilistico, quanto piuttosto, in primo luogo, in una riflessione critica su di esse che trae lo spunto da un tipo di approccio 'comparativo' tra i vari rami del diritto.

Il diritto privato viene a subire così una sorta di 'riduzione', il suo 'primato' viene cioè in parte ridimensionato; deve aprirsi a prospettive dogmatiche e sistematiche provenienti da settori formati sotto l'influsso di diverse tradizioni.

Non è un caso che una simile 'perdita del centro' sia stata originata da autori che prendono le mosse, per arrivare a ripensare le categorie canoniche del diritto soggettivo, del negozio giuridico, del rapporto, infine, tra Stato e soggetto privato di diritto, da rami della scienza giuridica, come ad esempio il diritto penale,

rimasti ampiamente sottratti al predominio della Scuola Storica ed ancora aperti all'azione di un ventaglio di componenti culturali assai più ampio, fino a ricomprendervi, in attenta riflessione critica, le elaborazioni della corrente hegeliana.

La via prescelta era certo in sé carica di ambiguità.

Come veniva infatti lucidamente osservato da Adolf Merkel, nell'importante saggio 'Über das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur « positiven » Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben' ⁽⁹⁸⁾, che vale a suo manifesto 'programmatico', non c'è dubbio che il costituirsi in disciplina 'autonoma' della teoria generale fosse connesso storicamente con i problemi specifici di una scienza giuridica che doveva fare i conti — immediatamente dopo la fondazione del nuovo Reich tedesco nel 1871 — con le sempre più « profonde contraddizioni che caratterizzano la vita sociale del presente » e ne pongono in crisi i fondamenti giuridici, e con la crescente importanza di altre discipline scientifiche, come l'economia politica, che reclamano dal giurista una risposta sulla natura del rapporto che deve ormai legarle alla 'Rechtswissenschaft' ⁽⁹⁹⁾.

In sostanza, pur in presenza della chiara consapevolezza di un 'Heraustreten aus der Continuität der Rechtsentwicklung', determinato dagli eventi sociali e politici, questa cesura deve essere in qualche modo ricomposta da una scienza che voglia assumere una posizione corretta di fronte alla novità, senza negare però — e non è certo privo di significato il riferimento al 'Geist' jheringhiano — la 'verità' delle 'leggi' di sviluppo del diritto ⁽¹⁰⁰⁾.

E si può affermare che questo iniziale momento di ambiguità, di risposta di carattere 'politico' ad una crisi non soltanto scientifica del ruolo del giurista, rimarrà, nel sottofondo, uno degli elementi con i quali quelli tra i giuristi che si dedicheranno a promuovere lo sviluppo della teoria generale dovranno, con esiti diversi, misurarsi.

⁽⁹⁸⁾ Si tratta di un lavoro apparso nella significativa sede della *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* edita da D. S. GRÜNHUT, e anzi costituisce il saggio d'apertura del primo volume, pubblicato nel 1874; pgg. 1-10 e 402-421.

⁽⁹⁹⁾ A. MERKEL, *loc. cit.*, pg. 4.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibid.*, pg. 5.

Ma non bisogna lasciarsi attrarre dalla tentazione di sottolineare unilateralmente questo profilo.

Oggettivamente ed in prospettiva infatti la fondazione della 'Allgemeine Rechtslehre' si rivelerà, in ultima analisi, motivo di ulteriore approfondimento di quella cesura.

Per questo abbiamo deciso di chiudere il secondo volume della nostra ricerca esaminando le pagine di Adolf Merkel e di August Thon — e ci piace ricordare il richiamo ad Hegel con cui si apre la sua 'Rechtsnorm und subjektives Recht' del 1878 —; ci paiono queste infatti due significative testimonianze, sia pure in direzioni diverse, della carica problematica e dissolvente insita in questo nuovo tipo di analisi, di per sé apparentemente non 'rivoluzionario', con la quale la scienza giuridica tedesca avrebbe potuto fare i conti alla fine del secolo.

Basterebbe soltanto pensare ai temi del rapporto tra *Recht* e *Macht*, tra diritto e conflitto sociale e alla critica della dogmatica organicistica in Merkel; o alle autorevoli — però sintomatiche — accuse rivolte nei confronti di Thon e tese a sottolineare come i suoi diritti soggettivi « sind keine Rechte », ma venissero ridotti al rango di pure etichette in sostanza svuotate di ogni reale significato, o come, in base alle sue dottrine, fosse impossibile 'costruire' una personalità giuridica dello Stato⁽¹⁰¹⁾.

In particolare l'approccio 'imperativistico' di Thon fu subito avvertito e isolato nella sua pericolosità; di fatto, come abbiamo appena accennato, dalla sua riflessione — certo non condotta alle estreme conseguenze e in qualche caso forse neppure del tutto consapevole delle sue implicazioni — poteva tendenzialmente scaturire la conseguenza della plausibile 'eliminabilità' dal 'discorso giuridico' di tutti i termini 'teorici' (diritto soggettivo, proprietà,

⁽¹⁰¹⁾ Abbiamo a che fare qui con critiche in un certo senso 'speculari', rilevanti appunto anche per la diversa provenienza 'culturale': la prima gli veniva rivolta da Karl BINDING nella recensione alla 'Rechtsnorm' uscita nella rubrica: *Zur Literatur der allgemeinen Rechtslehre*, in *Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, N.F., Bd. II (1879), pgg. 542-582.

L'altra la possiamo leggere in uno dei lavori del 'primo' Kelsen, gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, Tübingen, 1911, pg. 302 ss.

negozio giuridico, contratto, possesso), riducendoli semplicemente a puri ' antecedenti ' di proposizioni normative⁽¹⁰²⁾.

Ne veniva posto cioè in principio completamente in crisi lo stesso concetto di ' sistema interno ' portato avanti dalla ' Pandettistica ', sulla base della coppia fattispecie-effetto (Rechtswirkung), elaborata sulle orme di Savigny e del suo concetto di ' juristische Tatsache ', che doveva invece quasi contemporaneamente ancora godere, in una con le teoriche relative alla ' causalità ' giuridica, di amplissima estensione ed applicazione da parte di giuristi come Dernburg, Karlowa, Zitelmann, Manigk, Oertmann, Enneccerus: manifestandosi così, alla lunga, come il vero punto cardine del ' decollo ' del sistema nel secolo diciannovesimo.

In realtà quindi è lo stesso punto di partenza che si rivela discriminante tra ' metodo giuridico ' e ' teoria generale del diritto ', nonostante una prima apparenza in contrario.

Il punto centrale verte indubbiamente sul rapporto concettuale sussistente all'interno della coppia ' generale-particolare ': questo rapporto è proprio formalmente sia delle raffigurazioni del sistema facenti capo al metodo giuridico sia alla stessa possibilità di pensare una teoria generale. Ma la continuità finisce qui.

Mentre infatti la ' scienza del diritto comune ', pur non mostrandosi incompatibile con una sua ' scissione ' interna ed anzi prendendo per tempo coscienza dei ' grandi dualismi ' insiti nel processo stesso di formazione di una ' Privatrechtsgesellschaft ', poteva servirsi poi del sistema (a caratterizzazione fortemente ' civilistica ') per mantenere quei dualismi in limiti di tollerabilità, con l'esperienza della teoria generale ci troviamo di fronte ad un processo storico ben diverso.

Non si tratta più, cioè, di assistere, controllandola, alla ' crescita ' di una sempre maggiore settorialità dei vari rami del diritto; il dato primo non è più il controllo, ma l'accettazione di quella settorialità: la teoria generale del diritto presuppone come sua *conditio sine qua non*, in ogni suo momento, la possibilità di una ' dogmatica settoriale '.

(102) Cfr., fin da ora, per un consequenziale sviluppo dell'argomentazione svolta nel testo, H. H. KEUTH, *Zur Logik der Normen*, Berlin, 1972, pg. 21 ss.

In una parola ogni ramo della scienza giuridica ha 'diritto' a sviluppare una sua dogmatica 'autonoma', che *solo in un secondo momento* viene utilizzata come oggetto non di una sintesi (che presupporrebbe pur sempre una implicita omogeneità di fondo dei dati da sintetizzare e una logica giuridica 'ontologica'), ma di un procedimento 'comparativo', in ultima analisi basato su una logica 'convenzionalistica' ed 'empirica'.

Per esprimerci con una metafora temporale: nel caso del 'metodo giuridico', prima era il sistema e poi la molteplicità (della teoria delle fonti, dei rapporti diritto pubblico-diritto privato); altrimenti sull'altro versante, prima *le* dogmatiche, poi una 'critica' dei loro prodotti.

La crisi di fine secolo non poteva passare inosservata neppure nelle quiete acque della scienza giuridica tedesca, che una volta di più doveva rivelarsi 'paradigmatica' nel bene e nel male a livello europeo.

E tuttavia prima di deporre la penna ci colpisce ancora una considerazione, alla quale non possiamo fornire una risposta definitiva: lo scarso seguito e la poca udienza di cui quella disciplina ha goduto allora e continua a godere presso i civilisti, fin quasi a giungere all'emarginazione⁽¹⁰³⁾, non sarà allora forse segno che la 'mano invisibile' del sistema è ancora in mezzo a noi a regolare — più o meno smithianamente — il 'mercato' della produzione giuridica?

Se la risposta può essere, come crediamo, positiva, non basterà allora che il giurista che voglia innovare lo strumentario ana-

(103) Paradossalmente quella disciplina, nata per così dire con lo scopo preciso di 'ridurre' il tradizionale ruolo svolto dalla 'Rechtsphilosophie', dopo un iniziale periodo d'interesse, anche in Italia è finita esiliata quasi esclusivamente nel campo di quest'ultima.

Un processo, a nostro avviso, non del tutto casuale e probabilmente da riconnettere alla stessa interpretazione storica dominante, in assenza di specifici contributi storiografici, che la raffigurava come una sorta di mera 'Verallgemeinerung' dei presupposti del 'metodo giuridico' privatistico; un segnale, seppure interno alla scuola di Bobbio, di un possibile rinnovato interesse, anche ad un livello più complessivo è costituito ora dal volume collettaneo *La Teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, a cura di U. SCARPELLI, Milano, 1983.

litico nella ' sfera ' del diritto (privato), si limiti a prendere atto dell'invecchiamento e dell'inadeguatezza delle tradizionali categorie rispetto alle mutate realtà sociali.

Non si tratta solo di prendere atto degli irreversibili cambiamenti che sono sotto gli occhi di tutti: molto più ci si dovrà preliminarmente interrogare, invece, su quale *nuova* funzione quelle categorie, ormai dagli attuali mutamenti storici separate dal loro originario contesto sette-ottocentesco, vengono oggi a svolgere a livello dei vari tipi di ' dogmatiche '.

Cosa che, dal nostro punto di vista, equivale altresì alla necessità di interrogarsi più da vicino su quali mutamenti abbia subito la ' linea d'ombra ' che delimitava i confini dell'*oggetto* della dottrina del diritto ' privato ', in seguito a quel continuo processo sistematico di « *actio finium regundorum* » tra le discipline messo in opera dalla *scienza* in questi decisivi scorcì di secolo.

PARTE PRIMA

**LA SCIENZA DEL DIRITTO ROMANO ATTUALE:
PROLEGOMENI AD OGNI FUTURO SISTEMA**

PREMESSA

DAL 'SUDDITO' AL 'BORGHESE': L'EMERSIONE DEL SOGGETTO 'PRIVATO' TRA STATO E SOCIETÀ CIVILE

1. Il 'civilista' di fronte alle categorie sociali. — 2. L'individuo sotto il segno della 'felicità'. — 3. 'Suddito' e 'borghese' come soggetti privati.

1. Nel 1840 usciva il primo volume⁽¹⁾ del capolavoro savignyano, destinato sì a restare quasi un torso incompiuto, ma anche a legare definitivamente la scienza civilistica tedesca alla parabola e alle fortune di un'immagine ben precisa, almeno all'apparenza, dei suoi compiti.

Quella scienza veniva infatti fin dal titolo dell'opera caratterizzata come 'scienza del diritto romano attuale': essa era e doveva continuare ad essere ancorata alla ricerca del 'Sistema del diritto romano *attuale*'.

Non si tratta di una intitolazione innocua.

Lo dimostra il fatto che Savigny, almeno fin dai primi mesi del 1839, si veniva insistentemente ponendo il problema di come esprimere verbalmente il senso dell'operazione che si avviava al suo provvisorio compimento, e arrivò a tale scopo a sottoporre al suo 'scolaro' Puchta ben sei titoli con varie sfumature⁽²⁾.

(1) Per l'esattezza apparvero quasi in contemporanea nello stesso anno 1840 presso l'editore Veit und Comp di Berlino i primi tre tomi dell'opera.

(2) Vedi, per quanto affermato nel testo, la importante risposta di G. F. PUCHTA, datata Leipzig, 16 marzo 1839 (si tratta della 41^a lettera del carteggio Savigny-Puchta, conservataci in un *Nachlass* in possesso dell'Universitäts-Bibliothek di Marburg), contenuta ora in J. BOHNERT, *Vierzehn Briefe Puchtas an Savigny*, Göttingen, 1978, pagg. 51-54 (51).

Senza per ora esaminare dettagliatamente la risposta, proprio sul punto del diritto romano attuale assai negativa, fornita da Puchta e sulla quale dovremo a suo tempo diffonderci, una notazione tuttavia subito ci colpisce e ci fa comprendere come quella 'formula' assumesse una connotazione particolare; essa esprimeva ad avviso di Puchta 'una continuità'. Non gli era, cioè, potuta sfuggire la assonanza con denominazioni come quello dell' "Usò odierno del diritto romano"; non a caso in quel contesto potevano emergere i nomi di Thibaut, Mühlenbruch, Mackeldey, Schweppe⁽³⁾, dunque 'pandettisti' attivi tutti nella prima e primissima metà del secolo, che mantenevano necessariamente forti legami con la letteratura giuridica del tardo settecento.

L'indicazione è precisa; ma, vorremmo dire, non soltanto dal punto di vista strettamente giuridico.

Il fenomeno dell'affaticarsi dei giuristi sul problema della funzione, dell' "attualità", della 'heutige Anwendung' dello studio del diritto romano riceve in Germania proprio nel periodo di trapasso dal tardo settecento all'inizio del nuovo secolo un rinnovato impulso: il dibattito si fa sempre più articolato e appassionato.

Come interpretare questo fenomeno: si tratta di un problema puramente, per così dire, intrascientifico, interno ad una semplice ridefinizione di facciata dell'attività degli operatori giuridici, o l'applicazione del diritto romano e i risultati a cui conduce vengono ricercati anche per motivi extra-scientifici?

Proprio negli anni in cui si andava compiendo il disegno savignyano era questo secondo tipo di spiegazione che veniva avanzato con sempre maggiore insistenza: in filigrana si manifestava necessario svelare a livello interpretativo i nessi della teoria giuridica con lo sviluppo economico-sociale che la Germania era in procinto di realizzare.

Questa immagine, divenuta poi corrente, della vicenda della scienza giuridica tedesca nell'Ottocento è stata di recente così icasticamente sintetizzata: « Il diritto romano è stato l'impalcatura giuridica della società feudale; la borghesia tedesca in ascesa cerca

(3) Cfr. G. F. PUCHTA, *loc. cit.*, pg. 52.

i suoi appigli giuridici fuori di esso, nella propria tradizione nazionale » (4).

Non da ultimo, facendo leva su quella legittima necessità di illuminare in controluce attraverso il suo « sottofondo » economico-sociale anche l'indagine sugli sviluppi tecnici di una scienza, si è potuto interpretare il ruolo svolto da dottrine come quella di Savigny e Thibaut, quale espressione giuridica rispettivamente dell'obbiettivo delle forze feudali volte a mantenere e, dove possibile, a restaurare lo stato di cose preesistente, ovvero come sedimentazione delle fondamentali esigenze della nuova figura del « Bürger » (5).

(4) Così M. LOSANO, *Chiacchierata su di un romanista*, in *Sociologia del diritto*, IX (1982), pg. 167, riassumendo e 'attualizzando' anche a livello interpretativo, con particolare riferimento a R. von Jhering, il tenore degli interventi sul problema del diritto comune al convegno dei germanisti tenutosi a Francoforte e raccolti in *Verhandlungen der Germanisten zu Frankfurt am Main am 24., 25. und 26. September 1846*, Frankfurt am Main, 1847.

Una simile linea di tendenza sembra del resto trovare una conferma nel modo stesso di impostare il problema relativo ai rapporti tra Pandettistica e società industriale, già a partire dai lavori di Franz Wieacker, prima raccolti in *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt am Main, 1974, e ora in traduzione italiana, a cura di G. LIBERATI, sotto il titolo *Diritto privato e società industriale*, Napoli, 1983. Lo ha del resto rilevato A. MAZZACANE, voce *Pandettistica*, cit., pg. 606, col. II, laddove si osserva che questo interrogativo è rimasto ben lontano dall'aver ricevuto una soluzione appagante: « Come mai la Pandettistica, che pure fornì gli strumenti concettuali, l'impalcatura teorica e metodologica al sapere giuridico più legato all'evolvere della società industriale capitalistica (le discipline investite dai temi dello Stato, dell'industria, del moderno commercio, della finanza), eluse in sostanza quegli stessi problemi, evitò quasi sempre di affrontarli direttamente? ».

(5) Cfr. H. WROBEL, *Die Kontroverse Thibaut-Savigny in Jahre 1814 und ihre Deutung in der Gegenwart*, Diss. iuris, Bremen, 1975; sull'ingiustificato silenzio che ha accolto le tesi dell'autore, severamente critico H. KIEFNER, *Thibaut und Savigny. Bemerkungen zum Kodifikationsstreit*, in *Festschrift für Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag*, Hrsg. von A. BUSCHMANN, F.-L. KNEMEYER, G. OTTE und W. SCHUBERT, Bielefeld, 1983, pgg. 53-54.

In ogni caso, resta da tenere fermo, che, se l'esigenza è legittima, ciò non significa postulare una risposta che accerti necessariamente la bipolarità: deve essere tenuta aperta quindi la possibilità di giungere anche alla soluzione negativa che in realtà non vi sia nessuna differenza di sottofondo

Benché in sostanza, nei loro esiti — che non ci interessa qui direttamente sottoporre a verifica critica, ma che saranno oggetto di ulteriori riflessioni specialmente a proposito del tema del 'diritto consuetudinario' e della dottrina delle fonti — le due soluzioni prospettate convergono ampiamente, nell'ultima è dato riscontrare uno spunto tutt'altro che trascurabile anche in relazione al problema del diritto romano attuale, che qui ora ci preme più da vicino.

Non a caso Wrobel è sospinto — sia pur solo per sommarissimi accenni — dalla logica interna della sua ipotesi di un Thibaut 'borghese' a riesaminare lo spessore della sussistenza della figura del 'Bürger', estendendo l'analisi anche all'epoca tedesca immediatamente anteriore alla vigilia del 1789 — proprio il 1789 è l'anno di edizione della prima stesura delle 'Istituzioni del diritto romano attuale' di Gustav Hugo —; un periodo storico, cioè, al quale verrebbe fatto di dedicare più spesso una meno fuggevole attenzione se esso non fosse oscurato dalla preponderante rilevanza attribuita agli eventi della Rivoluzione francese anche nelle sue ripercussioni sulle vicende tedesche⁽⁶⁾: infatti, pur se non è da negare sullo sviluppo tedesco di quegli anni la massiccia influenza di fattori esogeni (la doppia rivoluzione atlantica)⁽⁷⁾ e di conseguenza il ruolo predominante svolto dallo Stato come fattore del mutamento⁽⁸⁾, non può neppure essere trascurata la circostanza che quest'ultimo, superando oggettivamente la frattura rivoluzionaria e nonostante la 'copertura' dei vari costituzionalismi, si poneva in una linea di accentuata continuità con la prassi e l'ideologia assolutistica, almeno fino a bene addentro gli anni Quaranta⁽⁹⁾.

economico sociale alla quale sia riconducibile la diversità di impostazioni tecnico-giuridiche.

⁽⁶⁾ Cfr. K. von RAUMER, *Absoluter Staat, Korporative Libertät, persönliche Freiheit*, dapprima in *Historische Zeitschrift*, CLXXXIII (1957), pgg. 55-96, ora in H. H. HOFFMANN (hrsg.), *Die Entstehung des modernen Staates*, Köln, 1967, pg. 197.

⁽⁷⁾ Così H. BERDING - H.-P. ULLMANN, *Veränderungen in Deutschland an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert*, in *Deutschland zwischen Revolution und Restauration*, hrsg. von H. BERDING - H.-P. ULLMANN, Königstein im Taunus, 1981, pg. 11.

⁽⁸⁾ *Ibidem*, pg. 12.

⁽⁹⁾ Cfr. H. O. MEISNER, *Staats- und Regierungsformen in Deutschland*

In questo senso, ci pare che qui sia da rinvenire la principale carenza dell'analisi di Wrobel; la nozione di 'Bürger' non può infatti essere assunta immediatamente a parametro storiografico di giudizio: essa rimanda ad uno sviluppo fatto di mutamenti semantici che sono dettati dal campo dei concetti *giuridici* — aspetto questo che viene spesso dimenticato — con i quali essa viene a frammischiarsi e a reagire.

Semplificando, si può forse parlare di una evoluzione che conduce 'dal suddito al borghese', laddove 'Bürger' (*civis*, cittadino) può assumere anche la valenza non in tutto coincidente di 'Privatmann' ⁽¹⁰⁾.

Ora, poiché appunto nelle opere del civilista, nella intensa riflessione da lui dedicata al problema del 'diritto attuale' come base del sistema da costruire, l'attenzione agli eventi e agli svolgimenti che toccano la costituzione politica e il suo rapporto con la società civile si rifrangono indirettamente nella utilizzazione, nella ridefinizione o nella rimozione di quella categoria concettuale, talché dalle sue evoluzioni e metamorfosi è possibile trarre più di una indicazione sulle effettive finalità delle diverse concezioni che dell' 'attualità' e della necessità dello studio del diritto romano (quindi in definitiva dei fondamenti del sistema) vengono proposte, appare opportuno soffermarsi su di essa e sulla sua complessità.

seit dem 16. Jahrhundert, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, LXXVII (1951-1952), pagg. 225-265. Vedi anche L. JUST, *Stufen und Formen des Absolutismus. Ein Überblick*, in *Absolutismus*, hrsg. von W. HUBATSCH, Darmstadt, 1973, pg. 289 ss. (302). In questo contesto è da interpretare anche l'opposizione crescente della burocrazia prussiana contro il formalismo astratto della logica giuridica e del nuovo pensiero economico capitalistico, nel tentativo di mantenere l'autonomia nella direzione politica, che era caratteristica del sovrano assolutistico e che tra il 1807 e il 1848 era divenuta suo proprio monopolio; cfr. sul punto E. KEHR, *Zur Genesis der preussischen Bürokratie und des Rechtsstaats. Ein Beitrag zum Diktaturproblem* (1931), in ID., *Der Primat der Innenpolitik, Gesammelte Aufsätze zur preussisch-deutschen Sozialgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert*, hrsg. von H.-U. WEHLER, Frankfurt am Main-Berlin-Wien, 1970, pagg. 31-52 (44-45).

⁽¹⁰⁾ Cfr. ad es. G. HUFELAND, *Abriss der Wissenschaftskunde und Methodologie der Rechtsgelehrsamkeit. Zu Vorlesungen*, Jena, 1797, Einleitung, § 27, pagg. 10-11.

Una complessità che restituisce con grande fedeltà quel quadro della società tedesca nella 'transizione', che costituisce la necessaria premessa del nostro discorso, perché ci permetterà di 'riconoscere' la varietà degli usi terminologici che incontreremo situati nei diversi 'contesti'.

Tuttavia, come già poteva risultare dal sommario accenno precedente, quel tentativo di semplificazione non appare del tutto soddisfacente: infatti accanto ai concetti di « Untertan » (*Subditus, subiectus*), « Bürger » (*civis*) incontriamo anche quello di « Staatsbürger » (*citoyen*; ma il termine si precisa assai prima e al di fuori di un diretto influsso della contrapposizione corrente nella vicina Francia tra *citoyen* e *bourgeois*)⁽¹¹⁾.

Non si può parlare quindi di un semplice processo ascendivo che conduca il mutamento concettuale *da* una categoria *all'*altra, se non come di un processo 'tendenziale'; piuttosto questi concetti coesistono l'uno accanto all'altro e si intersecano allo stesso modo nel quale le strutture sociali e politiche della Germania nella seconda metà del XVIII secolo fanno intuire un certo parallelismo fra nuovi e vecchi ceti⁽¹²⁾.

2. Questo è particolarmente evidente per il concetto di « Bürger » che all'inizio della sua evoluzione, già fin dal XVI secolo, poteva incarnare il corrispondente in lingua tedesca del latino *civis* e come tale costituiva un concetto politico dotato della caratteristica della generalità, e volto a designare principalmente, in contrapposizione al *servus*, il singolo incardinato in una comunità *giuridicamente* ordinata e quindi poi il campo di applicazione personale dello *ius civile*.

(11) Cfr. P.-L. WEINACHT, « Staatsbürger ». *Zur Geschichte und Kritik eines politischen Begriff*, in *Der Staat*, VIII (1969), pg. 43; inesatto, sotto questo profilo, M. RIEDEL, *Bürger, Staatsbürger, Bürgertum*, in *Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur Politisch-Sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. von O. BRUNNER, W. CONZE, R. KOSELLECK, Stuttgart, 1972, Bd. I, pg. 689.

(12) M. STOLLEIS, *Untertan - Bürger - Staatsbürger. Bemerkungen zur juristischen Terminologie im späten 18. Jahrhundert*, in *Bürger und Bürgerlichkeit im Zeitalter der Aufklärung* (Wolfenbütteler Studien zur Aufklärung, Bd. VII), hrsg. von R. VIERHAUS, Heidelberg, 1981, pg. 65.

Non è allora un caso che nel *Wörterbuch* di Grimm si dovesse lamentare che proprio sul finire del secolo XVIII questo senso del termine fosse andato perduto, poiché il suono della parola non poteva dirsi più del tutto 'puro' e aveva dimesso 'den chernen Klang des civis romanus' (13).

Infatti proprio principalmente nel corso del XVIII sec. la limitazione della nozione di *civis* — una limitazione che si era venuta operando anche sulla scorta dell'introduzione della filosofia pratica aristotelica nelle Università tedesche (14) — alla partecipazione 'politica' e al diritto di voto all'interno della complicata costituzione cetuale del *Reich* non riesce più a mantenersi di fronte all'avanzante concetto di *civis* 'giusnaturalistico', che assumeva una portata europea, completamente distaccata dalla particolare configurazione della Costituzione germanica (15).

(13) J. e W. GRIMM, *Deutsches Wörterbuch*, Bd. 2, pg. 537 («Bürger 3»), citato secondo P. L. WEINACHT, *Staatsbürger*, cit., pg. 42 nota 9.

(14) Si veda, tra la ampia letteratura sul tema, il sempre fondamentale P. PETERSEN, *Geschichte der aristotelischen Philosophie im protestantischen Deutschland*, Leipzig, 1921 (Neudruck, Stuttgart-Bad Cannstadt, 1964), spec. pg. 340 ss., 384 ss. e 445 ss., per le posizioni, rispettivamente di Leibniz, Thomasius, e Wolff. Se l'epoca di massima dominanza è individuata da Petersen nel periodo che corre tra il 1530 e il 1690, chiare tracce del permanere di questa tradizione saranno avvertibili ancora nel corso dell'800 (cfr. pg. 455 ss.).

(15) Dal momento della lenta scomparsa della parificazione di impronta aristotelica tra i *cives* e gli *Stände* nella tradizionale cornice della costituzione del *Reich*, non vi fu più posto per una figura autonoma di Reichsbürger, ed il concetto giusnaturalistico di *civis* rimase pertanto senza contraltare al livello del diritto pubblico 'imperiale': non a caso i classici manuali di Pütter e Häberlin non conoscono nemmeno la figura del 'Bürger' come categoria autonoma.

L'unico autore che cercherà di riportare il concetto anche all'interno di quella disciplina sarà il noto avversario di Savigny, Gönner: nel momento stesso in cui egli contribuisce al trapasso dalla dottrina del diritto naturale alla teoria organica dello Stato (cfr. J. B. KOCH, *Nikolaus Thädeus von Gönners Staatslehre. Eine Rechtshistorische Studie*, Leipzig, 1902, pg. 27 ss.), egli viene a chiudere in pratica l'esperienza del *Reichsstaatsrecht* (*ibid.*, pg. 37; cfr. anche E. KAUFMANN, *Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts*, 1908, ora in *Id.*, *Rechtsidee und Recht*, Göttingen, 1960, *Gesammelte Schriften*, Bd. 3, pg. 52).

È interessante notare come la sua svolta verso una concezione orga-

In tal modo viene a compiersi quel fenomeno di contaminazione⁽¹⁶⁾ lamentato da Grimm; il concetto di *Untertan* si sdoppia,

nicistica sia da ricondurre, oltre che ad un riemergere di una tradizione di lunga data non estranea al filone aristotelico di cui si discorreva (cfr. sul punto T. STRUVE, *Die Entwicklung der organologischen Staatsauffassung in Mittelalter*, Stuttgart, 1978, spec. pg. 149 ss.) all'influsso espressamente riconosciuto della costituzione in scienza della *Staatswirtschaft* ad opera di Adamo Smith (si veda N. T. von GÖNNER, *Teutsches Staatsrecht*, Landshut, 1804, § 363, pg. 607) e del metodo di considerazione realistico del suo oggetto, appunto lo Stato, ad essa conseguente.

Se qui si origina tutta la specifica attenzione posta sulla figura del Bürger (*ibid.*, § 54 ss., pg. 58 ss. e § 76, pg. 81), è il caso di sottolineare, però, come la stessa concezione degli scopi dello Stato che Gönner ricava dalla sua familiarità con le dottrine economiche inglesi sia del tutto avversa al modello kantiano, che voleva vederla invece limitata al mantenimento del mero *Rechtszustand*, e ciò proprio perché « den Wohlstand des Ganzen im Wohlstand der Individuen herbeizuführen, ist die Tendenz der Staatswirtschaft » (*ibid.*, pg. 608): una tale concezione fornisce una buona testimonianza delle capacità integratrici delle vecchie tradizioni culturali, o, perlomeno, della loro conciliabilità con le nuove teorie economiche. Questa integrazione sarà tipica di un certo 'liberalismo' tedesco ma, ad onor del vero, poteva trovare un qualche appiglio dal punto di vista testuale nella mancanza di un'esclusione 'espressa' da parte di Smith di una « positive Wohlfahrtspolitik » dall'orizzonte ancora largamente giusnaturalistico della sua opera, cfr. H. MEDICK, *Naturzustand und Naturgeschichte der bürgerlichen Gesellschaft. Die Ursprünge der bürgerlichen Sozialtheorie als Geschichtsphilosophie und Sozialwissenschaft bei Samuel Pufendorf, John Locke und Adam Smith*, Göttingen, 1973, pg. 238 ss.

Il carattere 'retrodatato' di molti degli atteggiamenti di Gönner anche nella sua polemica antisavignyana sarà del resto rilevato, come vedremo (cfr. *infra*, pg. 314 ss., nota 336), dallo stesso Thibaut.

Sui motivi per i quali giuristi come Thibaut, od anche Savigny, non sembrarono sentir l'esigenza di prendere atto direttamente, come pure era possibile fare, al livello del concetto di diritto comune, della avvenuta scomparsa del *Reich* tedesco vedi *infra*, pg. 295 ss., nota 316.

(16) Al concetto di *civis* proprio delle varie Etiche e Politiche di indirizzo aristotelico, e che era caratterizzato dalla figura di colui che, nell'ambito della complicata costituzione del *Reich*, partecipava alla *Herrschaft* sul 'bene comune' e all'esercizio politico dei diritti cetuali, venendo così ad indicare gli *Status* e gli *Ordines imperii*, si contrapponeva invece un concetto completamente non specifico di *civis*, inteso sì come *Untertan*, ma che coinvolgeva persino il completamente estraneo, lo straniero (*incolae, subditi*,

e mentre il suo riferimento alla sfera cetuale rimane confinato in disparte, per divenire via via sempre più labile, si accresce la potenzialità descrittiva del suo riferimento alla sfera del rapporto di potere statale ('Staatsuntertan') fino ad identificarsi in prospettiva col termine 'Bürger'.

Nel sec. XVII e XVIII si incontra infatti spessissimo la coppia « Bürger und Untertan », che, se da un lato può essere in qualche modo considerata come un « vero e proprio precorrimento » della categoria di « Staatsbürger »⁽¹⁷⁾, dall'altro si segnala per la sua caratteristica incipiente 'spoliticizzazione'⁽¹⁸⁾, nel senso

subiecti, peregrini); cfr. M. STOLLEIS, *Untertan - Bürger - Staatsbürger*, cit., pg. 67.

Non è allora un caso che Pufendorf e Thomasius potessero criticare l'estensione del concetto aristotelico al di fuori della sua storica sfera di competenza, sulla base dell'argomento che non fosse lecito negare agli uomini liberi e ai padri di famiglia che si trovano a vivere in una aristocrazia o in una monarchia la qualifica di 'Bürger', solo perché essi non possono colà godere di diritti di partecipazione al governo; prendendo le mosse cioè da un contenuto del concetto che poteva rivelarsi storicamente adeguato solo per la organizzazione della città attica.

Ci si incammina in tal modo già verso l'identificazione di *civis* con *Untertan*, con suddito del principe, che condurrà poi anche allo 'Staatsbürger' del 18° secolo (cfr. M. RIEDEL, voce *Bürger*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., Bd. 1, pg. 681 nota 45).

La concezione giusnaturalistica di Bürger si agganciava infatti per parte sua direttamente al concetto di 'civis' proprio del *ius civile* e ne faceva semplicemente il membro di una comunità 'universale'.

(17) P.-L. WEINACHT, « *Staatsbürger* », cit., pg. 45; diremmo però che l'opinione possa essere mantenuta anche avuto un più puntuale riguardo all'ampio spettro di espressioni che accanto a quella coppia vengono impiegate: da « Mitbürger » a « Staatsgenosse », « Staatsglied », « Mitglied », « Bürger des Staats », laddove la liberazione del termine dal significato cetuale meno si accompagna ad una spoliticizzazione dello stesso. Opportunamente comunque Michael Stolleis, nel momento in cui osserva come non si possa parlare di un semplice susseguirsi di concetti dal medievale 'Stadtbürger' attraverso il giusnaturalistico 'Bürger und Untertan' sino allo 'Staatsbürger' del *Frühkonstitutionalismus*, mette in luce che qui abbiamo a che fare certamente con concetti 'politici', ma allo stesso tempo anche con espressioni tecnico-giuridiche (M. STOLLEIS, *Untertan-Bürger-Staatsbürger*, cit., pg. 86 nota 6).

(18) Cfr. in generale R. KOSELLECK, *Critica illuminista e crisi della società borghese*, trad. it., Bologna, 1972, pg. 69 ss.

cioè che il *civis* è colui che non è sottoposto oramai più a nessuno se non allo Stato, ma a quest'ultimo — almeno agli inizi del processo — senza potersi praticamente in principio riservare privilegi o zone 'indifferenti'.

Soltanto a partire dalle dottrine di Thomasius, Wolff e Justi⁽¹⁹⁾, si comincia ad operare sul concetto di bene comune (*Gemeine Wohlfahrt, salus publica*) — esso costituiva la contropartita speculare che si doveva necessariamente accettare in vista del progressivo allontanamento teorico dai condizionamenti attuali — e ad agire quindi di riflesso sulla connessa conformazione dei contenuti della « Staatszwecklehre », della dottrina degli scopi che lo Stato doveva realizzare anche nei confronti del singolo⁽²⁰⁾.

(19) Della vastissima letteratura su Thomasius particolarmente utile in rapporto al nostro problema si rivela R. HOFFMANN, *Die individuelle Rechtssphäre bei Thomasius und Leyser*, Diss. phil., Leipzig, 1918, spec. pg. 15 ss.

Per quanto riguarda Christian Wolff, oltre al più risalente W. FRAUENDIENST, *Christian Wolff als Staatsdenker*, Berlin, 1927 (Reprint Vaduz, 1965), pg. 95 ss., e 141 ss., sempre per la dottrina degli scopi dello Stato si veda H.-M. BACHMANN, *Die Naturrechtliche Staatslehre Christian Wolffs*, Berlin, 1977, pg. 919 ss., e pg. 73 ss. anche per una critica all'interpretazione dominante, e al Frauendienst in particolare che tendeva ad identificarlo come un semplice rappresentante dell'ideologia dell'assolutismo (pg. 76); nonché da ultimo — e parimenti critico — C. LINK, *Die Staatstheorie Christian Wolffs*, in W. SCHNEIDERS (Hrsg.), *Christian Wolffs (1679-1754). Interpretationen zu seiner Philosophie und deren Wirkung*. (Studien zum achtzehnten Jahrhundert, Bd. 4), Hamburg, 1983, pg. 173 ss. Sul rapporto, non sempre lineare, tra Wolff e Justi cfr. specialmente F. FRENSDORFF, *Über das Leben und die Schriften des Nationalökonom J. H. G. von Justi*, in *Nachrichten der Königl. Gesellschaft der Wissenschaft zu Göttingen, phil.-historische Klasse*, 1903, Helf 4, Göttingen, 1904, pgg. 355-503; P. SCHIERA, *Dall'Arte di Governo alle scienze dello Stato, Il Cameralismo e l'Assolutismo tedesco*, Milano, 1968, pg. 440 e ivi nota 274, nonché A. EBIHARA, *Justis Staatslehre und Wolffs Naturrechtslehre*, articolo di prossima pubblicazione: per l'anticipata visione del dattiloscritto esprimiamo qui all'autore il nostro ringraziamento.

(20) Sul tema della dottrina degli scopi dello Stato nel tardo Settecento e sulla sua progressiva rimozione ad opera di molteplici fattori, ultimo tra i quali l'erezione dello Stato a *Selbstzweck* portata a compimento da Hegel, è da vedere adesso U. SCHEUNER, *Die Staatszwecke und die Entwicklung der Verwaltung im deutschen Staat des 18. Jahrhunderts*, in *Beiträge zur Rechtsgeschichte. Gedächtnisschrift für Hermann Conrad*, hrsg.

È possibile assegnare così alla *libertas civilis*, con una qualche conformità allo sviluppo economico-sociale in atto che mostra alcuni chiari segni e linee di sviluppo in direzione di un'età 'borghese' (21), dapprima uno spazio autonomo nel quale vengano a poter giocare senza condizionamenti le 'actiones civiliter indifferentes' (22).

Non si tratta però certo, a questo proposito, di uno spazio di autonomia dallo Stato, poiché l'elemento strutturante della caratteristica dell'indifferenza è pur sempre costituito dalla *salus publica* (23).

Successivamente, alla libertà civile viene assegnato un ruolo all'interno stesso dell'articolazione degli scopi dello Stato: ruolo che non consente tuttavia di attribuirle uno *status* definitivo, dal momento che in caso di collisione la gerarchia delle finalità viene sempre a 'funzionare' in favore della sovraordinata 'felicità'.

Quel che più ci interessa è però il dato che anche con questo mutamento di collocazione semantica non si può parlare di una antinomia tra *Bürger* e *Untertan*; il persistere della contaminazione viene a mostrare come una separazione di Stato e società civile non rientri ancora nell'orizzonte del pensabile, così come una ripolitizzazione della funzione del *civis* tramite una sua pretesa al diritto di partecipare a decisioni politiche.

È sotto questo profilo sintomatico che Thibaut, nell'Enciclopedia giuridica' del 1797 (24), nelle sezioni riguardanti lo Stato

von G. KLEINHEYER und P. MIKAT, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1979, pgg. 467-468, spec. 475 ss.; inoltre J. BARON, *Das deutsche Vereinswesen und der Staat im 19. Jahrhundert*, Diss. iur., Göttingen, 1962, pg. 5 ss.

Per la fase relativa all'Ottocento è comunque sempre indispensabile il rinvio a K. HESPE, *Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in der deutschen Staatsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, Köln-Berlin, 1964, *passim*.

(21) Cfr. R. VIERHAUS, *Politisches Bewusstsein in Deutschland vor 1789*, in H. BERDING - H. P. ULLMANN, *Deutschland zwischen Revolution und Restauration*, cit., pg. 161 ss.; H. SCHISSLER, *Preussische Agrargesellschaft im Wandel*, Göttingen, 1978, pg. 145 ss.

(22) Si veda D. KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, Paderborn, 1976, pg. 60.

(23) M. STOLLEIS, *Untertan - Bürger - Staatsbürger*, cit., pg. 68.

(24) A. J. F. THIBAUT, *Juristische Encyclopädie und Methodologie*

come 'Gesellschaft' volta a perseguire il suo « Endzweck in der Sicherheit der natürlichen Zwangsrechte eines Jeden »⁽²⁵⁾, e la suddivisione del concetto di diritto in naturale, statale, privato e internazionale, usi a preferenza le espressioni 'progressive' 'Staatsmitglied', 'Staatsgenosse', 'Bürger' a parziale esclusione di 'Untertan' (26); mentre invece persino nell'ultima edizione del 'Sistema del diritto delle Pandette' da lui curata nel 1834 — allorché quell'ultimo termine di suddito già da tempo era caduto in disuso — « Bürger » e « Untertan » sono usati di nuovo come completamente equivalenti (27).

Comunque, l'aver collocato la *libertas civilis* nell'ambito degli 'scopi ultimi' (« Endzwecke ») dello Stato era solo l'inizio di una tendenza che doveva portare alla esplosione e frammentazione del concetto di 'Glückseligkeit' (felicità comune), in diversificati scopi particolari, il cui peso specifico veniva a sua volta nuovamente determinato accentuando a poco a poco il carattere giuridico delle delimitazioni al potere sovrano all'interno del diritto naturale, costituzionale e dell'ordinamento legale. Lo Stato anche nella sua organizzazione di polizia non appare più solo come garante della libertà civile, ma altresì come suo sia pur potenziale avversario (28).

zum eignen Studio für Anfänger und zum Gebrauch academischen Vorlesungen, Altona, 1797.

(25) *Ibid.*, pg. 20.

(26) *Ibid.*, pgg. 19-25. Il concetto di *Untertan* ricompare soltanto più avanti al paragrafo 22, che ha per oggetto le suddivisioni dei 'generi sommi' degli 'innere Hoheitsrechte' (a) Civil; b) Criminal justiz; c) Polizei; d) Finanzhoheit): significativamente riferito alla *Civiljustizhoheit*, ovvero al « potere di prevenire, di far terminare controversie giuridiche tra i sudditi, e di proteggere ognuno nell'esercizio dei diritti a lui competenti, ma controversi », *ibid.*, pg. 30.

Sul problema del Reich come *Justizstaat*, cfr. ancora *infra*, pg. 297 ss., nota 316.

(27) Cfr. A. J. F. THIBAUT, *System des Pandektenrechts*, Achte verbesserte Ausgabe, Jena, 1834, Bd. 1, § 28, pg. 23.

(28) Su i mutamenti delle relazioni 'geografiche' tra libertà e Stato in questo periodo vedi W. ZORN, *Reichs- und Freiheitsgedanken in der deutschen Publizistik des ausgehenden 18. Jahrhunderts*, in *Darstellungen und Quellen zur Geschichte der deutschen Einheitsbewegung im 19. und 20. Jahrhundert*, hrsg. von P. WENTZCKE, Heidelberg, 1959, Bd. 2, pgg.

« Nel momento cioè, che a qualcuno viene trasferita la potestà suprema — così si esprime ancora Thibaut in un contesto che parla però tutta la difficoltà e le incertezze di un simile trapasso —, egli è, in qualità di sovrano, autorizzato e obbligato a perseguire lo scopo dello Stato con *tutti* i pensabili mezzi *conformi al diritto*, a meno che al suo potere siano stati posti *limiti* per il tramite di leggi particolari (*leggi fondamentali*) »⁽²⁹⁾.

Non a caso allora, a partire già dagli anni Settanta del secolo dei lumi, viene a farsi sempre più frequente anche nella letteratura giuridica l'uso della parola *Staatsbürger*, senza che ciò dovesse però incondizionatamente significare al principio l'inserimento di una componente di democratizzazione, di partecipazione politica in senso francese⁽³⁰⁾.

Piuttosto, il fenomeno che con l'introduzione di quel termine comincia a manifestarsi è la scissione dell'equivalenza della coppia 'Untertan-Bürger'; l'uso della parola *Subditus* diviene bisognoso di legittimazione, in una con l'accentuarsi del contenuto sociale ed economico (quindi non immediatamente politico) del concetto di *societas civilis*⁽³¹⁾.

11-68 e soprattutto C. LINK, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit. Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre*, Wien-Köln-Graz, 1979, spec. pg. 144 ss.

⁽²⁹⁾ A. F. J. THIBAUT, *Juristische Encyclopädie*, cit., § 26, pg. 35. Sul tema della *lex fundamentalis*, che svolge in questo contesto problematico un ruolo assai importante, cfr. H. MOHNHAUPT, *Die Lehre von der « Lex Fundamentalis » und die Hausgesetzgebung europäischer Dynastien*, in J. KUNISCH (hrsg.), *Der dynastische Fürstenstaat*, Berlin, 1982, pgg. 3-33.

⁽³⁰⁾ Anche in Germania si sviluppa tuttavia in questi anni una 'recezione' dell'opera di Rousseau, rimasta per troppo tempo ignorata. Cfr. sul punto E. SCHMIDT-ASSMAN, *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und der Historismus*, Berlin, 1967, pg. 48; ora ampiamente C. SÜSSENBERGER, *Rousseau im Urteil der deutschen Publizistik bis zum Ende der französischen Revolution. Ein Beitrag zur Rezeptionsgeschichte*, Bern und Frankfurt a.M., 1974, e M. STOLLEIS, *Untertan-Bürger- Staatsbürger*, cit., pgg. 69-71.

⁽³¹⁾ Cfr. A. von UNRUH, *Dogmenhistorische Untersuchungen über den Gegensatz von Staat und Gesellschaft vor Hegel*, Diss. Phil., Leipzig, 1928, pg. 29 ss.; G. SCHUTZ, *Die Entstehung der bürgerlichen Gesellschaft, in Entstehung und Wandel der modernen Gesellschaft*, in *Festschrift für Hans Rosenberg zum 65. Geburtstag*, hrsg. von G. A. RITTER, Berlin, 1970,

3. Il processo ci viene incontro in tutta la sua evidenza non appena si consideri come gradatamente, ma chiaramente, si modifichi l'orizzonte nel passaggio della 'scuola' wolfiana a quella di Göttingen. Per il wolfiano Darjes⁽³²⁾ appariva infatti necessario applicare immediatamente i precetti della politica alla 'bürgerliche Gesellschaft' intesa come oggetto. Al fine di mantenere la « Gemeinschaftliche Sicherheit », si trattava quindi, in sostanza, di adottare in tutti i campi misure 'conservative' contro le possibili turbative che i componenti di essa potessero causare ingenerando « die Unsicherheit des Staats »; misure consistenti soprattutto nella 'Bildung', operata dall'alto, dei costumi della popolazione⁽³³⁾ e in un massiccio intervento nell'economia affidato alla 'policy' e alla 'Landesökonomie'⁽³⁴⁾, fino a vedere l'essenza stessa dello Stato nel concetto di *potenza*⁽³⁵⁾. Il quadro cambia invece in modo rilevante e decisivo per tutto lo sviluppo successivo con uno degli esponenti più significativi e rappresentativi della scuola di Göttingen⁽³⁶⁾: August Ludwig Schlözer⁽³⁷⁾.

pgg. 3-65; inoltre M. RIEDEL, voce *Gesellschaft, bürgerliche*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., Bd. 2 (1975), pg. 754.

(32) J. G. DARJES, *Einleitung in des Freyherrn von Bielefeld Lehrbegriff der Staatsklugheit zum Gebrauch seiner Zuhörer verfertigt*, Jena, 1764. Per un'analisi dei profili più strettamente economici di questo lavoro si può rinviare a P. SCHIERA, *Dall'Arte di Governo alle Scienze dello Stato*, cit., pgg. 425-434.

Tra le caratteristiche comunque più interessanti della dottrina del Darjes troviamo quello che è un po' il contrassegno comune della scuola Wolfiana ed assume la sua forma più accentuata nel sistema giuridico di Nettelblatt; vogliamo riferirci alla teoria dei *collegia* o dello *ius sociale*: per Darjes lo stesso Governo può essere costituito da un collegio o da una pluralità di *collegia*, cfr. *ibid.*, pgg. 306 e 310.

(33) J. G. DARJES, *Einleitung*, cit., *Anwendung der allgemeinen Regeln der Politik auf die bürgerliche Gesellschaft. Erster Theil. Die Klugheit des Staats für sich betrachtet*, § 114, pg. 107.

(34) *Ibid.*, § 115, pg. 108.

(35) *Ibid.*, *Anwendung der allgemeinen Regeln der Politik auf die bürgerliche Gesellschaft. Anderer Theil. Die Klugheit eines Staats in Beziehung gegen andere Staate*, § 329, pg. 299.

(36) Sulla 'scuola' di Göttingen è da vedere in generale il bel lavoro di L. MARINO, *I Maestri della Germania, Göttingen 1770-1820*, Torino, 1975; ulteriore bibliografia specifica sarà citata di volta in volta nel corso dell'esposizione.

Qui oramai divengono decisive per la costituzione del concetto di una « bürgerliche Gesellschaft » le connessioni con l'economia politica classica inglese⁽³⁸⁾ e con le dottrine fisiocrati-

(37) August Ludwig (von) Schlözer, nato nel piccolo principato di Hohenlohe-Kirchberg studiò dal 1751 al 1754 teologia, orientalistica e storia a Wittenberg e Göttingen. Dopo un soggiorno di tre anni in Svezia (1755-1758) fece ritorno a Göttingen per proseguire la sua formazione « polystorica »: studiò infatti diritto mosaico con Michaelis, *Reichshistorie* con Pütter, politica e statistica con Achenwall ed inoltre diritto feudale, morale, diritto naturale, diritto commerciale e matematica. Fu poi attivo fino al 1769 all'Accademia delle scienze di Pietroburgo e quindi come professore nella stessa Göttingen.

La sua vastissima bibliografia, spaziante dal campo giuridico a quello della storia universale e delle statistica, è ora contenuta, per la prima volta con completezza, in B. WARLICH, *August Ludwig von Schlözer 1735-1809 zwischen Reform und Revolution. Ein Beitrag zur Pathogenese frühliberalen Staatsdenkens im späten 18. Jahrhundert*, Diss. phil., Erlangen-Nürnberg, 1972, *Anhang*, pgg. 2-18.

Qualche utile prospettiva anche in A. BERNEY, *August Ludwig Schlözer Staatsauffassung*, in *Historische Zeitschrift*, CXXXII (1925), pgg. 43-67, nonché in F. UHLE-WETTLER, *Staatsdenken und Englandverehrung bei den frühen Göttinger Historikern (Achenwall, v. Schlözer, Freiherr v. Spittler, Brandes, Rehberg, Heeren)*, Diss. phil. Marburg, 1956, pg. 51 ss. Soprattutto dello Schlözer statistico si occupa L. MARINO, *I Maestri della Germania*, cit., pg. 346 ss.

Sarà di qualche significato osservare come già W. ROSCHER, *Geschichte der National-Oekonomie in Deutschland*, München, 1874, pg. 582, avesse notato che la forza peculiare dell'opera di Schlözer (ma questo giudizio ci pare generalizzabile più ampiamente per la stessa impostazione della 'scuola') risiedeva « nel suo collegamento tra storia e scienza dello Stato ». Fondamentale in questa direzione si rivela G. VALERA (a cura di), *Scienza dello Stato e metodo storiografico nella Scuola Storica di Gottinga*, Napoli, 1980 che contiene oltre ad ulteriori notizie biografiche (pgg. 119-124) anche un'ampia scelta di passi dai suoi lavori statistico-storiografici (pgg. 124-203).

Su Schlözer cfr. anche G. HUGO, *Beyträge zur civilistischen Bücherkenntniss der letzten vierzig Jahre*, Bd. 2, Berlin, 1829, pg. 110 ss.

(38) Sulla situazione tedesca precedente alla 'recezione' e sui rapporti tra diritto naturale ed economia cfr. J. BRÜCKNER, *Staatswissenschaften, Kameralismus und Naturrecht. Ein Beitrag zur Geschichte der Politischen Wissenschaft im Deutschland des späten 17. und frühen 18. Jahrhunderts*, München, 1977, pg. 265 ss., che osserva inoltre come la recezione dell'opera smithiana, portata avanti spesso con circospezione, non condusse alla riduzione della scienza camerale a « reine Wirtschaftswissenschaft ». Non si arriva

che ⁽³⁹⁾; non a caso non si tratta più del problema di *assicurare* la 'sicurezza dello Stato' inteso come politicamente identico con la società e fonte della completa regolazione dei suoi meccanismi, ma il rapporto è potenzialmente rovesciato: « *Der Bürger tut alles selbst, die Regierung leitet nur* » ⁽⁴⁰⁾.

quindi — almeno sino ai lavori di Hufeland e Rau — a superare le posizioni di un Justi (connessione tra *Privatökonomie* e *Politische Wissenschaft*, tra sfera economica e sfera statutale) e a negare radicalmente quella tradizione in favore della concezione di uno Stato di diritto non interessato al *Wohlfahrt* del *Bürger*, ma soltanto al mantenimento della sicurezza (pg. 296 ss.). Abbiamo già avuto modo di constatare tratti di questa peculiare evoluzione nel caso di Gönner (cfr. *supra*, nota 15).

Sul tema della recezione è comunque tuttora indispensabile vedere W. TREUE, *Adam Smith in Deutschland. Zum Problem der « Politischen Professors » zwischen 1776 und 1810*, in *Deutschland und Europa. Historische Studien zur Völker- und Staatenordnung des Abendlandes. Festschrift für Hans Rothfels*, hrsg. von W. CONZE, Düsseldorf, 1951, pgg. 101-133; su Schlözer spec. pgg. 104-105.

Utili informazioni erano già state fornite da J. GRÜNFELD, *Die leitenden sozial- und wirtschaftsphilosophischen Ideen in der deutschen Nationalökonomie und die Ueberwindung des Smithianismus bis auf Mohl und Herrmann*, Wien 1913, pgg. 9-12, che aveva ben colto sia il carattere innovatore della teoria del nostro rispetto alla tradizionale dottrina degli scopi dello Stato sia il suo successivo procedere 'oltre' il primario e fondamentale scopo della sicurezza e protezione, pur riducendo a *Privatgeschäft* del *Bürger* l'attività economica: un dato importante per la configurazione dello stesso liberalismo tedesco. Cfr. inoltre A. NAHRGANG, *Die Aufnahme der Wirtschaftspolitischen Ideen von Adam Smith in Deutschland zu Beginn des XIX Jahrhunderts*, Diss., Frankfurt am Main, 1933-34, pg. 32 ss. e M.-E. VOPELIUS, *Die allliberalen Ökonomen und die Reformzeit*, Stuttgart, 1968, pg. 31.

⁽³⁹⁾ Sul rapporto di Schlözer con le teorie fisiocratiche, un rapporto caratterizzato da critiche 'ufficiali' (specialmente a Turgot), ma da numerosi avvicinamenti concreti, cfr. B. WARLICH, *August Ludwig Schlözer*, cit., pg. 415 e ivi nota 393. In ogni caso rimane estranea al suo orizzonte culturale una 'sopravalutazione' della questione agraria nel senso dei fisiocratici francesi e tedeschi.

⁽⁴⁰⁾ A. L. SCHLOZER, *Allgemeines StatsRecht und StatsVerfassungslehre. Voran: Einleitung in alle Statswissenschaften. Encyklopädie derselben. Metapolitik*, Göttingen, 1793, *Encyklopädie*, § 6, pg. 23.

Nonostante che certamente all'interno della sua dottrina permangano ancora ipoteche — spesso però alquanto in superficie — di carattere mercantillistico, è evidente allora come secondo questa concezione non sia più

La finalità dello Stato, che si presenta come una 'societas cum imperio' di contro alla 'Staatsbürgerliche Gesellschaft' — la quale tende sempre più ad identificarsi, avendo perduto la qualificazione dell'*imperium* ⁽⁴¹⁾, con una « bürgerliche Wirtschaftsgesellschaft » ⁽⁴²⁾ — è costituita ora non più da una molteplicità di scopi, che pur nel continuo mutamento del loro reciproco rapporto e nella

soltanto compito dello Stato, del principe o dei politici la creazione del benessere economico, e come invece esso riposi sull'attività produttiva all'interno stesso della sfera economica. In tal senso si compie un'avvicinamento della teoria della società alle impostazioni di un Adam Smith, poiché questo concetto di 'produttività' viene esteso a tutti i rami dell'attività economica, la cui totalità non è più identificata come Stato, ma invece proprio nella *società civile* in quanto essa si 'ponga di fronte' allo stesso Stato; una società composta prevalentemente da un ceto di 'imprenditori' borghesi.

Troppo sommariamente quindi H. WINKLER, *Die deutsche Nationalökonomie im 19. Jahrhundert*, Darmstadt, 1977, pg. 9, vuole escludere qualsiasi rilievo ai rapporti e alle concordanze sussistenti tra le due dottrine; per una analisi più approfondita di esse si rinvia nuovamente a B. WARLICH, *August Ludwig Schlözer*, cit., pg. 416 ss.

⁽⁴¹⁾ Cfr. A. von UNRUH, *Dogmengeschichtliche Untersuchungen*, cit., pg. 90 ss.; non ci paiono cogliere nel segno le scarse e troppo svalutative osservazioni di E. ANGERMANN, *Das Auseinandertreten von « Staat » und « Gesellschaft »*, cit., pg. 121, che afferma trattarsi di una mera « Ausdifferenzierung der Vertragslehre ». SCHLÖZER (*Allgemeines Staatsrecht*, cit., pg. 4, nota 2) parla invece di differenza 'essenziale': che non la si possa definire una semplice differenziazione interna è anche attestato dal fatto che il nostro, anticipando Kant, riduce lo *Staatsvertrag*, negandogli qualsiasi realtà storica, a mera ipotesi; una ipotesi necessaria « *soll ein Unterschied zwischen Räuberbande und Regierung sein* » (ivi, pg. 12); vedi anche J. GRÜNFELD, *Die leitenden sozial-und wirtschaftsphilosophischen Ideen*, cit., pg. 12 nota 4.

La teoria politica di Schlözer si rivela in definitiva come una sorta di costituzionalismo monarchico, « als bürgerlicher Kompromiss zwischen aufgeklärtem Absolutismus und modernem *Verfassungsstaat* » (così B. WARLICH, *August Ludwig Schlözer*, cit., pg. 435), che garantisca la concorrenza privata, svolgendo quindi un ruolo sussidiario nei confronti della società civile. Il principio di non ingerenza è fissato come generale e non subisce eccezioni, se non in riferimento a due beni giuridici: la proprietà e la libertà contrattuale. Lo Stato non deve infatti in questo caso limitarsi a riconoscere questi due istituti, ma li deve porre sotto una speciale protezione.

⁽⁴²⁾ B. WARLICH, *August Ludwig Schlözer*, cit., pg. 428.

variegata possibilità di gerarchizzazione, siano sostanzialmente tutti 'positivamente' e contenutisticamente indirizzati al perseguimento dell'intento dell'unica struttura dello 'stato-societas' globalmente considerata.

Esiste invece adesso un reagire della *libertas civilis* propria dello *Staatsbürger* sulla struttura stessa dello Stato, che fa sì che la teoria, la successione innumerevole dei doveri articolanti tutte le varie posizioni sociali, retroceda vistosamente di fronte ai diritti del singolo *Bürger*: in un processo di eguale e contraria metamorfosi gli 'Herreschersrechte' si trasfondono a loro volta in doveri limitativi della *Willkür* assolutistica: lo Stato è *primariamente* burocratico: « eine künstliche überaus zusammengesetzte Maschine »⁽⁴³⁾, la sua concezione si delinea come quella di una sovrastruttura meglio corrispondente al nascente Stato moderno che non la nozione sinora comune della *civitas*⁽⁴⁴⁾.

Ma la macchina burocratica serve uno scopo preciso; il processo è per così dire interno, è dall'interno che il concetto di fine dello Stato proprio dell'ideale eudemonistico dello 'stato del benessere' subisce un'essenziale mutamento: è ormai la sicurezza del *civis*, l'espressa protezione della proprietà e delle sue forme acquisitive, che subentra a scavalcare l'orientamento al bene comune (*salus publica*).

Per un autore come Schlözer, infatti, per il quale, come del resto per tutta la scuola di Göttingen, il diritto positivo rappresenta il presupposto costitutivo di ogni ordinamento reale — in diretta polemica con l'indirizzo di un Wolff⁽⁴⁵⁾ —, il topos del « Wohlfart », del perseguimento della felicità generale viene concepito così ampiamente da ricomprendervi anche la lesione dei diritti acquisiti, e quindi ad escluderne l'ammissibilità⁽⁴⁶⁾.

(43) A. L. SCHLÖZER, *Allgemeines StatsRecht*, cit., pg. 4; la sottolineatura è nell'originale.

(44) Cfr. G. VALERA, *Scienza dello Stato*, cit., *Introduzione*, pg. XXXIII.

(45) Cfr. A. L. SCHLÖZER, *Allgemeines StatsRecht*, cit., *Vorrede*, pg. IX; *Einleitung*, pg. 8.

(46) Si veda, ad esempio, *ibid.*, *Allgemeines StatsRecht*, Abschn. I, § 2, pg. 96.

Tipica è altresì l'interpretazione 'limitante' del concetto di suddito,

Se il concetto di 'Glück' non merita questo nome qualora non venga a riposare sull'accordo di tutti i cittadini borghesi, allora anche la *Polizei* perde la sua centralità rispetto al diritto privato⁽⁴⁷⁾ e viene ad assolvere una funzione puramente 'preventiva': « Allgemeiner, höchster Zweck des Stats, ist *Bürger-Wol ... Jeder Mensch sorgt selbst für sein Glück hienieden. Sein Wunsch ist nur diesen seinen eignen Weg zum Glück ungestört fortwandeln zu können und in seiner Tätigkeit durch nichts von aussen gehemmt zu werden... Erster Zweck und Pflicht des Stats blos Schutz* »⁽⁴⁸⁾.

Il fine negativo dello Stato è oramai avanzato a riempire ampiamente il proscenio: il primato del diritto privato è a portata di mano e concretamente fondato.

Non è senza significato che l'enfasi con la quale Schlözer carica i concetti di « Staatsbürger » e di « Bürgerliche Gesellschaft » — un'accentuazione che rimane in qualche misura una costante dell'intera scuola di Göttingen, e che ritroveremo come significativo

che si rivela adesso in ogni caso bisognoso di legittimazione: « Untertan(en), Sujet(s). Ist etwas schimpfliches bei diesem herkömmlichen Namen? Man ist dem Herrscher nicht erniedrigender untertänig, als dem Wegweiser, als dem Arzt... der Herrscher ist aus der Mitte seiner Mitbürger genommen, und bleibt auch nachher Bürger », cioè soggetto anche a tutte le leggi positive dello Stato. Non solo: egli non diviene proprietario del territorio, ma unicamente « verpflichteteter Hüter desselben für jeden einzelnen rechtmässigen Besitzer eines Stücks von Lande » (ivi, pgg. 95-96). Non del tutto convincente in proposito P.-L. WEINACHT, *Staatsbürger*, cit., pg. 52.

⁽⁴⁷⁾ La Polizia non deve essere confusa col sostegno all'attività produttiva borghese (*Erwerb, Industrie*) che fonda la 'ricchezza della nazione': questo sostegno, che fa parte dei *finis* positivi dello Stato, può essere denominato significativamente soltanto *IndustriePolitik*. Essa, a sua volta, può essere suddivisa in *OekonomiePolitik, ManufacturPolitik, HandelsPolitik*, ma, in ogni caso, « nur mit *Polizei* vermengt man Sie nicht. Auch der Name *Statswirtschaft* ist noch zu schwankend », *ibid.*, *Encyklopädie*, § 5, II. *Fines positivi*, pg. 20. Cfr. anche, J. BRÜCKNER, *Staatswissenschaften, Kameralismus und Naturrecht*, cit., pg. 298.

⁽⁴⁸⁾ A. L. SCHLÖZER, *Allgemeines StatsRechts*, cit., *Encyklopädie*, § 5, *Fines imperii*, pg. 17; il fine negativo primario viene così più dettagliatamente determinato: « ... blos Sicherheit für das 4fache Eigentum, das jeder, auch nur halbcultivierte Mensch mitbringt (*Person, Vermögen, Ehre, und Religion*) gegen ... Feinde » (ivi, pgg. 17-18; sottolineatura nell'originale).

elemento nella prospettazione di una 'teoria generale del diritto positivo' ⁽⁴⁹⁾ — potesse rivestire agli occhi di uno dei più attenti critici di parte conservatrice delle pericolose 'involuzioni' democratico-repubblicane, in via di sviluppo nella realtà tedesca all'indomani degli accadimenti della vicina Francia, un carattere oggettivamente assai sospetto ⁽⁵⁰⁾.

E questo, nonostante che in realtà le intenzioni — del resto a più riprese manifestate dall'autore ⁽⁵¹⁾ e non sfuggite al suo cri-

⁽⁴⁹⁾ Reitemeier userà il termine « Staatsbürger » proprio come specifica concretizzazione della sua teoria; cfr. *infra* cap. III, nota 168. Anche per Hugo acquisterà grande rilievo la derivazione del suo modello metodico dalla 'Scienza dello Stato' (cfr. *infra* e spec. tutto il cap. III).

⁽⁵⁰⁾ E. BRANDES, *Die Entstehung republikanisch-demokratischer Literaturströmungen in Deutschland* (1792), da ID., *Über einige bisherige Folgen der Französischen Revolution, in Rücksicht auf Deutschland*, Hannover, 1792, pgg. 45-71, ora in J. GARBER (hrsg.), *Kritik der Revolution. Theorien des deutschen Frühkonservatismus 1790-1810*, Bd. 1: *Dokumentation*, Kronberg im Taunus, 1976, pgg. 1-27.

Per Brandes è da imputare a responsabilità di Schlözer l'aver aperto — anche mediante la Rivista da lui diretta, la allora celebre *Staats-Anzeige* — la via « dem freyen Untersuchungsgeist » in relazione agli abusi commessi nel campo amministrativo e costituzionale.

L'analisi di Brandes è in generale particolarmente significativa per la lucidità con la quale individua gli elementi del processo costitutivo dell'autocoscienza borghese in Germania proprio immediatamente prima della Rivoluzione francese. La sua diagnosi di una 'Revolutionsbereitschaft' dell'intelligenza tedesca prima del 1789 è stata di fatto confermata nelle sue linee essenziali dalle moderne ricerche.

Su Brandes cfr. L. MARINO, *La filosofia della Restaurazione*, Torino, 1978, pg. 13, nonché F. UHLE-WETTLER, *Staatsdenken und Englandverehrung*, cit., pgg. 109-149.

⁽⁵¹⁾ Cfr. ad es.: A. L. SCHLÖZER, *Allgemeines StatsRecht*, cit., *Encyklopädie*, § 9, pg. 28: « Politische Kenntnisse sind das erprobteste Präservatif gegen Projectir- und RevolutionsSucht: sie schaffen Malcontenten zu ruhigen, willigen, und dankbare Bürgern um »: si veda anche la critica, chiaramente improntata ad una concezione 'atomistica' della società, nei confronti dell'ingannevole concetto di *volontè générale* introdotto dal Rousseau (*ibid.*, *Metapolitik*, Abschn. IV, § 22, pg. 76). Di notevole rilievo — e quasi preannuncio delle attuali tematiche sul 'custode della Costituzione' — è il rifiuto subito successivo della pura e semplice astratta sovranità della legge, se non venga altrimenti 'tutelata': « Aber Gesetz ist ein abstractes Ding, ein todttes Wesen, über welches sich immer Menschen

tico⁽⁵²⁾ — fossero assai più indirizzate nel senso di distinguere e di conseguenza di privilegiare la « bürgerliche Freiheit » rispetto alla « politische Freiheit », intesa come « partecipazione del cittadino-borghese al potere »⁽⁵³⁾: indirizzate quindi piuttosto nel senso di un sia pur cauto riformismo.

L'erosione del concetto di *felicitas*, l'avversione per il concetto di bene comune si manifesta quindi come il vero nocciolo delle tendenze egalizzanti implicite nella riduzione teorica dell'ordinamento cetuale ad 'Untertanenverband' (associazione di sudditi), e nell'emersione di una sempre maggiore 'indipendenza' come elemento caratterizzante della nozione di *Bürger*: queste linee

hinwegschwingen, solange kein Hüter da ist. Auf diese Hüter und Vollzieher kommt alles an; aber auch diese sind Menschen, und bleiben es » (pg. 77). Il rapporto col Rousseau è però tutt'altro che univocamente determinato nel senso della ripulsa (cfr. spec. ivi pg. 7, 12, 59, 178), ed anzi influisce sulla concezione di Schlözer relativa agli scopi dello Stato, che abbiamo avuto modo di esaminare, fino al punto che egli giunge a parlare di « Ur-Rechte von Freiheit und Gleichheit » (pg. 59). Sul punto cfr. F. UHLEWETTLER, *Staatsdenken und Englandverehrung*, cit., pg. 73 ss.

⁽⁵²⁾ E. BRANDES, *Die Entstehung*, cit., pg. 53 (9): « Eigentliche demokratische Grundsätze sind nie darin ausgebreitet, im Gegentheile oft lebhaft darin angefochten worden, allein, die Ruge, die den demokratische Unfug traf, konnte in Deutschland nicht soviel Eingang finden, als diejenige, die den monarchische oder aristokratischen Despotismus angrif ». L'affermazione si mostra più che giustificata, sol che leggiamo più oltre un'altra presa di posizione del nostro in favore dello Stato costituzionale: « Traurig für das StatsRechte, war die erste Hälfte unsers jetzigen Jahrhunderts: und waren diese Zeit nicht auch der monarchische Despotismus in Europa frecher, wie je? Nur der Britte genoss seine hellere Ideen... In allen andern Reichen ging es ebenso: nur Montesquieu streute brittische Samen in französische Erde aus; den aber die Aristokraten mit ihrer damals breiten Hufen so tief niederdruckten, dass er erst im J. 1789 aufkeimen konnte » (*Allgemeines StatsRecht*, cit., pgg. 90-91).

Non molto comprensibile ci sembra allora il tentativo di ridurlo a « teorico della Controrivoluzione ». Così però L. MARINO, *La filosofia della Restaurazione*, cit., pg. 12. Sui rapporti della scuola di Göttingen con l'Inghilterra è da vedere anche K. HUNGER, *Die Bedeutung der Universität Göttingen für die Geschichtsforschung am Ausgang des achtzehnten Jahrhunderts*, Berlin, 1933, pg. 22 ss.

⁽⁵³⁾ Cfr. A. L. SCHLÖZER, *Allgemeines StatsRecht*, cit., *Metapolitik*, § 7, pg. 37.

di sviluppo trovano certo la loro più chiara espressione, connessa con una netta scelta di campo a favore della rivoluzione francese, nel pensiero kantiano⁽⁵⁴⁾.

Tuttavia proprio la posizione kantiana si presenta di grande importanza per noi e non solo, evidentemente, per il ruolo da essa avuto nello sviluppo della scienza romanistico-privatistica, a partire dai giuristi kantiani fino a giungere a Savigny, ma anche in sé e per sé, e particolarmente in riferimento all'elaborazione dell'elemento caratterizzante dell'« indipendenza » (*sibisufficientia*) come contrassegno specifico della posizione del *Bürger*; emergono qui, non a caso, e il ruolo svolto dal concetto di *status* in riferimento alla determinazione della capacità giuridica e la connessione con la teoria dei diritti reali-personali: entrambi punti focali per lo sviluppo delle strategie del ' sistema '.

Secondo Kant infatti i « principi a priori » che informano la nozione stessa di Stato sono: la libertà di ogni membro della società (*Sozietät*), come uomo; l'uguaglianza dello stesso con ogni altro, in quanto suddito (*Untertan*); l'indipendenza (*Selbständigkeit*) di ogni membro di un ordinamento comune come cittadino (*Bürger, cytoyen d. h. Staatsbürger, nicht Stadtbürger, bourgeois*)⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ Sulla concezione kantiana degli scopi dello Stato cfr. R. WILBRANDT, *Kant und der Zweck des Staats*, in *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, N. F., 28 Jg. (1904), pgg. 75-101, e soprattutto H.-G. DEGGAU, *Die Aporien der Rechtslehre Kants*, Stuttgart-Bad Cannstadt, 1983, pg. 248 ss.

Per l'atteggiamento verso la rivoluzione francese si veda K. VORLÄNDER, *Kants Stellung zur französischen Revolution*, in *Philosophische Abhandlungen Herrmann Cohen zum 70ten Geburtstag dargebracht*, Berlin, 1912, pgg. 247-269; P. BURG, *Kant und die Französische Revolution*, Berlin, 1974; D. WOLF, *Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Hamburg, 1980, pg. 11 ss.

⁽⁵⁵⁾ I. KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793), citato secondo KANT - GENTZ - REHBERG, *Über Theorie und Praxis*, Einleitung von D. HENRICH, Frankfurt am Main, 1966, pg. 59 e 65.

Siamo qui, evidentemente, di fronte all'espressione dei lineamenti della formulazione classico-liberale del concetto, una concezione che ritroveremo pressoché immutata anche nella più tarda *Rechtslehre* (1797), e che presuppone a suo sfondo un processo di ' espropriazione ' di tutti i poteri

Kant così procedendo doveva fornire un criterio per quella postulata indipendenza: perché qui 'Bürger' è identico con 'Mit-

intermedi corporativi e pubblico-cetuali e dei loro riflessi giuridici (*Land-eigentum, Privilegien, Prærogative*) per tramite dello Stato, cfr. *ibid.*, pg. 62 ss.

Ed infatti i primi due 'principi' sono direttamente contrapposti al principio informatore del vecchio concetto di società civile intesa come società immediatamente politica, articolata nelle sue diverse 'Herrschaften' (dovremmo tradurre qui con signoria o semplicemente potere, ma, come nel caso dei termini *Zwangsrecht, Zwangsgewalt*, diritto 'coattivo', coercitivo, potere titolare del monopolio della forza, o, weberianamente, della violenza legittima, la traduzione non renderebbe adeguatamente il senso delle nozioni: preferiamo d'ora in poi servirci pertanto dei termini originali); sul problema del concetto di *Herrschaft* e del suo sviluppo storico oltre al rinvio canonico a O. BRUNNER, *Land und Herrschaft* (1939), Darmstadt, 1965⁵, adesso anche in traduzione italiana per cura di P. SCHIERA, Milano, 1983, è utile vedere R. KOSELLEK, H. GÜNTHER, K.-H. ILTING, D. HILGER, voce *Herrschaft*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., Bd. 3 (1982), pgg. 1-102, spec. pg. 79 ss.).

Il diritto alla libertà, che compete ad ogni membro della 'società', viene infatti a negare la libertà e i diritti delle corporazioni, delle città e delle comunità locali, dei ceti e delle signorie feudali, proprio in quanto si presenta come il diritto dell'uomo emancipato da quei vincoli; un diritto che si riferisce ora immediatamente a lui stesso, al suo interesse privato (ché questo è il senso che in questi contesti assume, al termine del processo da noi analizzato, la nozione 'empirica' di *Glückseligkeit*. cfr. *ibid.*, pgg. 59-60), al suo privato arbitrio.

Questo diritto include in se stesso anche l'eguaglianza giuridica, l'eguaglianza che si esprime nel soggetto in quanto 'Untertan', in quanto, quindi, uomo che gode, all'interno di uno Stato, dell'eguaglianza nell'assoggettamento alla legge che lo 'Stato' soltanto emana. Come rileva opportunamente M. RIEDEL, voce *Gesellschaft, bürgerliche*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., Bd. 2, pg. 761 nota 144, nei lavori preparatori alla stesura del testo che siamo analizzando, contenuti nel volume ventitreesimo delle opere complete di Kant (I. KANT, *Gesammelte Schriften*, Hrsg. Preussische (Deutsche) Akademie der Wissenschaften zu Berlin, Bdd. 1-23; dal Bd. 24 Hrsg. Akademie der Wissenschaften der DDR/Akademie der Wissenschaften zu Göttingen; Berlin, 1900 ss.; d'ora in poi citata come *Akademie Ausgabe*), il grande pensatore manifestava ancor più icasticamente il senso della sua operazione: la libertà di cui il componente di un popolo gode nel suo rapporto « zur Regierung » fa sì che non possa essere sottoposto all'arbitrio di un altro semplicemente come mezzo, ma che « invece si debba presupporre che egli sia legittimato ad agire in modo tale, come se facesse ogni cosa per il suo proprio vantaggio e soltanto mediatamente a vantaggio altrui, fosse pure dello

gesetzgeber' e decisivi divengono i criteri della presenza della qualità 'naturali' (ad esclusione quindi delle donne e dei bambini) e del godimento dello *status* di *sui iuris* in senso strettamente patrimoniale « mithin irgend ein Eigentum habe (vozu auch jede Kunst, Handwerk oder schöne Kunst oder Wissenschaft gezählt werden kann) »⁽⁵⁶⁾. Venivano così a cadere fuori dalla determi-

stesso governo » (*Vorarbeiten zum Gemeinspruch II.*, in *Akademie Ausgabe*, Bd. 23, pg. 136).

In ogni caso è proprio il concetto di Stato che viene qui adoperato per la prima volta in un senso specificatamente 'moderno' — se in generale è lecito servirsi di questa espressione —: « Es ist aber alles, was *unter* Gesetzen steht, in einem Staate Untertan, mithin dem Zwangsrechte gleich allen andern Mitgliedern des gemeinen Wesens unterworfen; einen Einzigem (physische oder moralische Person), das Staatsoberhaupt, durch das aller rechtliche Zwang allein ausgeübt werden kann, ausgenommen » (Id., *Über den Gemeinspruch*, cit., pg. 61).

Lo Stato è infatti ormai inteso chiaramente come unico legittimo e universale titolare del monopolio della coercizione, come unica *Zwangsgewalt*, appunto. L'inerenza di Stato e diritto si pone in un contesto di diretta connessione con la normazione apriorico-giuridica del termine 'società civile': lo Stato non può seguire altra via per eliminare gli *Zwangsrechte* immanenti all'antica *societas civilis*, che quella di porre al loro posto un unico *Zwangsrecht*, che costituisca al contempo se stesso ed anche la società; così ancora M. RIEDEL, *loc. ult. cit.*, pg. 762.

⁽⁵⁶⁾ I. KANT, *Über den Gemeinspruch*, cit., pg. 65. La scelta di questo criterio che fa esplicito riferimento alla *Statuslehre* d'impronta romanistica — sebbene, subito dopo, il termine 'proprietà' sia da Kant esteso sino a suggerire quasi il concetto di proprietà 'intellettuale', di *geistige Eigentum*, abbandonando quindi, a quel proposito, il rigido schema romanistico — ci fa comprendere come adesso la stringenza logica della costruzione venga in qualche modo meno, e che si ricada, almeno in certa misura, in una concezione tradizionale di società civile.

I primi due principi avrebbero infatti postulato l'estensione della determinazione 'Bürger' ad ogni soggetto-uomo all'interno dello Stato e, pertanto, la comprensione della società nel senso di una 'Staatsbürgerliche Gesellschaft' come totalità dei liberi e uguali di fronte alla legge.

Ma, da un lato, « diese durchgängige Gleichheit der Menschen in einem Staat, als Untertanen desselben, besteht... ganz wohl mit der grossten Ungleichheit der Menge und den Graden ihres Besitztums nach... », essendo questa uguaglianza richiesta solo secondo il diritto, che concerne unicamente « die Form Rechtens, nicht die Materie oder das Objekt, worin ich ein Recht habe » (*ibid.*, pg. 61); e, dall'altro, anche questa eguaglianza 'for-

nazione del gruppo avente diritto alla denominazione « Bürger » tutti gli altri 'dipendenti' dal punto di vista civilistico, restando quest'ultimo composto in definitiva dai 'padri di famiglia' del cosiddetto 'Besitz und Bildungsbürgertum' ⁽⁵⁷⁾.

Ma se il concetto di *Staatsbürger* veniva surrettiziamente ad essere ridefinito, dopo averlo postulato come cardine teorico della partecipazione politica ed averlo di conseguenza differenziato dall'uso che ne veniva precedentemente accolto (che lo rendeva assai più simile al concetto di *Privatmann* nel processo di depoliticizzazione della società civile); se, dicevamo, la ridefinizione surrettiziamente riconduce al suo interno, quale criterio di fatto decisivo, la capacità a godere dei diritti politici come è 'positivamente' fis-

male' viene ulteriormente precisata dal profilo della *sibisufficiencia*, che apparentemente rischia di far concludere la ricostruzione apriorica della società civile di nuovo nel bel mezzo della giusnaturalistica *societas civilis*.

Infatti il luogo sistematico di quel principio è rappresentato nella *Rechtslehre* dalla rubrica concernente il diritto della cosiddetta « Häusliche Gesellschaft », che Kant tratta però adesso sussumendola sotto il concetto di 'diritti reali-personali'.

Bisognerà in seguito ritornare sul problema, ma fin da ora si può sottolineare che se il diritto della 'casa', della società familiare, oggettivamente sembra implicare un uso di nuovo convenzionale del termine società, pur tuttavia la conclusione da trarne non deve essere affrettata. Il concetto stesso di diritti reali-personali, pur non costituendo un' 'invenzione' puramente kantiana, contrassegna invece, nella sua nuova utilizzazione sistematica, lo sforzo di liberarsi 'criticamente' anche da quei condizionamenti che non si riusciva ad eliminare in modo diretto. Le difficoltà costruttive kantiane non sono infatti, come vorrebbe Riedel, dettate solo da una tradizione concettuale mal superata, ma corrispondono ai reali problemi che la nuova società veniva concretamente ponendo.

(57) Sulla funzione della 'casa' all'interno della vecchia concezione della società civile si vedano O. BRUNNER, *La 'Casa come complesso' e l'antica 'Economica' europea*, in ID., *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, trad. it., a cura di P. SCHIERA, Milano, 1970, pgg. 133-164; inoltre P. KOSLOWSKI, *Haus und Geld. Zur aristotelischen Unterscheidung von Politik, Ökonomik und Chrematistik*, in *Philosophisches Jahrbuch*, LXXXVI (1979), pgg. 60-83.

Sul rapporto tra tradizione aristotelica e pensiero kantiano considerazioni di notevole rilievo in J. DENNERT, *Die ontologisch-aristotelische Politikwissenschaft und der Rationalismus*, Berlin, 1970, spec. pg. 306 ss.

sata⁽⁵⁸⁾ — e questo voleva significare per Kant, sin dal 1794, le disposizione dell'ALR — diventa chiaro, che, nonostante e accanto a tutti gli spunti 'individualistici', in ultima analisi è di nuovo l'economia della 'casa' (*Haus*) l'unità giuridica di base e l'« Hausvater » il suo rappresentante politico-giuridico.

Anche il concetto di Staatsbürger kantiano reca quindi con sé una profonda ambiguità, che, se da un lato, nell'elemento della possibile partecipazione alla legislazione mostra una potenzialità evolutiva, dall'altro si manifesta ancora incontestabilmente legata alla configurazione pratica del suo presente 'non (o meglio non del tutto) borghese'.

Da questo momento, comunque, proprio l'utilizzazione dei termini *Bürger* e *Staatsbürger* si rivela come il punto di irruzione di una precomprensione politica e di decisioni politiche che, almeno provvisoriamente, vengono tenute ferme.

La terminologia kantiana non venne naturalmente subito accettata da tutti — e abbiamo già avuto modo di accennarlo per autori come Thibaut od anche Reitemeier — e non rimase neppure presso i suoi autentici seguaci del tutto invariata.

Proprio negli anni Novanta sussiste in ogni caso una certa convergenza sull'utilizzazione kantiana della terminologia, ma non per questo siamo di fronte a una perfetta identità di vedute: piuttosto è dato riscontrare, conformemente alle distinte venature osservabili nell'applicazione al campo giuridico del 'formalismo kantiano' e al suo sviluppo in senso oggettivistico⁽⁵⁹⁾, delle incertezze, sintomatiche, nella determinazione di colui al quale una tale 'partecipazione' debba essere assegnata.

Così, ad esempio, Tafinger⁽⁶⁰⁾, che pure parte da premesse kantiane, rimane però fortemente debitore dei principi della 'per-

(58) M. STOLLEIS, *Untertan-Bürger-Staatsbürger*, cit., pg. 76.

(59) Cfr. sul punto A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 ed il 1802*, Padova, 1962, pg. 239 ss.

(60) Wilhelm Gottlieb Tafinger (1760-1813), professore a Erlangen e a Tubinga, è autore di numerose opere di notevole interesse per la migliore comprensione di quest'età di trapasso, a partire dalla sua *De Fundamento separandi iuris naturae et philosophiae moralis ex divisione officiorum in perfecta et imperfecta petendo quaestio retractata*, Erlangen, 1788 e dai *Lehrsätze des Naturrechts*, Tübingen, 1794. I lavori che si segnalano

fezione' e della 'felicità', d'impostazioni cioè eudemonistiche, e può giungere ad affermare, traducendo quasi alla lettera un passo groziano: « lo Stato è una società di uomini liberi riuniti per raggiungere il fine del bene comune, sotto un'autorità superiore. Quest'ultimo elemento lo contraddistingue rispetto al popolo »⁽⁶¹⁾. In questo contesto, 'gemeinschaftlich', *communis* sta per 'sittlich', per 'sittlicher Zweck'⁽⁶²⁾: si introduce così, nuovamente riempiendo la nozione di scopo dello Stato e riportandola, data l'evanescenza del limite, nella disponibilità del titolare dell'*Herrschaft*, una tendenziale confusione tra *Untertan*, *Bürger* e *Staatsbürger*, la cui nozione non a caso viene in tal senso distinta da quella di *Volk*. Ben diversa la consequenzialità con cui Hufeland, giurista

per gli spunti più originali sono comunque il *Versuch einer juristischen Methodologie zum Gebrauch bey seinen Vorlesungen*, Tübingen, 1796; l'*Encyclopädie und Geschichte der Rechte in Teutschland*, Erlangen, 1789, 1800² (noi citeremo comunque dalla prima edizione) e *Die Rechtswissenschaft nach den Verhältnissen und Bedürfnissen der neuesten Zeit*, Tübingen, 1808. Come si può ricavare da citazioni di lavori del 1807 e dell'articolo di Thibaut sulla *Rechtsgeschichte* del 1808, sul quale avremo occasione di tornare, la datazione di quest'ultimo saggio al 1806 contenuta in H.-U. STÜHLER, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815*, Berlin, 1978, pg. 244, deve ritenersi inesatta; il che è confermato dal frontespizio che reca ancora la dicitura « Aus des jur. Archivs, VI B., II St. »; non chiaro neppure il motivo per il quale Stühler adduce il 1815 come data di morte (*ivi*, pg. 104); cfr. invece E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. 3, Halbband I, Note, München, 1898 (Neudruck Aalen, 1978), pg. 227 e A. NEGRI, *Alle origini*, cit., pgg. 246-247. A Stühler spetta in ogni caso il merito di aver fornito sinora l'unica analisi disponibile della sua dottrina (*ivi*, pgg. 104-113).

⁽⁶¹⁾ W. G. TAFINGER, *Encyclopädie*, cit., *Zweyter Abschnitt. Allgemeines Staatsrecht*, § I, pg. 39; già T. SCHMALZ, *Das reine Naturrecht*, Königsberg 1795², *Vorerinnerung zur ersten Auflage* (1791), pg. 17, in *Id.*, *Das Recht der Natur*, Königsberg 1795-1804 (Neudruck Aalen, 1969), aveva criticato il 'kantismo' di Tafinger e del primo Hufeland a motivo della loro ripresa, al di fuori dell'ortodossia della scuola, dei principi della *Vollkommenheit* e della *Glückseligkeit*. Del resto, lo stesso Kant, recensendo in tono conciliante il *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts* (1785) di Gottlieb Hufeland (cfr. *Akademie Ausgabe*, cit., Bd. 8, pgg. 127-130) aveva per parte sua distintamente identificato il ricorrere di quei principi 'materiali' (pg. 128).

⁽⁶²⁾ W. G. TAFINGER, *Encyclopädie*, cit., § 10, pg. 42.

kantiano in gioventù amico di Savigny, nel suo secondo e più fecondo periodo⁽⁶³⁾ affronta questo tema decisivo per la determina-

(63) Gottlieb Hufeland (Danzica 1760-Halle 1817), frequentò a Göttingen le lezioni di Pütter, Schlözer, Spittler. Nel 1784 si trasferì nella 'kantiana' Jena, laddove dal 1786 iniziò la sua attività come professore; nel 1803 passò come professore di Pandette a Würzburg: da quel momento la sua carriera — accademica prima e amministrativa poi — non presenta più tappe di grande rilievo.

Ma se un simile *cursus honorum* non ci dice molto, alla sua figura spetta tuttavia un ruolo non secondario, e sotto molteplici profili, come molteplici furono gli interessi che lo mossero. Abbiamo accennato nel testo all'esistenza di due fasi del suo pensiero. Hufeland fu infatti forse il primo giurista in assoluto a manifestare chiari segni di un influsso da parte del filosofo di Königsberg proprio nella sua prima opera impegnativa, il già ricordato *Versuch*, pubblicato a Jena nel 1785, nel quale, anzi, egli si dichiara esplicitamente kantiano.

In realtà però la problematica kantiana non è colta qui nei suoi aspetti peculiari, quanto piuttosto soltanto in ciò per cui essa poteva venir a costituire un conseguente sviluppo delle tematiche tradizionali; al punto che la stessa 'Critica della ragion pura' vi è presa in considerazione e ritenuta degna di menzione soprattutto come opera di unificazione delle conoscenze cui anche la precedente scuola non-critica era giunta pur senza saperle congiungere in una superiore sintesi. Non a caso Kant nella recensione del 1786, accanto al trapasso da un principio critico-formale a quello della perfezione, poteva rimproverargli anche (*loc. cit.*, pg. 129; vedi inoltre la lettera ad Hufeland dell'aprile dello stesso anno in *Akademie Ausgabe*, cit., Bd. 13, pg. 173) la mancanza di chiarezza nel distinguere l'obbligazione giuridica da quella morale mettendo in tal modo in pericolo la stessa « autonomia » del soggetto (cfr. A. NEGRI, *Alle origini*, cit., pg. 243 ss., nonché E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt. 3, Halbband I, *Testo*, pgg. 512-514; *Note*, pgg. 318-319).

Di questa polemica il nostro terrà conto modificando in modo rilevante la sua prospettiva proprio a partire dal 1790 con la pubblicazione dei *Lehrsätze des Naturrechts*, Leipzig, 1790 (seconda edizione, Jena, 1795). Un mutamento non sempre riconosciuto (cfr. ad es.: T. SCHMALZ, *Das reine Naturrecht*, cit., *Vorrede zur zweyten Auflage*, pg. 12, dove però non è chiaro a quale dei lavori di Hufeland ci si riferisca, dal momento che, vertendo la questione sulla priorità dell'applicazione al campo giuridico dei principi kantiani, ci si potrebbe anche solo voler limitare a quello del 1785); un mutamento, comunque, che porterà Hufeland, per il tramite di un'opzione filosofica in favore dell'idealismo obiettivo d'ispirazione critica, ad avvicinarsi sempre più a posizioni storicistiche.

Un ravvicinamento che è testimoniato, oltre che dal suo rivolgersi in

zione della funzionalità e del ruolo stesso del diritto privato; « Staat ist eine Gesellschaft, deren Zweck Erhaltung der Rechte

misura sempre crescente ad opere di approfondimento storico e sistematico del diritto positivo — dai *Beyträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften*, Jena, 1792-1802; al *Lehrbuch der Geschichte und Encyclopädie aller in Deutschland geltenden Rechte*, I. Theil: *Einleitung und Geschichte des römischen Rechts*, I. Abtheilung, Jena, 1796, che non progredì comunque oltre questa prima sezione contenente la storia del diritto romano fino al termine della Repubblica; per giungere alle ambiziose *Institutionen des gesammten positiven Rechts oder systematische Encyclopädie der sämtlichen allgemeinen Begriffe und unstreitigen Grundsätze aller in Deutschland geltenden Rechte*, Jena, 1803² —, in particolare dai più tardi saggi romanistici contenuti nei due volumi: *Über den eigenthümlichen Geist des Römischen Rechts im Allgemeinen und im Einzelnen*, Giessen, 1815-1817.

Sulle caratteristiche di questa svolta, che offre consistenza nuova allo stesso principio della perfezione, volto a realizzare ora, in luogo di una figura puramente ideale, un'unità concreta di natura e spirito, instaurandosi nel processo della ragione e mirando a calare la stessa legge all'interno di questa realtà, cfr. G. GORETTI, *Il carattere formale della filosofia giuridica Kantiana*, Milano, 1929, pg. 31 ss. e A. NEGRI, *Alle origini*, cit., pg. 249 ss., spec. pg. 251 nota 50. Da ultimo su Hufeland è da vedere H.-U. STÜHLER, *Die Diskussion*, cit., pg. 126 ss.

Ma oltre all'aspetto giuridico-sistematico, che acquisterà rilievo specialmente nella prospettiva del famoso *Grundriss* dello Heise, non si può sottacere un altro ambito nel quale l'attività del giurista kantiano lascerà una traccia, se vogliamo ancor più significativa, ma come tale spesso, a torto, passata del tutto sotto silenzio nelle ricostruzioni storico-giuridiche. Alludiamo al campo dell'economia politica. Dalla *Neue Grundlegung der Staatswirtschaftskunst durch Prüfung und Berichtigung ihrer Hauptbegriffe vom Gut, Wert, Preis, Geld und Volksvermögen mit ununterbrochen Rücksicht auf die bisherigen Systeme*, 1. und 2. Theil, Giessen, 1807-1813, ai successivi lavori sulla natura economico-giuridica del denaro (*Die Lehre vom Gelde und Geldumlaufe*, Giessen, 1819; *Über die rechtliche Natur der Geldschulden*, Berlin, 1851, quest'ultimo dato alle stampe per espresso desiderio di Savigny), le teorie di questo smithiano 'indipendente' — cfr. H. WINKEL, *Die deutsche Nationalökonomie*, cit., pgg. 16-17 e soprattutto J. GRÜNFELD, *Die leitenden sozial- und wirtschaftsphilosophischen Ideen*, cit., pg. 66 ss. — si riveleranno infatti determinanti per la formazione della *Geldlehre* savignyana, un aspetto del quale verremo ad occuparci in modo specifico nel corso del secondo volume di questa ricerca. Cfr. per ora H. KIEFNER, *Geld und Geldschuld in der Privatrechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, hrsg. von H. COING und W. WILHELM, Frankfurt am Main, 1980, Bd. 5, pg. 33.

ihrer Glieder (Staatsbürger) in allen Fallen ist ... Der Inbegriff aller Staatsbürger heisst, besonders im Verhältniss gegen andere, das Volk (populus) »⁽⁶⁴⁾.

Le implicazioni di una tale restrizione dello scopo dello Stato sono di diverso segno, ma concomitanti, e tutte volte in direzione di uno svolgimento in senso ' borghese ' — lo sviluppo a partire dagli anni '90 si manifesta in questa direzione decisivo — della dottrina kantiana dello scopo dello Stato: innanzitutto, se esso viene identificato assolutamente ed esclusivamente nella ' assicurazione ' della sicurezza, se « allein Sicherung der aussern Freiheit kann also der Zweck des Staats sein, mithin die Sicherung aller angeborenen und erworbenen Rechte jedes einzelnen Mitgliedes derselben »⁽⁶⁵⁾, ciò viene a significare una riduzione delle compe-

⁽⁶⁴⁾ G. HUFELAND, *Abriss der Wissenschaftskunde*, cit., *Einleitung*, § 26 e 28, pgg. 10-12.

⁽⁶⁵⁾ T. SCHMALZ, *Die Wissenschaft des natürlichen Rechts*, Leipzig, 1831, 6. Buch, *Der Staat - Metapolitik, Erster Abschnitt. Vom Zwecke des Staats*, § 302, pg. 110, che così prosegue: « Man hat angeblich höhere Zwecke und umfassendere dem Staate geben wollen, Glückseligkeit oder Entwicklung der Menschheit. Es ist aber offenbar 1) dass Niemand *im Ernst* vom Staate Wohlfahrt und Entwicklung seiner Anlage, *sondern nur Wegräumung Dessen, was ihn widerrechtlich hindert, beides zu erwerben, fordert*; 2) dass man *Niemanden ein Recht zugesteht, vom Staate zu fordern was ihn glücklich mache oder seine Anlage entwickele* (jeder Verständige wird vielmehr sein Glück von der Vorsehung und eignem Fleisse erwarten, und *sehr dagegen protestieren, dass nicht Staatsbehörden sich damit befassen, ihn nach ihrem Sinne glücklich zu machen oder seine Talente zu entwickeln*) ».

La figura di Schmalz (1760-1831), professore a Königsberg dal 1789 al 1803, poi a Berlino sino alla morte, amico personale di Kant, appartiene senz'altro alle più significative tra quelle dei giuristi kantiani e si segnala inoltre come quella di un giureconsulto che testimonia in modo esemplare all'interno del kantismo il passaggio dal criticismo di tipo idealistico ad una nuova concezione eminentemente empirica — che si trasporta cioè sul piano storico — della forma e della libertà: un mutamento d'accento che si ripercuote ora nella decisa sottolineatura del diritto ipotetico rispetto al diritto assoluto, e nella svalutazione della coercizione come elemento basilare e caratterizzante del dato giuridico (cfr. A. NEGRI, *Alle origini*, cit., pgg. 350-354 e D. KLIPPEL, *Politische Freiheit*, cit., pg. 162 ss.). A questo atteggiamento, che già era stato notato dai contemporanei per i suoi esiti in ultima analisi molto simili a quelli che Kant aveva riscontrato in Hufeland — cfr.

tenze del potere sovrano, dal momento che lo *Staatsbürger* è suddito, soggetto a quel potere soltanto rispetto al raggiungimento di quello scopo.

Tuttavia la riduzione alla 'sicurezza' dello scopo dello Stato restringe contemporaneamente lo spazio di azione entro il quale lo stesso *Staatsbürger* può esercitare con qualche significato la sua attività politica: poiché le leggi sono prescrizioni « sui mezzi idonei al raggiungimento dello scopo dello Stato »⁽⁶⁶⁾, anche l'elemento materiale della legislazione viene ad essere limitato al rinvenimento dei mezzi atti a mantenere la sicurezza. La legge si pone così soltanto come strumentale protezione di un 'Sicherheitsbund'.

La 'ricchezza' delle nazioni diviene allora, conformemente alla dottrina dell'economia classica, espressamente recepita, non solo uno tra gli scopi da raggiungere per lo Stato 'considerato di per sé' (67), ma molto di più: il vero presupposto che consente allo Stato medesimo di meglio proteggere i diritti dei singoli. La 'Polizia', quali che siano le giustificazioni adducibili, non deve *mai* violare o limitare il sacro diritto della proprietà, poiché proprio per difendere questi diritti gli uomini si riuniscono in Stati: « Es kann also *nie* eine Einschränkung der Freiheit eines redlichen Gewerbes für Vortheilhaft angesehen werden »⁽⁶⁸⁾.

J. A. BERGK, *Briefe über Immanuel Kant's Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre enthaltend Erläuterungen, Prüfung und Einwürfe*, Leipzig und Gera, 1797 (Reprint Bruxelles, 1968), pgg. 28-35 — fa non a caso riscontro sul piano della teoria economica il suo riconoscersi nei principi fisiocratici e smithiani applicati in modo alieno da compromessi (si veda ancora J. GRÜNFELD, *Die leitenden sozial- und wirtschaftsphilosophischen Ideen*, cit., pgg. 38-39). Egli rappresenta comunque ancora una volta un esempio di come il liberalismo economico più rigoroso potesse nella Germania del tempo coniugarsi con prese di posizione ancora improntate ad una visuale da *Ancien Régime* contro il regime rappresentativo e la divisione dei poteri (cfr. E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt. 3, Halbband I, *Testo*, pg. 515).

(66) T. SCHMALZ, *Die Wissenschaft*, cit., 7. Buch, *der Staat- Absolutes Staatsrecht, Vierter Abschnitt. Die legislative Gewalt*, § 384, pg. 146.

(67) Cfr. J. G. DARIÉS, *Einleitung*, cit., *passim*.

(68) T. SCHMALZ, *Encyclopädie des gemeinen Rechts*, Königsberg, 1804, 3. Buch, *Angewandtes Naturrecht, Zweites Kapitel*, § 223 e 224, pg. 75.

In ogni caso — è questo un elemento che emerge con particolare chiarezza nei lavori di Schmalz⁽⁶⁹⁾, ma non si deve dimenticare che la recezione dell'economia politica 'classica' anglo-francese è dato assai comune tra i giuristi kantiani e tardosettecenteschi in generale, come abbiamo già accennato ed avremo anche più oltre modo di notare — questa funzione di protezione alla quale il soggetto in qualità di *Staatsbürger* viene a partecipare, acquista una caratterizzazione più precisa proprio in relazione al suo oggetto; non si tratta di una proprietà dequalificata di ogni ulteriore aggettivazione, ma è assai frequentemente la proprietà fondiaria (*Grundeigentum*), che viene a definire il campo semantico della nozione di *Staatsbürger*: « Staaten sind sie unter Menschen, welche Grundeigentum erworben haben »⁽⁷⁰⁾.

Questo accoppiamento è originato indubbiamente da quella assolutizzazione della proprietà fondiaria, che era moneta corrente delle teorie fisiocratiche⁽⁷¹⁾, ed è altresì argomentazione che finirà per condizionare ampiamente il movimento liberale nel « Vormärz » ed oltre⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. *ibid.*, 3. Buch, *Angewandtes Naturrecht, Erster Abschnitt, Natürliches Staatsrecht*, § 178-189, pgg. 52-62. Si tratta del primo capitolo di questa sezione, che reca il significativo titolo, risalente a Schlözer (*Allgemeines StatsRecht*, cit., pg. 13) e fatto proprio anche da Hufeland, di *Metapolitik* — sul significato di questa espressione per la collocazione sistematica del concetto di società civile vedi più approfonditamente *infra*, cap. III, pg. 294, nota 315 — ed è volto ad esprimere la necessità di indagare « la natura » dello Stato; abbiamo in realtà a che fare con un'applicazione breve ma esauriente a quell'oggetto delle dottrine economiche smithiane e fisiocratiche, assunte quasi ad incarnare l'elemento 'naturale' sul quale dovrà ergersi la 'protezione' giuridica.

⁽⁷⁰⁾ T. SCHMALZ, *Die Wissenschaft*, cit., 6. Buch, *Der Staat - Metapolitik, Erster Abschnitt. Vom Zwecke des Staats*, § 303, pg. 113.

⁽⁷¹⁾ Si vedano a questo proposito le osservazioni di G. REBUFFA, *Fisiocrazia, Ordine naturale, Diritti individuali*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, I (1971), pgg. 213-249, poi più ampiamente sviluppate, ma sempre limitatamente alla vicenda francese, in *Id.*, *Origine della ricchezza e diritto di proprietà: Quesnay e Turgot*, Milano, 1974. Cfr. inoltre W. ZORN, *Die Physiokratie und die Idee der individualistische Gesellschaft*, in *Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, XLVII (1960), pgg. 498-507.

⁽⁷²⁾ Cfr. M. STOLLEIS, *Untertan-Bürger-Staatsbürger*, cit., pg. 77 ss.

Ma quel che più conta è che un simile atteggiamento di identificazione di 'politico' ed 'economico' — con il conseguente riasorbimento della pretesa politica intesa come oggetto, operato mediante la sua riconduzione nella sfera 'realistico-economica' per il tramite della strumentazione giuridico-proprietaria — costituisca per noi una 'spia' significativa: un segnale cioè di quella ambiguità nell'elaborazione dei concetti e nel loro perseguimento fino alle ultime conseguenze che è dovuta oggettivamente allo stesso punto di partenza del «Frühliberalismus» nel tardo Settecento.

Il movimento di emancipazione borghese aveva infatti identificato come suoi avversari certamente, da un lato, i ceti 'privilegiati' (in senso tecnico), e l'immobilità socio-economica della 'Ständische Gesellschaft' ⁽⁷³⁾, ma dall'altro le forme di tutela paternalistica e di esercizio dell'arbitrio sedimentatesi nella figura assolutistica del 'Regent'.

Il nocciolo del programma del Terzo Stato era quindi rappresentato dalla costituzione di una sfera giuridicamente assicurata per il libero spiegamento delle potenzialità individuali; nessun privilegio per i 'Mitbürger', ma neppure nessun assoggettamento alla 'Willkür' dei principi sovrani ⁽⁷⁴⁾: «Freiheit und Gesetze ist die Allgemeine Parole» ⁽⁷⁵⁾. E tuttavia proprio quest'ultima formulazione si rivelava inadatta a segnare un netto confine, talché si può parlare persino di parziale convergenza, con il programma conservativo cetuale; essa non riusciva a rimanere limitata nella sua utilizzazione al Terzo Stato, e veniva fatta propria anche dai ceti privilegiati che vi sottointendevano la protezione, sempre di

⁽⁷³⁾ Cfr. T. MUNDT, *Geschichte der deutschen Stände nach ihrer gesellschaftlichen Entwicklung und politischen Vertretung*, Berlin, 1854, pg. 436 ss.

⁽⁷⁴⁾ J. SCHLUMBOHM, *Freiheit. Die Anfänge der bürgerlichen Emanzipationsbewegung in Deutschland im Spiegel ihres Leitwortes* (ca. 1760-ca. 1800), Dusseldorf, 1975, pg. 106 osserva che già fin dagli anni '60 del diciottesimo secolo l'opinione pubblica tedesca aveva cominciato a rivolgersi contro il «Despotismus»; cfr. anche D. KLIPPEL, *Politische Freiheit*, cit., pg. 159 ss.

⁽⁷⁵⁾ Così ad es.: F. C. von MOSER, *Beberzigungen*, Frankfurt am Main, 1763, pg. 246 citato secondo J. SCHLUMBOHM, *Freiheit*, cit., pg. 210. Su Moser, uno dei padri del liberalismo tedesco, vedi A. NEGRI, *Alle origini*, cit., pg. 197.

contro all'arbitrio assolutistico, degli *iura quaesita (wohlerworbene Rechte)* di origine feudale⁽⁷⁶⁾.

Così neppure la recezione della 'moderna' economia politica, quale si mostra nell'identificazione di *Staatsbürger* con proprietario fondiario⁽⁷⁷⁾, è in grado di realizzare una differenziazione che operi in modo decisivo sulla costruzione dei concetti giuridici: più che parlare genericamente di 'debolezza' del movimento liberale tedesco o domandarsi quando ha iniziato a compiersi una 'Sub-

⁽⁷⁶⁾ J. SCHLUMBOHM, *Freiheit*, cit., pg. 108 ss.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. ancora L. H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, Halle, 1795, *Angewandte Rechtslehre*, § 782, pg. 472, che sulla base del concetto kantiano di libertà come 'indipendenza' suddistingue poi i liberi in 'Eigenthümer des Bodens' (*Grundherren*) o in soggetti liberi ed indipendenti, ma non in possesso di proprietà fondiarie, per attribuire tendenzialmente solo ai primi la possibilità di costruire e dirigere lo Stato (*ibid.*, § 784, pg. 473; vedi anche i §§ 631 e 632, pgg. 376-378).

Ludwig Heinrich von Jakob (1759-1827) attivo ad Halle, traduttore tedesco di Hume e autore di un *Antimachiavel oder über die Grenzen des bürgerlichen Gehorsam*, Halle, 1794 che influenzò Paul Anselm Feuerbach nella composizione del suo 'Anti-Hobbes' (cfr. M. STOLLEIS, *Staatsräson, Recht und Moral in philosophischen Texten des späten 18. Jahrhunderts*, Meisenheim an Glan, 1972, pg. 88 ss., nonché A. NEGRI, *Alle origini*, cit., pg. 174 nota 95), seguace di Smith, interpretato però nel senso dell'idealismo e quindi ormai al di fuori della rigida ortodossia libero-scambista di uno Schmalz (cfr. A. NAHRGANG, *Die Aufnahme*, cit., pgg. 42-47 e J. GRÜNFELD, *Die leitenden sozial- und wirtschaftsphilosophischen Ideen*, cit., pg. 73 ss.), è autore che ci interessa anche sotto un altro profilo.

La sua posizione all'interno del kantismo giuridico si manifesta infatti come tipica dello sviluppo del formalismo in senso positivistico e logicistico. Accentuando al massimo il rifiuto di ogni considerazione materiale nella costruzione del concetto di diritto è infatti — a quanto ci consta — il primo giurista ad utilizzare l'espressione *Reine Rechtslehre*; la dottrina pura del diritto inizia qui non a caso con una « Logische Erörterung des Begriff des Rechts » (pg. 7 ss.) per sfociare poi in una « systematische Darstellung der reinen oder formalen Rechts » (pg. 36 ss.).

Su questo tema dovremo tornare allorché si tratterà di valutare la funzione che il 'diritto astratto' hegeliano viene a svolgere per giuristi come Puchta, Gans o Kierulff ed il conseguente problema se ed in che misura esso si ponga su di un altro piano rispetto a questo tipo di riflessioni. Cfr. fin da ora W. R. BEYER, *Das Reinheitspostulat in der Rechtsphilosophie. Gedankenreinheit bei Hegel und Engels* (Beihefte zur Zeitschrift Demokratie und Recht), Köln, 1973.

stanzverlust' dell'ideologia liberale, tale che in essa non fosse più possibile trovare risposte adeguate allo sviluppo sociale⁽⁷⁸⁾, si tratta forse di dedicare una più approfondita attenzione ad una certa quale carenza di possibilità autodifferenziatrici insita nelle 'utilizzazioni funzionali' dei concetti giuridici di volta in volta approntate: che quell'equiparazione di *Staatsbürger* e proprietario fondiario derivi concettualmente da analisi economiche 'progressive' non sposta in questo caso di molto la considerazione che essa esercitasse negli anni della sua proposizione la funzione di conservare l'ordinamento fondiario esistente e più ampiamente lo stesso ordinamento sociale in generale⁽⁷⁹⁾.

(78) È questo un modo di porre il problema assai diffuso nella storiografia tedesca, che giunge a punte polemiche assai accese in relazione alla questione se il *Frühliberalismus* sia da considerare un movimento prevalentemente orientato a valutare la società come una « ganz natürlicherweise 'ständisch', d.h. berufständisch, nach Talent und Leistung, aber fast unvermeidlicherweise auch nach Herkunft und Tradition gegliederte Gesellschaft, die in dieser Beziehung zugleich nach dem 'System der Bedürfnisse' reguliert wurde » (L. GALL, *Liberalismus und «bürgerliche Gesellschaft»*, cit., pg. 171), sottovalutando in tal modo i fermenti 'industrialistici' già presenti nella prima metà del secolo e allo stesso tempo idealizzando come finalità emancipativa del movimento una 'società senza classi', il cui fallimento — determinato dall'insorgere della rivoluzione industriale — avrebbe condotto a partire dagli anni '50 ad una « perdita di forza d'integrazione sia politica che sociale » (ibid., pg. 177) e ad una ideologia di *Realpolitik* puramente difensiva; o se questa 'Substanzverlust' ed il momento di rottura dell'egemonia del liberalismo debba invece essere datata solo a partire dagli anni '70-'80 con l'emergere del capitalismo organizzato e monopolistico, che costituirebbe la prima vera rivoluzione industriale tedesca. Cfr. in questo senso W. J. MOMMSEN, *Der deutsche Liberalismus zwischen «Klassenloser Bürgergesellschaft» und «Organisiertem Kapitalismus»*. Zu einigen neueren Liberalismusinterpretationen, in *Geschichte und Gesellschaft. Zeitschrift für Historische Sozialwissenschaft*, I (1978), pgg. 77-90, spec. 85 ss. Inclinata per la prima interpretazione da ultimo M. H. FASSBENDER-ILGE, *Liberalismus. Wissenschaft. Realpolitik. Untersuchung des 'Deutschen Staats-Wörterbuch' von Johann Caspar Bluntschli und Karl Brater als Beitrag zur Liberalismusgeschichte zwischen 48er Revolution und Reichsgründung*, Frankfurt am Main, 1981, pg. 305 ss. Cfr. anche I. CERVELLI, *Liberale tedeschi del Vormärz: profilo di un'élite politica*, in *Studi Storici*, IV (1982), pgg. 821-855.

(79) Cfr. M. STOLLEIS, *Untertan-Bürger-Staatsbürger*, cit., pg. 77 e 79.

Il problema si pone allora nella stessa misura, anche se rovesciato, per lo sviluppo ulteriore: già dal 1794 si preannunciava un movimento di segno opposto⁽⁸⁰⁾ che avrebbe promosso la rimozione delle costruzioni contrattualistiche di stampo razionalistico mediante l'uso di formule organologiche. Il termine stesso *Untertan*, in modo dapprima inosservato iniziava pertanto ad essere « assegnato tra quelle parole che non suonano bene ed è meglio evitare »⁽⁸¹⁾, subendo la stessa sorte di termini come 'illuminista'.

Ma se l'utilizzazione di questi termini ci ha invitato e ci invita a riconsiderare globalmente il contesto semantico entro il quale interagiscono, ed a riconoscere come frequentemente anche sotto

⁽⁸⁰⁾ Su questa vicenda, oltre che ai testi classici di C. SCHMITT, *Politische Romantik* (1919), trad. it., Milano, 1981 e di C. ANTONI, *La lotta contro la ragione* (1942), Firenze, 1968², si può ora finalmente rinviare al recente studio di U. SCHEUNER, *Der Beitrag der deutschen Romantik zur politischen Theorie*, Opladen, 1980, spec. pg. 22 ss. per il problema del superamento della visione assolutistico-giusnaturalistica dello Stato.

Un breve panorama dell'organicismo giuridico prima di Schelling offriva anche A. HOLLERBACH, *Der Rechtsgedanke bei Schelling*, Frankfurt am Main, 1957, pgg. 140-146. L'emergere della metafora organicistica si accompagna, seppur non necessariamente — ed è bene sottolinearlo, ad evitare fraintendimenti — con una maggiormente insistita giustapposizione di 'Gemeinschaft' contro 'Gesellschaft' (M. STOLLEIS, *Gemeinschaft und Volksgemeinschaft*, in *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, XX (1972), pg. 18 ss.): essa ha come conseguenza anche la crisi della rigorosa riduzione kantiana dello scopo dello Stato alla 'Rechtssicherung', con la conseguente riassegnazione allo stesso Stato di compiti di « educazione morale » rispetto al *Bürger*; cfr. in questo senso già N. T. von GÖNNER, *Teutsches Staatsrecht*, cit., § 370, pgg. 615-617 e § 408, pgg. 675-679. Persino superfluo potrebbe apparire a questo proposito il riferimento a K. L. von HALLER, *Restauration der Staatswissenschaft oder Theorie des natürlich-geselligen Zustands der Chimäre des künstlich - bürgerlichen entgegengesetzt*, Winterthur, 1820², Bd. 1-6, Neudruck Aalen, 1964 (per la genesi del suo pensiero ed un quadro dei fermenti anti-rivoluzionari in Germania agli inizi del secolo si veda CH. PFISTER, *Die Publizistik Karl Ludwig von Hallers in der Frühzeit 1791-1815*, Bern und Frankfurt, 1975, spec. pg. 163 ss.), se non fosse per la critica che congiuntamente esercitarono contro le sue tesi Savigny ed Hegel. Cfr. W. KÄMPFER, *Die Kritik Hegels an der Staatsauffassung K. L. von Hallers*, in *Festgabe Max Obrecht*, hrsg. von Solothurn. Juristenverein, Solothurn, 1961, pg. 31 ss.

⁽⁸¹⁾ Cfr. P. L. WEINACHT, « *Staatsbürger* », cit., pgg. 54-55.

le sembianze del concetto giusnaturalistico di *civis* — all'inizio utilizzato come elemento tipico del processo di 'calcolabilità' della legittimazione del potere assolutistico — venissero mantenute al di là del piano astratto di unificazione le molteplici graduazioni dell'antica società feudale, così saremo anche in grado di osservare che l'incremento delle metafore organicistiche⁽⁸²⁾ non significherà necessariamente la diretta eliminazione del riflesso che questo tormentato processo aveva, ormai indelebilmente, lasciato anche a livello del problema del diritto romano attuale. Si tratterà, più spesso, di una ridefinizione del quadro concettuale che farà propri elementi non irrilevanti di quel diritto romano 'della società civile', che gli inizi d'insediamento del pensiero borghese sul finire della seconda metà del XVIII secolo avevano fatto intravedere come una possibilità reale.

Perché anche qui non sarà sufficiente accertare e contrapporre un uso pragmatico od organologico degli strumenti del diritto romano, la sua immediata riconduzione ai concetti che abbiamo esaminato, la loro assenza, la casella vuota da essi lasciata e neppure i più sofisticati strumenti indiretti con i quali quei concetti reagiscono sui materiali del sistema del diritto romano attuale. Si tratterà di verificare, invece, se sussiste ed in che cosa si sostanzia quell'impressione di 'continuità' avvertita da Puchta: se al di là del contrattualismo o dell'organicismo, ed anche 'attraverso' di essi, continuino a persistere quelle linee di tendenza verso la costruzione di una società civile autonoma che abbiamo cercato di dipanare, e se siano da rinvenire in modo altrettanto specifico ancora al livello dello strumento tecnico costituito dal diritto privato.

Sarà allora possibile valutare se le parole con cui Schlosser⁽⁸³⁾, a metà tra lo scettico ed il preveggente, dichiarava nel 1791 di non potersi aspettare dal suo tempo, se non come remotissima eventualità, « che in esso il puro diritto romano possa ritornare a nuova

(82) Vedi E.-W. BÖCKENFÖRDE, voce *Organ, Organismus, Organisation, politischer Körper*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., Bd. 4 (1978), pg. 561 ss.

(83) J. G. SCHLOSSER, *Ueber das Studium der reinen Römischen Jurisprudenz*, in *Civilistisches Magazin vom Professor Hugo in Göttingen*, Bd. I, Berlin, 1791, pg. 72.

vita », indichino la chiusura di un'epoca o piuttosto la sua prosecuzione sotto nuove forme. Non certo coloro i quali, alcuni anni più tardi, potevano ironizzare sul distacco dalla realtà storica di quei 'giocatori del gioco delle perle di vetro' che mostravano di ritenere di vivere ancora all'epoca dei patrizi e dei plebei, seppero comprendere fino in fondo questo processo: l'apparizione all'orizzonte del *civis romanus* modifica invece il campo semantico e ne viene a sua volta modificata, rivelandosi operazione politica proseguita con altri (scientifici) mezzi.

CAPITOLO PRIMO

IL SISTEMA DEL DIRITTO ROMANO ATTUALE
E IL PROBLEMA
DELL'« USO ODIERNO DELLE PANDETTE »
NEL TARDO *USUS MODERNUS*

1. Puchta contro Savigny? — 2. Notazioni minime intorno a « *usus modernus Pandectarum* ». — 3. Il problema dell'« uso odierno del diritto romano » per un romanista 'liberale'.

1. Se volessimo ridurre la scienza pandettistica ad una formula compendiosa che allo stesso tempo rispecchi nel modo più preciso e ravvicinato la sua 'natura', la problematica che ad essa ha dato origine e con la quale continuamente si è affaticata, allora nessuna caratterizzazione migliore ci verrebbe alla mente di quella, strettamente connessa all'opera savignyana, di 'Sistema del diritto romano attuale'.

E dissolvendo l'unitarietà della designazione ne coglieremmo in diversa successione gli elementi componenti le loro possibili mediazioni: il diritto romano, il diritto attuale, il Sistema; il diritto romano mediato dal diritto attuale, il diritto romano attuale tramite il sistema, il sistema a sua volta rimodellato nella sua essenza mediatrice dalla pesante pressione su di esso contemporaneamente esercitata dalla componente 'romana' e da quella 'attuale'.

Che questa caratterizzazione concettuale rappresentasse qualcosa di nuovo non è però, come abbiamo accennato, possibile affermarlo.

Non si tratta né di una formulazione savignyana, né si può sostenere di trovarsi di fronte ad un concetto che in se stesso rispondesse soltanto a precisi bisogni degli anni Quaranta, anche se, come risulterà chiaro al termine delle indagini sulle origini e sull'utilizzazione che Savigny ne proporrà lungo tutto l'itinerario

del *System*, negli anni Quaranta verrà ad assumere 'anche' una sua ulteriore funzione.

Ma, quel che più conta, è una formula come tale non pacifica tra gli stessi giuristi.

Non sarà inutile a questo punto riprendere in mano la lettera nella quale Puchta esprime la sua opinione sulle proposte savignyane di intitolazione, ponendo per ora meno l'accento sulle conseguenze che dalle sue espressioni si possono trarre in relazione alla sua figura ed al suo ruolo all'interno della Scuola Storica, ed in maggior misura sul contesto storico oggettivo che quelle opinioni evocano.

Puchta si dichiara decisamente contrario ai numeri due e cinque sottopostigli da Savigny, « *Handbuch des Pandektenrechts (des heutigen röm. Rechts)* »⁽¹⁾; a suo parere un'opera come quella savignyana merita un altro nome che l'ordinario 'manuale', tale da costituire piuttosto che un titolo, una rubrica in un catalogo; sarebbe lo stesso che battezzare un bambino uomo oppure europeo: sono in sostanza le stesse motivazioni per le quali l'autore del 'diritto consuetudinario' considera non riuscita neppure la denominazione della '*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*'⁽²⁾.

Ma anche due titoli significativi come 'il diritto delle Pandette (*Das Pandektenrecht*)' e 'il diritto romano attuale (*Das heutige röm. Recht*)' non trovano grazia agli occhi di Puchta; essi appaiono semplicemente 'insufficienti', non in grado di segnalare compiutamente la 'differenza' della quale invece un giurista storico deve farsi portatore⁽³⁾.

Non potrà sorprendere allora l'osservare come Puchta manifesti senza ambagi la sua predilezione, tra tutti i titoli proposti, per quello di 'sistema'.

Il passo è ai nostri fini, anche per la sua acutezza, consueta del resto al Puchta critico, estremamente rilevante e ci scusiamo con i lettori se riteniamo di proporlo nella sua interezza: « Se io

(1) G. F. PUCHTA, 41. *Brief*, in J. BOHNERT, *Vierzehn Briefe*, cit., pg. 51.

(2) *Ibidem*.

(3) *Ibidem*.

dovessi scegliere fra i sei, allora la scelta cadrebbe sui numeri tre e sei. *Sistema* del. “ Sistema ” ha molti argomenti in suo favore, nel buon senso antico, laddove non si può fare riferimento al sistematizzare; con *Sistema* si può pensare qualcosa. *Con quel che segue, non sono però troppo soddisfatto*: “ del diritto delle Pandette ”, a nessun costo; una simile espressione nessuno straniero la comprende, e noi non ci sentiremo certo peggio, se per noi fosse altrettanto incomprensibile. *Lasciamo a Thibaut il suo ‘ Diritto delle Pandette ’ e a Mühlenbruch in sovrappiù* ⁽⁴⁾; non ci mischiamo in questa spartizione ereditaria. “ *Del diritto romano attuale* ”? — Mackeldey spero non mi senta — io trovo questo ‘ attuale ’ proprio per niente bello. Questi due aggettivi nel titolo non riescono a piacermi. *E inoltre ciò che mediante un tale aggettivo dovrebbe venire significato, non mi pare in nessun caso espresso bene ed in modo caratterizzante.*

Che il diritto romano debba essere descritto e rappresentato in quanto serva ai nostri bisogni giuridici, se proprio deve venire detto nel titolo, dovrebbe piuttosto essere esplicito più nella parola che designa *il modo di trattarlo* ⁽⁵⁾, che non nel termine che ne specifica l’oggetto ⁽⁶⁾ — perché allora non “ *Sistema del diritto romano* ”? ⁽⁷⁾.

⁽⁴⁾ *Ibid.*, pg. 52. Puchta fa qui evidente riferimento ai tre volumi della *Doctrina Pandectarum* apparsa in prima edizione ad Halle dal 1823 al 1825, ma alla data della lettera ormai già disponibile nella sua elaborazione tedesca (1835-1839) (cfr. E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt. 3, Halbband 2, *Testo*, pg. 376; *Note*, pg. 177 nota 4).

Il giudizio di Puchta sul giurista di Rostock fu assai spesso piuttosto duro, anche se, come vedremo, tra le opere pandettistiche dei due autori sussisteva un certo legame di affinità sul piano sistematico. Per ulteriori informazioni sulla figura di Mühlenbruch si rimanda fin d’ora al secondo volume. La letteratura monografica su di lui non è comunque molto nutrita; è venuto da ultimo meritoriamente a colmare — almeno in parte — la lacuna, dopo le rapide osservazioni di H.-U. STÜHLER, *Die Diskussion*, cit., pgg. 160-164, H. KIEFNER, *Das Stadel’sche Kunstinstitut. Zugleich zu C. F. Mühlenbruchs Beurteilung eines berühmten Rechtsfalls*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XI-XII (1982/83), T. I, pgg. 339-397.

⁽⁵⁾ Sottolineatura nell’originale.

⁽⁶⁾ Sottolineatura nell’originale.

Certo [devo ammettere] ⁽⁸⁾, Lei combatte in punti importanti la sua applicazione; ma proprio la libertà dei suoi punti di vista sopra la forza, che determina anche noi, del suo contenuto, come pure ed ancor di più, la sua posizione autonoma nei confronti dei *suoi* ⁽⁹⁾ plasmatori, diverrà (nella misura in cui Lei mi ha consentito uno sguardo nella Sua opera, mi pare di poterlo prevedere) ⁽¹⁰⁾ una delle precipue caratteristiche dell'opera, per mezzo

(7) Risulta quindi chiaro sin dal primo momento che per Puchta l' 'oggetto' diritto romano non può essere caricato, almeno dall'esterno, della valenza della 'modernità': il suo atteggiamento nei confronti della dottrina dell'ermeneutica giuridica costituisce una valida riprova in questo senso. In tal modo, a prescindere dall'eventuale 'successo' tra i pratici delle sue teorie, la sua posizione risulta altresì caratterizzata dall'aspirazione ad una tendenzialmente netta separazione tra teoria e prassi; una separazione che costituirà invece proprio il bersaglio principe del *System savignyano*.

Rudorff ancora nella *Vorrede* alla undicesima edizione delle *Pandekten puchtiane* (Leipzig, 1872), pur prendendo le sue difese contro attacchi forse eccessivi, doveva annotare come il nostro fosse rimasto ancorato al punto di vista del diritto giustiniano: « statt auf die mittelalterlichen und modernen Rechtsgedanken einzugehen » (pg. VIII). Cfr. sul punto anche il tuttora indispensabile E. SACHERS, *Die historische Schule Savigny's und das römische Recht*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano* (Bologna e Roma XVII-XXVII aprile MCMXXXIII), Volume Secondo, Pavia, 1935, pgg. 217-250, 247.

(8) Il testo suona: « *Freilich*, Sie machen gerade seiner *Anwendung* in wichtigen Punkten den Krieg »; sottolineatura nostra. Puchta si rende cioè conto, immediatamente dopo aver proposto il suo titolo alternativo, che sussiste tuttavia ancora un certo iato tra le due posizioni e che l'elemento non 'coperto' dalla sua proposta sembra essere proprio quello che costituisce il fulcro dell'intrapresa savignyana; porsi sul piano dell'*Anwendung*, e quindi necessariamente, oggettivamente, in una qualche continuità con quella tradizione, per innovarla, per integrarla all'interno del suo progetto: « ... und darin lag nun der geniale Zug, dass er rechtzeitig die Gefahr, die der historischen Schule drohte, erkannte, ihr zu begegnen und die historische Richtung in die Bahnen des gemeinen Rechtes hinüber zu lenken suchte... » (così, felicemente, E. SACHERS, *Die historische Schule*, cit., pg. 246).

(9) Sottolineatura nell'originale. Il riferimento è evidentemente ai cultori tradizionali della disciplina.

(10) Puchta avrà poi modo di ritornare con maggiore cognizione di causa, e sempre criticamente, su alcuni nodi decisivi del *System savignyano*

delle quali le sarà dato di fare epoca nella nostra giurisprudenza. Non l'ultimo elemento, ma bensì il primo potrebbe rendere desiderabile una piccola modificazione di quel titolo da me proposto. Per una traduzione francese del libro non mi troverei in difficoltà, questa deve contenere secondo la mia opinione il titolo: *esprit du droit romain* ⁽¹¹⁾ — ma, se fosse proprio indispensabile, in ogni caso preferirei sempre un'aggiunta come “ nella sua applicazione attuale ” a quell’ “ attuale ” diritto romano, di tanto quella è superiore a questa di quanto Schweppe è superiore a Mackeldey » ⁽¹²⁾.

in una importante lettera del 19 ottobre dello stesso anno (MS. 925/11, Bl. 226-227 in possesso dell'UniversitätsBibliothek Marburg), non riportata da Bohnert, ma resa ora parzialmente accessibile da H. KIEFNER, *Das Rechtsverhältnis. Zu Savigny System des heutigen Römischen Rechts: Die Entstehungsgeschichte des § 52 über das « Wesen der Rechtsverhältnisse »*, in *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, hrsg. von N. HORN, K. LUIG, A. SÖLLNER, München, 1982, Bd. 1, pg. 160 ss., sulla quale in seguito dovremo tornare.

(11) Il ‘Sistema’ fu effettivamente tradotto poco tempo dopo in Francia, con un'interpretazione più aderente a quella proposta di titolo che Puchta aveva per prima scartata, ma in modo idealmente conforme all'altra idea centrale puchtiana, senza fare cioè alcuna menzione del carattere attuale del diritto romano: « *Traité de droit romain*, par M. F. C. SAVIGNY, membre de l'Institut de France; traduit de l'allemand par M. Ch. Guenoux, docteur en droit », Paris, 1840-1851; cfr. V. SCIALOJA, *Prefazione generale del traduttore*, in F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886, vol. I, pg. III s., pg. VII per la critica espressa alla traduzione ‘*Traité*’ e specialmente a ‘*droit romain*’: « poiché in tal guisa si designa al lettore un oggetto *differentissimo* da quello trattato nel libro del Savigny. Nessuno infatti ignora quali profonde differenze corrano tra il diritto romano puro e il diritto romano attuale o odierno ».

(12) Che si tratti di una conclusione ironica risulta chiaro solo che si ponga mente, da un lato, alla cattiva fama scientifica di cui godeva il pur fortunato manuale di Mackeldey (Giessen 1814¹, 1842²; in numerose traduzioni diffuso poi in Francia, Italia, Spagna e persino in Russia: cfr. E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt. 3 Halbband 2, *Note*, pg. 120) e, dall'altro, al giudizio ancor più negativo che lo stesso Puchta aveva già avuto modo di esprimere in occasione della lunga e significativa recensione a A. SCHWEPPE, *Römische Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer mit erster vollständiger Rücksicht auf Gaius und die Vaticanische Fragmente*, Göttingen, 1826 in *Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen Literatur*, hrsg. von F. Ch. K. SCHUNCK, Erlangen,

A parte l'ironica chiusa, ironica non a caso nei confronti di due esponenti dell'attualizzazione dell' 'oggetto', tutto il discorso di Puchta, che come si vede va ben al di là di meri suggerimenti editoriali, pare quasi incentrarsi sulla necessità — se per un momento prescindiamo da quell'accenno ad uno 'spirito' del diritto romano carico per noi di un certo fascino in prospettiva 'jheringhiana' ⁽¹³⁾ —, sulla necessità, dicevamo, di preservare lo stesso Savigny dal pericolo di cedere alla suggestione di un 'diritto romano attuale'.

1826 (in seguito citati come *Erlanger Jahrbücher*), Bd. 1, pgg. 282-317, rimproverandogli tra l'altro una assoluta incomprendione della vera natura della funzione dei giuristi (pg. 302).

⁽¹³⁾ Questo richiamo allo 'Spirito del diritto' lo ritroveremo più tardi nel passo conclusivo dell'*Enciclopedia* del 1841: «Die wahre Behandlung des römischen Rechts für die gegenwärtige Jurisprudenz ist die, welche jener doppelten Bedeutung entspricht, die es als Recht des einzelnen Volks, in dem es recipiert ist, und als allgemeines Recht der civilisirten Nationen besitzt. Dazu gehört, daß wir es als ein über die Schranken der Nation, in der es entstand, hinausgegangenes auch wirklich betrachten, also das an ihm hervorheben, was ihm diese allgemeinere Bedeutung gegeben hat. Es gehört dazu, daß wir nicht dem Buchstaben des römischen Rechts dienen, so wenig als wir in der Kunst die griechischen Tempel und Bildwerke abzuformen, oder die Gedichte der Alten nachzuschreiben haben. Wir sollen von den Buchstaben frey werden, von dem Geist uns durchdringen lassen» (*Cursus der Institutionen*, Leipzig. 1841, Bd. I, pgg. 107-108).

Si può supporre quindi che Jhering abbia scelto il titolo del *Geist* direttamente in riferimento a questo patrimonio concettuale e a questa terminologia, cfr. M. G. LOSANO, *Studien zu Jhering und Gerber*, Ebelsbach, 1984, Teil 2, pg. 35 nota 6.

A nostro avviso però è necessario integrare questo richiamo sotto due profili; il primo dei quali proprio in relazione alle date (tra il 1839 e il 1841) in cui Puchta esprime per la prima volta — a quanto ci consta — in modo così esplicito queste idee.

Tra il 1838 e il 1839 erano infatti apparsi i lavori dei due giuristi hegeliani Christiansen e Kierulff, ai quali abbiamo già fatto cenno: specialmente con il secondo Puchta aveva già avuto rapporti fino dal 1831 (si veda la lettera a Savigny del 26 dicembre 1831, in J. BOHNERT, *Vierzehn Briefe*, cit., pg. 42 e la nota 45 dello stesso Bohnert) ed ebbe a salutare, come vedremo, in modo insolitamente positivo l'apparire della sua 'Theorie des gemeinen Civilrechts' (cfr. anche W. PLEISTER, *Persönlichkeit, Wille und*

Anche nel momento in cui di passaggio si rende conto, e non può fare a meno di ammettere, che il termine della *Anwendung* costituisce, sia pure in prospettiva parzialmente innovativa, il fulcro della ricerca savignyana; anche quando si rende conto, quindi, che, di conseguenza, la dialettica con i suoi sostenitori fino al momento presente ne rappresenta necessariamente parte integrante, tutto il tenore dei pareri puchiani si svolge nella direzione del consiglio a non mischiarsi con giuristi della « risma » di un Thibaut o di un Mackeldey o di uno Schweppe, di occultare⁽¹⁴⁾ in definitiva il più possibile queste radici, e, se del caso, drasticamente, sin dal titolo: restando naturalmente debitore della prova che la risposta ai bisogni del presente potesse essere racchiusa soltanto in quel vocabolo che « designa il modo di trattare il diritto

Freiheit im Werke Jherings, Ebelsbach, 1982, pg. 122), nella quale venivano espresse appunto concezioni strettamente apparentate a quella *Befreiung* anche da Puchta successivamente richiesta.

Il secondo rilievo concerne la stessa espressione in quanto applicata al diritto romano. Una tale formula o altre similari costituivano in Germania nel tardo Settecento — e precisamente dopo l'accoglimento anche nel campo della giurisprudenza delle teorie montesquieviane, su cui vedi *infra* spec. cap. III — un 'Gemeingut' del lessico giuridico: basterà ricordare che l'userà G. Hugo od ancora richiamare il titolo, a noi già noto, della tarda opera di Hufeland sul 'peculiare Spirito nel diritto romano', che appare anch'esso un precorrimiento quasi letterale del tema jheringhiano.

(14) Neppure Karl Adolf von Vangerow (1808-1870), dal 1840 fino alla morte professore di diritto romano ad Heidelberg, viene in questo contesto risparmiato. Puchta valuta il suo *Grundriss der Pandekten* (3. Bde, Marburg, 1838-1846¹; più volte ristampato sino al 1876) come l'abbozzo di un moderno « ius civile controversum », che, ove portato a termine compiutamente, sarebbe certo almeno stato in grado di soppiantare le 'Pandette' di Mühlenbruch (*loc. cit.*, pg. 53).

Una tale critica non è comunque del tutto scevra da inclinazioni personali, dal momento che Vangerow era il suo più pericoloso concorrente sia a livello accademico per il conseguimento di una cattedra berlinese, sia dal punto di vista della diffusione dei suoi 'manuali'.

Per ulteriori notizie biografiche su Puchta si può rinviare a E. I. BEKKER, *Puchta und Wächter. Schattenrisse*, in *Festgabe der Deutschen Juristen-Zeitung zum 500jährigen Jubiläum der Universität Leipzig*, Berlin, 1909, col. 95 ss., nonché J. BOHNERT, *Beiträge zu einer Biographie Georg Friedrich Puchtas*, in *ZSS, GA*, XCVI, (1979), pgg. 229-242.

romano »⁽¹⁵⁾, lasciando invece impregiudicato il suo 'oggetto'.

Savigny non lo seguirà su questa strada, alla quale Puchta, con la rilevante eccezione del suo 'diritto consuetudinario', si atterrà in apparenza assai fedelmente.

Puchta aveva, comunque, individuato con il suo sguardo la 'loico' *un* punto debole nella proposta savignyana: la colleganza tra romano e attuale non poteva dirsi per nulla una cosa ovvia, né sul piano logico né su quello storico⁽¹⁶⁾.

2. Ma in che consisteva poi la tradizione dell'« Heutiges Recht » che tante perplessità ed inquietudini suscitava nel nostro giurista?

Come abbiamo già accennato, questa formula riecheggia abbastanza da vicino quelle di 'usus hodiernus', di 'usus modernus': senza dubbio è questo uno dei motivi per i quali essa doveva suonare così male all'orecchio di Puchta.

Che ad essa competa ancora nel 1839 una tale rilevanza nella presa di posizione puchtiana, potrebbe sembrare sotto un certo profilo persino sorprendente, e per due motivi; il primo connesso all'immagine che di quel movimento assume quasi compattamente la giurisprudenza ottocentesca, il secondo alla stessa nostra raffigurazione storica di quel particolare periodo.

(15) Cfr. anche il consiglio, da Savigny però non in tutto seguito: « Vergessen Sie ja nicht, die allgemeinen Citate aus Mühlenbruch's Pand. wegzustreichen. Wie lange wird es dauern, so würde diess ein referens sine relato seyn. Ich hoffe, wir sollen es noch erleben, dass diesen missgeborenen Mitteldingern zwischen Lehrbücher und Commentaren der Hals gebrochen wird » (*loc. cit.*, pg. 53).

(16) Il passo esprime, a ben vedere, una significativa contraddizione al proposito. Se sistema non è (o non è solo) sistematizzazione ma va in ultima analisi espresso con 'esprit', allora il 'modo di trattarlo' si identifica con l' 'oggetto' stesso — e difatti, come vedremo, questo dell'identità di soggetto e oggetto costituirà un punto assai rilevante della concezione puchtiana del sistema —; se quindi l'oggetto è il 'diritto romano' in una con il suo spirito, l'esigenza del presente, delle modificazioni del diritto romano richieste dalle condizioni della giurisprudenza attuale, o non è soddisfatta e neppure esplicitata verbalmente, o è entrambe le cose assieme, consistendo in realtà nell'operazione di distillarne lo 'spirito': 'Sistema del diritto romano', appunto.

Di fatto il giudizio corrente che attraversa tutto il secolo scorso sull'epoca e sulle elaborazioni giuridiche dell'*Usus modernus*, colpisce per la sua nettezza e irrimediabilità: ed è un giudizio storico che fonda proprio, almeno fino agli inizi degli anni '50, la stessa giustificabilità del disinteresse per l'approfondimento storiografico: « esiste una parte della storia giuridica che nonostante tutti gli studi storico-giuridici moltiplicatisi negli ultimi tempi, tuttavia ha incontrato ancora poco interesse ed è stata poco trattata, nonostante che le competa una così grande importanza, ed un'importanza pratica che ci è assai prossima. Si tratta della storia dello sviluppo giuridico in Germania dall'epoca della recezione del diritto romano. Ci si è abituati a considerare con un certo disprezzo questo periodo proprio partendo dal punto di vista della concezione 'pura' e fedele alle fonti del diritto romano e dell'antico diritto tedesco, le si disconosce propriamente del tutto la capacità produttiva di un sano svolgimento e perfezionamento del diritto e si attribuisce al suo studio più approfondito un mero interesse storico-letterario e storico-dogmatico. Certamente una tale discredito si manifesta nel più alto grado giustificato. L'incapacità di quel tempo di comprendere storicamente materiali storicamente tramandati, di distinguere le loro peculiarità da ciò che è invece solo apparentato o simile, e di mantenere e sviluppare questa peculiarità nella sua autonomia, va veramente in parte addirittura troppo in là, e la confusione e il disordine di disparati elementi, la trascrizione e ripetizione senza comprensione né spirito critico di proposizioni del tutto infondate sono deprecabili: ancor più deprecabile che lo si pensasse spesso senza studi di dettaglio, e che teoria, prassi e legislazione gareggiassero in questo propriamente l'una con l'altra »⁽¹⁷⁾.

E se un simile modo di trattare il diritto poteva sembrare com-

(17) Così si esprimeva il famoso pandettista Carl Georg Bruns (1816-1880), che pure doveva manifestare proprio nei confronti dell'*Usus modernus* una sensibilità anche teorica assai maggiore di molti suoi contemporanei — e sul quale dovremo tornare a motivo dei suoi significativi rapporti con l'hegelismo —, nell'articolo *Die Verschollenheit*, dapprima in *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, hrsg. von E. I. BEKKER und T. MÜTHER, I (1857), pgg. 90-201, ora in C. G. BRUNS, *Kleinere Schriften*, Bd. 1, Weimar, 1882, pgg. 48-135, 48-49.

pletamente superato al giurista 'storico' già nell'Ottocento, ben più superato appare, proprio come alternativa storica (ancora) praticabile, allo studioso odierno, che può al massimo ricondurvi, come unica testimonianza di prosecuzione — del resto non particolarmente approfondita o ritenuta rilevante — nella prima metà dell'Ottocento il metodo applicato dal Glück nel suo ampio commentario alle Pandette⁽¹⁸⁾.

Tuttavia le cose non sono così semplici e la reazione puchtiana ne costituisce una buona testimonianza.

Non può certo divenire qui nostro compito fornire un'inquadramento globale dell'epoca dell'*Usus modernus*, « la cui immagine è così confusa e sfuocata che ne manca persino una definizione unitaria »⁽¹⁹⁾; ci limitiamo quindi a una breve disamina di alcuni dettagli rilevanti per la prosecuzione del nostro discorso, in quanto esso dovrà incontrare questo movimento nella sua fase tardo-settecentesca solo sotto il duplice ma concatenato profilo del sistema e del problema del diritto romano attuale.

È indubbio che il giudizio complessivo sulla sussistenza esclusivamente di un 'praktische Usus modernus' è ormai superato — esso del resto non tiene conto di tutta la copiosa letteratura *teoretico-pratica* a cui un tale movimento ha dato origine⁽²⁰⁾ —, così che si tratta ormai sempre più di cominciare a distinguere al suo interno correnti romanistiche, germanistiche oppure anche giusnaturalistiche⁽²¹⁾, tutte tra loro ben diversificate.

⁽¹⁸⁾ Cfr. soltanto F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, trad. it. cit., vol. 1, pg. 336.

Sull'autore e sulla sua opera, in special modo sulla *Ausführliche Erläuterung der Pandekten* (1790-1831, voll. 34) manca ancora un anche soltanto preliminare lavoro di ricostruzione e non possiamo rinviare che all'usuale E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt. 3 Halbband 1, *Testo*, pgg. 444-446; cfr. anche *infra*, pg. 135 ss.

⁽¹⁹⁾ Cfr. K. LUG, recensione a W. RÜTTEN, *Das zivilrechtliche Werk Justus Henning Böhmers*, Tübingen, 1982, in *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, 5. Jg. (1983), n. 1/2, pg. 99.

⁽²⁰⁾ Sul tema è da vedere il fondamentale J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz » auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1979, spec. pg. 16 ss.

⁽²¹⁾ K. LUG, *loc. ult. cit.*, pg. 101.

Tuttavia non può neppure essere sottaciuto che, almeno all'inizio, l'elemento coesivo di tutti gli esponenti di questa ' scuola ' è stato rappresentato da una speciale affinità intellettuale con le attività della prassi, che dava vita a un cosiddetto « praktische Methode, welche neben den positiven Quellen die Praxis, als Ergänzung für den wirklichen Gebrauch ansieht »⁽²²⁾.

Questa vicinanza alla prassi — e si noti, del resto, che il concetto di prassi è un concetto ' recente ', che compie la sua parabola fondamentalmente nel corso del XVIII secolo, benché compaia isolatamente anche in precedenza⁽²³⁾ — era quindi data non soltanto dall'aspetto di un lavoro ' coscientemente ' finalizzato allo scopo della sua *Anwendung*, ma anche, e questo è aspetto inizialmente più rilevante⁽²⁴⁾, dal fatto che la prassi diviene essa stessa l'« oggetto » della scienza « beide Quellen, *opiniones doctorum* und *praejudicia*, verschmelzen sich in einer gegenseitigen Wechselwirkung und werden in dem 18ten Jahrhundert gewöhnlich zusammen *Gerichtsgebrauch* oder *Praxis* genannt »⁽²⁵⁾.

In ogni caso, è da osservare come il punto di vista unificante, secondo il quale la variopinta commistione di diritto romano e tedesco, che si incontrava nella prassi, veniva uniformemente trat-

(22) Così sintetizzava il quadro in un rilevante articolo, sfuggito all'attenzione dei più a causa del titolo e della sede di pubblicazione che fanno pensare ad un lavoro esclusivamente concernente il diritto penale, mentre invece fornisce anche un'attenta disamina comparativa e a carattere generale dei vari metodi in uso nella scienza giuridica del tempo, F. A. BIENER, *Ueber die historische Methode und ihre Anwendung auf das Criminalrecht*, in *Neues Archiv des Criminalrechts*, hrsg. von C. G. KONOPAK, C. J. A. MITTERMAIER, C. F. ROSSHIRT, V (1828), Heft 1 e 4, pgg. 476-512, 605-633; pg. 490. Su Friedrich August Biener (1787-1861), amico di Savigny e Bethmann-Hollweg, vedi E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt 3, Halbband 2, *Testo*, pgg. 300-303, 336, 637-639.

(23) *Ibid.*, pg. 491 nota 31: « Nur einzeln kommt früher vor: *ita practicatur* so wie auch der Ausdruck *practica*, um den Gebrauch in den Gerichten zu bezeichnen. Ausserdem *Practica* und *Praxis* als Titel von systematisch - praktischen Werken ». Cfr. per ulteriori svolgimenti J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pgg. 22-36.

(24) Cfr. W. RÜTTEN, *Das zivilrechtliche Werk J. H. Böhmers*, cit., pg. 6.

(25) F. A. BIENER, *Ueber die historische Methode*, cit., pag. 492.

tata, era, in ultima analisi, quello giuridico romanistico. Una simile constatazione ci mette allora fondamentalmente in condizione di distinguere nell'ambito della corrente principale due sottotipi: ovverosia uno nuovamente 'pratico', nel senso che la scelta delle 'fonti' riposava per i suoi rappresentanti esclusivamente su ciò che veniva mediato dall'attività giurisdizionale, mentre dall'altro lato è possibile identificare altresì un indirizzo 'teorico' dell'*Usus modernus* che era teso a sottolineare assai più quel carattere di sussidiarietà, di mezzo di completamento (« *Ergänzungsmittel* ») spettante alla prassi rispetto alle altre fonti positive e a ricollocarla, quindi, in qualche modo in una posizione subordinata. In quest'ultimo sottotipo si sviluppava perciò, accanto a quella tradizionale, anche una tendenza più accentuatamente sistematica, che aspirava a fornire una coerente rappresentazione delle fonti romane⁽²⁶⁾.

In definitiva, si assisteva in questo indirizzo ad un compromesso tra il desiderio fondamentalmente pratico da cui l'*Usus modernus* — non a caso dai suoi stessi rappresentanti denominato anche 'Jurisprudentia romano-germanica'⁽²⁷⁾ — prendeva le mos-

(26) W. RÜTTEN, *Das zivilrechtliche Werk J. H. Böhmers*, cit., pg. 7. Non è un caso del resto che la estraneazione lamentata nel corso del 18° secolo tra teoria e prassi — che non si rivela perciò come tematica peculiare alla letteratura giuridica della prima metà dell'Ottocento in conseguenza della emersione della dottrina della Scuola Storica — avesse ad oggetto dei suoi strali una prassi 'troppo romanistica' (di contro ad una teoria spesso più giusnaturalistica e 'germanistica'); mentre invece nel 19° secolo le parti tenderanno in un certo modo ad invertirsi e si vorrà difendere piuttosto la prassi contro la troppo romanistica teoria (cfr. J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 4 e vedi ad esempio J. H. BÖHMER, *De iniusta theoriae et praxeos oppositione*, in *Id.*, *Exercitationes ad Pandectas...* edidit G. L. Böhmer, Hannoverae et Gottingae, 1745-1764, tom. 1 (1745), pgg. 357-390, 364 ss.).

(27) Si veda, tra i molti, I. H. BERGER, *Oeconomia iuris ad usum odiernum accomodati* . . . edito sexta cura I. A. Bachii, Lipsiae, 1755, Lib. I, *de iure personarum*, tit. I. *de Jurisprudentia romano-germanica in genere*, pgg. 1-28. Berger con quest'opera reintroduce tra i 'pratici' il metodo sistematico che per lungo tempo era rimasto trascurato, rifacendosi ai precedenti esempi di Vultejus e soprattutto dello Struve della *Jurisprudentia Romano-Germanica forensis* (1670). Sulla fortuna del lavoro di Berger cfr. E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt 3, Halbband 1, *Testo*, pgg. 155-156, nonché l'anche in generale

se, e l'interesse 'scientifico', invece, a rappresentare il diritto romano come un tutto e ad interpretarlo a partire da se stesso insieme ad una rinnovata attenzione per la *Historia Juris* (28).

Proprio quest'ultima tendenza acquista per noi un certo interesse. Benché nell'ultimo quarto del sec. XVIII l'*Usus modernus* non possa più infatti essere ritenuto corrente dominante, gli rimase tuttavia assicurata, anche dal punto di vista scientifico, una funzione significativa nell'attività universitaria, tanto in generale — « sopra uno di questi compendi vengono tenute le lezioni di ogni Accademia », poteva affermare Thibaut con riferimento ai lavori di Boehmer e Hellfeld (29) —, quanto proprio e più specificatamente nella Università che veniva emergendo per il suo ruolo guida; l'Università di Göttingen (30).

notevole, ma sconosciuto E. F. VOGEL, *Untersuchungen über die Bestandtheile, Natur und wissenschaftliche Stellung des Pandektenrechts nebst einem Grundrisse zu Vorlesungen über das Obligationenrecht nach praktisch gültigen Grundsätzen*, Leipzig, 1831, pg. 10.

(28) Cfr. I. H. BERGER, *Oeconomia iuris*, cit., *Praefatio* (senza indicazione di pagina, ma pg. 3) significativamente redatta da Iohannes August Bach, autore di una famosa *Historia iurisprudentiae Romanae* (Lipsiae, 1754), opera più volte ristampata ed ancora ampiamente usata fin nel secolo XIX (vedi A. BUSCHMANN, *Ursprung und Grundlagen der geschichtlichen Rechtswissenschaft. Untersuchungen und Interpretationen zur Rechtslehre Gustav Hugo*, Diss. iuris, Münster, 1963, pg. 133).

(29) A. F. J. THIBAUT, *Juristische Encyclopädie*, cit., pg. 265. Si tratta di I. H. BÖHMER, *Introductio in ius Digestorum*, che Thibaut cita secondo la quattordicesima edizione, Halae, 1791, e di I. A. HELLFELD, *Iurisprudentia secundum Pandectarum ordinem*, Ienae, 1792.

(30) Cfr. W. RÜTTEN, *Das zivilrechtliche Werk I. H. Böhmers*, cit., pg. 120. In particolare è da far qui riferimento al figlio di Böhmer, Georg Ludwig, del quale furono pubblicati postumi i significativi *Systematis iuris civilis Fragmenta*, opus postumum edidit G. I. Meister, Göttingae, 1799. Gustav Hugo nell'articolo *Ludw. Jul. Fried. Höpfner. Ein Beitrag zu seiner Biographie*, in *Civilistisches Magazin*, Bd. 3 (1814²), pg. 74 ss., dopo aver ricordato le iniziali incomprensioni scientifiche ed il successivo riconoscimento da parte di Höpfner dell'insufficienza della sua precedente posizione, ritiene necessario citare alcuni passi delle lettere di quest'ultimo che gli paiono particolarmente significativi nella nuova ottica e pertanto meritevoli d'essere sottoposti all'attenzione. In uno di essi leggiamo: « Dass wir statt der Pandecten ein System in natürlicher Ordnung adoptirten, wünsche ich von Herzen. Ich habe Hrn. Böhmer oft um die Vollendung

L'*Usus modernus*, d'altro canto, acquista certamente, se lo consideriamo sotto il profilo storico-sociale, una posizione particolare: esso potrebbe infatti essere definito in modo non del tutto arbitrario, né troppo affrettato⁽³¹⁾, come la vera e propria scienza giuridica dell'*Ancien Régime*, e chiamato a rivestire sotto un certo profilo un ruolo addirittura antecedente alla dialettica suddito-borghese-cittadino che abbiamo tentato di descrivere.

seines Systems gebeten und bitten lassen. Ich stellte ihm vor, dass er unter allen jetztlebenden Juristen allein der Mann sey, der *uns von dem Uebel der PandectenMethode erlösen könne*, und dass vielleicht in langer Zeit nach ihm kein Erlöser kommen werde; dass ... *nur ein System von ihm das Glück haben werde, allgemein in die Hörsäle eingeführt zu werden, und die Pandecten zu vedrängen* » (pgg. 81-82).

Come mostra l'edizione postuma, quel sistema rimase ampiamente limitato ad una parte generale; sintomatica si rivelava la risposta, pure riferita da Höpfner (pg. 82), secondo la quale egli avrebbe piuttosto sentito l'esigenza di affiancare al primo sistema « *mein Systema publici iuris* ».

In ogni caso, lo stesso Hugo fu suo allievo, avendone frequentato i corsi di Pandette (cfr. W. EBEL, *Gustav Hugo Professor in Göttingen. Festrede zur Feier seines 200. Geburtstages am 23. November 1964*, Göttingen, 1964, pgg. 8-9).

La fortuna gottinghese dello stesso più famoso padre è del resto testimoniata, ancora nel 1788, dalla pubblicazione di un ordine sistematico-tabellario alla sua *Introductio*: J. P. WALDECK, *Tabulae ad J. H. Böhmeri introductionem in ius digestorum*, Göttingen, 1788.

(31) Per spunti in questo senso cfr. soprattutto U.-J. HEUER, *Allgemeines Landrecht und Klassenkampf. Die Auseinandersetzung um die Prinzipien des Allgemeinen Landrechts Ende des 18. Jahrhunderts als Ausdruck der Krise des Feudalsystems in Preussen*, Berlin, 1960, pg. 54 ss., che sottolinea come più importante caratteristica del *Feudalstaat* anche nella sua ultima fase « *die verbreitete Anwendung direkten ausserökonomischen Zwanges* », dovuta alla immediata colleganza del potere politico con quello economico: una simbiosi fonte e fattore d'insicurezza giuridica, che si traduceva, in una parola, nella « *incapacità — sociale, non intellettuale — di sistematizzare il Corpus iuris* » (*ibid.*, pg. 60).

Come abbiamo già implicitamente accennato (cfr. *supra* note 27 e 30), non è però soltanto la presenza o l'assenza di un sistema o di un'attività sistematizzatrice che può decidere della rispondenza o meno delle rispettive dottrine giuridiche alla fase di crescita della nuova società civile borghese, benché questo dato costituisca di per sé un indizio significativo. Si tratta infatti di valutare, oltre a ciò, anche la 'qualità' del sistema stesso. Anche Heuer rileva del resto l'ambiguità del rapporto tra società e strutture feudali da un lato e Stato assoluto dall'altro (cfr. *ibid.*, pg. 75).

Eppure il discorso anche qui non è così agevole e privo di ostacoli: dobbiamo lamentare infatti una fondamentale lacuna storiografica dal momento che ci viene a mancare una visione globale e riassuntiva, non soltanto sul problema di 'quali' fonti del diritto romano questi giuristi a preferenza venissero ad usare o del tipo stesso di utilizzazione di quelle fonti⁽³²⁾, ma, più in profondità, sulle singole dottrine giuridiche; e fossero pure analizzate esclusivamente dal punto di vista della *Dogmengeschichte*, che rappresenterebbe pur sempre un indispensabile lavoro preparatorio per comprenderne successivamente anche la funzionalità sociale.

È in ogni caso possibile — generalizzando le linee di tendenza che risultano dalle scarse analisi sinora svolte su di alcuni settori specifici come la dottrina delle fonti⁽³³⁾, quella della pro-

(32) Su questo problema dovremo tornare limitatamente al periodo di trapasso verso il primo ottocento.

(33) Cfr. J. LUKAS, *Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband*, Tübingen, 1908, Bd. 1, pg. 337 ss.; H. WELLER, *Die Bedeutung der Präjudizien im Verständnis der deutschen Rechtswissenschaft. Ein rechtshistorischer Beitrag zur Entstehung und Funktion der Präjudizientheorie*, Berlin, 1979, spec. pg. 67 ss. Inoltre si veda H. MOHNHAUPT, *Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Regime*, in *Ius Commune*, IV (1972), pg. 188 ss., che osserva come all'interno della stessa epoca in questione la concezione teorica della legge non rimase invariata: mentre ancora nel corso del 16° secolo la reale forza produttiva veniva infatti individuata nella capacità razionale di giudizio del legislatore, la visione assolutistica dello Stato a partire dal 17° secolo e fino a tutta la prima metà del '700 fece affermare l'elemento *voluntas* come determinante e ampiamente dominante. Così, ad esempio, Samuel Stryk proprio nel già ricordato *Specimen Usus moderni Pandectarum ad libros XXII Priores in Academia Francofurtana publicis disputationibus exhibitum* (1690-1712) — noi lo citiamo dal vol. XIV dell'edizione fiorentina dell'*Opera Omnia* (1841) — poteva affermare: «... Tamdiu Imp. legibus solutum mansisse, nullus dubito. Locum enim tunc inveniet rationes politicae notissimae, qua lex subjectos, non legislatorem, ut lege superiorem stringere dicatur; est enim voluntas principis anima legis positivae, ut hinc non ulterius, nisi qua princeps vult, obligandi vim habere possit» (Lib. I, tit. III, § 8, pg. 41).

Si comprende allora come nella valutazione storica del diritto romano, svolta in funzione di una negazione del valore di fonte alle pronunce giurisdizionali, l'attività del pretore venisse nettamente svalutata, riportandola ad una forma costituzionale e ad una dimensione aristocratico-democra-

prietà e delle sue limitazioni⁽³⁴⁾ ed inoltre sul fenomeno della 'purificazione del diritto romano'⁽³⁵⁾ — affermare che nel sec. XVIII si assiste ad un processo di integrazione tra due diverse linee di tendenza.

Da un lato, una giurisprudenza cetuale 'pura', per la quale sussisteva ancora sotto il profilo formale quella funzione di quasi fonte assegnata, accanto alla *lex*, alla prassi dei tribunali⁽³⁶⁾, e sotto quello sostanziale un'ampia e sistematica inclinazione a disattendere — o per meglio dire a trascurare teoreticamente — i divieti (spesso a carattere fiscale o di intervento di polizia) di alienazione, di cessione 'in potentiorum', le disposizioni volte a costituire misure massime agli importi dei debiti che i contadini potevano contrarre, o ad escludere intere categorie dalla facoltà di obbligarsi a determinate condizioni, ed infine le limitazioni di proprietà dettate sulla base della 'Gute Polizey'⁽³⁷⁾.

tica che non si riteneva applicabile alla mutata realtà dello Stato territoriale (cfr. *ibid.*, tit. II, § 3 ss., pgg. 32-33).

(34) Facciamo qui riferimento, oltre che agli accenni contenuti nel più risalente H. WAGNER, *Das geteilte Eigentum im Naturrecht und Positivismus*, Diss. iur., Breslau, 1938, pgg. 35-37, al già citato lavoro di Helmut Coing, la cui sezione relativa ai diritti reali abbiamo potuto consultare in manoscritto. Sul tema 'Eigentum und Eigentumsbeschränkungen in der Doktrin des Usus Modernus Pandectarum' è di prossima pubblicazione un volume da parte di Christoph Klemm.

(35) Cfr. K. LUIG, *Die «Reinigung» des römischen Rechts am Beispiel des Verbots der cessio in potentiorum*, in *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, hrsg. von W. WILHELM, Frankfurt am Main, 1972, pgg. 208-223.

(36) Cfr. W. RÜTTEN, *Das zivilrechtliche Werk I. H. Böhmers*, cit., pg. 6.

(37) Sul tema dei rapporti tra diritto privato e disposizioni di Polizia si veda G. K. SCHMELZEISEN, *Polizeiordnung und Privatrecht*, Köln, 1955, spec. pg. 302 ss.

Non a caso quella sfiducia nei confronti della *salus publica* svalutata a 'medicina universale dello Stato', nel bene comune come fondamento della *potestas legislativa* — che doveva portare poi, sotto la decisiva influenza della filosofia kantiana (e quindi, mediatamente, degli avvenimenti della rivoluzione francese) alla sostituzione della 'Glückseligkeit der Unterthanen' con il tema della sicurezza dei diritti del Bürger —, poteva van-

Dall'altro, i principi giuridici dell'assolutismo, volti ad assicurare una soluzione al problema dello 'jus certum' (38) e della unificazione delle fonti del diritto sotto l'impero uniforme della legge, quale espressione della volontà del principe: volontà che veniva ora *sempre* richiesta, anche sotto forma di consenso tacito (39), per legittimare qualunque altra fonte. Sono questi ultimi principii che a mano a mano aspirano a permeare, e con successo, anche le dottrine dell'*Usus modernus*.

tare una tradizione assai precoce, un'evoluzione pre-rivoluzionaria, specialmente a partire dalla metà del secolo diciottesimo.

Così proprio un altro esponente dell'*Usus Modernus*, Augustin Leyser nelle sue *Meditationes ad Pandectas quibus praecipua iuris capita ex antiquitate explicentur, cum iuribus recentioribus conferuntur atque varii celebrium collegiorum responsis et rebus iudicatis illustrantur*, Lipsiae, Brunsviae et Guelpherbyti, 1772-1781, edito nova, voll. 12, vol. III, Spec. 104, Med. 2, affermava recisamente contro i signori territoriali e a tutela invece della nobiltà imperiale: « Sub praetextu salutis publicae ius suum auferri privato non debet nisi ea salus aliter servari nequeat et causae cognitio praecesserit »; cfr. M. STOLLEIS, *Untertan - Bürger - Staatsbürger*, cit., pgg. 74-75 e D. KLIPPEL, *Politische Freiheit*, cit., pg. 61.

Su Leyser vedi anche K. LUIG, *Richterkönigtum und Kadijurisprudenz im Zeitalter von Naturrecht und Usus Modernus: Augustin Leyser (1683-1752)*, in *Das Profil des Juristen in der europäische Tradition. Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages von Franz Wieacker*, hrsg. von K. LUIG und D. LIEBS, Ebelsbach, 1980, pgg. 295-333, nonché Id., *Universales Recht und Partikulares Recht in der Meditationes ad Pandectas von Augustin Leyser*, in *Diritto comune e diritti locali nella storia d'Europa - Atti del Convegno di Varenna (12-15 giugno 1979)*, Milano, 1980, pgg. 27-48.

(38) Cfr. H. WELLER, *Die Bedeutung der Präjudizien*, cit., pg. 69 e vedi ancora A. LEYSER, *Meditationes*, cit., vol. I, (1772), Spec. 9, Med. 1, pgg. 86-87: « Ius scriptum longe praestantius est iure non scripto ... Namque ... ius non scriptum seu consuetudinarium nimis est incertum ac varium, cum populi, quo nihil est mutabilius, consensu et arbitrio nitatur ».

(39) H. WELLER, *Die Bedeutung der Präjudizien*, cit., pg. 49. Orientato in questo senso S. STRYK, *Usus Modernus*, cit., tit. III, § 11, pg. 43 e analogamente I. H. BÖHMER, *Introductio in ius digestorum sensum pariter ac usum hodiernum singulorum doctrinarum succinte exhibens*, Halae, 1756, pg. 25. Cfr. sul punto anche S. BRIE, *Die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht*, in *Festgabe für Felix Dahn zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum, gewidmet von gegenwärtigen und früheren Angehörigen der Breslauer juristischen Fakultät*, Breslau, 1905, I. Teil, *Deutsche Rechtsgeschichte*, pg. 131 ss., 148.

Una tale integrazione rimane però piuttosto una divisione del lavoro, fondamentalmente consensuale, atta a non incrinare del tutto una visione del rapporto tra norma giuridica e dogmatica che reca ancora l'impronta di quell'originaria estraneità (a sfondo cetuale) alla comprensione assolutistica della legge; una testimonianza, in definitiva, del tentativo di circoscriverne l'assolutezza come fonte. Un'estraneità e un tentativo che trascorreranno, anche mediante il dibattito all'interno della scuola di Göttingen, verso il nuovo secolo.

L'*Usus modernus* non potrà dirsi quindi in realtà del tutto superato in Germania sul finire del secolo XVIII neanche dal punto di vista scientifico: oltre che per la confluenza di alcune sue tematiche nelle dottrine di autori come Hugo o Thibaut, e per la presenza ben addentro l'Ottocento, nell'ambito della stessa più ampia nozione di 'Pandettistica', di una corrente di 'pandettisti pratici' — quasi del tutto ignorata dalla storiografia —, soprattutto perché dal suo pur apparente declino rimarrà consegnata alla Scuola Storica la problematica figura del diritto romano attuale e del suo contraddittorio concetto.

3. Non è difficile rendersi conto del ricorrere temporale del concetto di diritto romano attuale e della sua progressiva costruzione 'moderna', tramite continui aggiustamenti del ruolo che il diritto romano viene a svolgere per l'applicazione e lo studio 'scientifico'. Per farlo prenderemo le mosse dall'analisi di un volume che, fin dal titolo, manifesta lo stato di incertezza sussistente in un momento di transizione dalla vecchia utilizzazione dell'*Usus modernus* alla fase più recente: le « Reflektionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts »⁽⁴⁰⁾, pubblicate nel 1782 dal romanista Adolf Dietrich

⁽⁴⁰⁾ A. D. WEBER, *Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts*, Schwerin, Wismar und Bützow, 1782. Il lavoro fu poi ripubblicato sotto il titolo *Bemerkungen und allgemeine Regeln zur Beförderung einer gründlichen Theorie der Anwendung des Römischen Rechts in Deutschen Gerichten*, in ID., *Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung*, Schwerin und Wismar, 1801², pgg. 3-76. Noi citeremo comunque dalla prima edizione, ove non altrimenti espressamente segnalato a motivo di variazioni del testo.

Weber⁽⁴¹⁾, giurista aperto in certa misura anche ad influssi kantiani e pronto a salutare positivamente gli inizi della Rivoluzione francese⁽⁴²⁾.

Si tratta di una figura particolarmente interessante, e non solo per la sua attività di costruzione giusnaturalistico-sistemica, nella quale perverrà ad approntare una serie di monografie che godranno per lungo tempo di notevole considerazione anche al di fuori dei limiti di scuola⁽⁴³⁾. Ma, diremmo, soprattutto perché, co-

(41) Adolf Dieterich Weber, nato a Rostock nel 1753 ed ivi deceduto nel 1817, può essere annoverato senz'altro tra i più celebri civilisti del suo secolo, per adoperare le parole usate da Savigny nella prima edizione del *Besitz* (1803) e riferite da Gustav Hugo nella sua recensione alla stessa opera in *Id.*, *Beyträge zur civilistischen Bücherkenntniss der letzten vierzig Jahre...*, Bd. 1 (1788-1807), Berlin, 1828, pg. 487, tanto da meritarsi a meno di un'anno di distanza dalla sua scomparsa un'ampia biografia celebrativa: J. C. KOPPE, *Adolf Dieterich Weber nach Leben und Wirken dargestellt*, Rostock, 1818, dalla quale abbiamo ricavato i dati salienti dalla sua attività. Completò gli studi a Jena sotto la guida di professori come C. F. Walch, Hellfeld e Scheidemantel; nel 1784 divenne professore dell'Università di Kiel e strinse amicizia con A. G. Cramer, uno degli « achtbarsten Coryphäen der eleganten Juristen Deutschlands » (J. C. KOPPE, *op. cit.*, pg. 14) e come tale ancora favorevolmente ricordato da Hugo (cfr. *Id.*, *Beyträge*, cit., Bd. 2 (1808-1827), Berlin, 1829, pg. 78 ss.). Nel 1751 fece ritorno in via definitiva a Rostock, dove poté affiancare all'impegno accademico attività pratiche e consistoriali. La sua fama, diffusasi anche fuori dei confini tedeschi, e che spinse più d'uno a considerarlo il 'Kant dei giuristi', per quanto oggi possa apparire esagerata, ebbe a procurargli tra l'altro una visita dello stesso Savigny (J. C. KOPPE, *op. cit.*, pg. 28).

(42) Cfr. D. NEUSÜSS, *Gesunde Vernunft und Natur der Sache. Studien zur juristischen Argumentation im 18. Jahrhundert*, Berlin, 1970, pg. 104 ss. (105 note 36-37, per i passi kantiani utilizzati da Weber) che conclude per l'appartenenza del giurista di Rostock all'ideale del *Rechtsstaat* piuttosto che a quello dello *Ständestaat*, proprio in forza dell'accento da lui posto non sulla lesione dei diritti acquisiti come conseguenza della minaccia rappresentata dal dispotismo, ma bensì sulla limitazione della libertà di ogni cittadino all'uso della ragione e all'espressione delle opinioni. Per il giudizio positivo sulla rivoluzione francese ai suoi inizi e per l'avversione contro Napoleone cfr. J. C. KOPPE, *Adolf Dieterich Weber*, cit., pgg. 29-30, che sottolinea inoltre l'inclinazione di Weber ad elaborare « nur wichtige ins Leben der Staatsbürger praktisch und folgerreich eingreifende Säjets » (*ibid.*, pg. 31).

(43) Non è dubbio infatti che l'attività dogmatica e monografica del

me avremo modo di constatare specialmente nell'analisi della sua 'Theorie' — una delle opere nelle quali anche le suggestioni giusna-

nostro, orientata ad una consapevole utilizzazione del concetto di « rapporto », costituisca uno dei migliori esempi del trapasso verso una nuova consapevolezza scientifica, anche al di là delle innovazioni « epochemachend » — com'ebbe a definirle un giudice non certo tenero verso la produzione del periodo del tardo diritto naturale e dell'*usus modernus* quale E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt. 3, Halbband 1, pg. 449 — contenute in numerose di queste monografie sistematiche. Si potranno ricordare qui solo i suoi contributi nel campo delle obbligazioni naturali (*Systematische Entwicklung der Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten und deren gerichtlicher Wirkung*, Schwerin und Wismar, 1784-1787¹, 1800³), su cui cfr. H. THIEME, *Die Zeit des späten Naturrechts*, in *ZSS (GA)*, LVI (1936), pgg. 237-241 e F. KLINGMÜLLER, *Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten. Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Berlin, 1905, pg. 126 ss.; nel campo processuale (*Über die Prozesskosten, deren Vergütung und Kompensation*, Schwerin, Wissmar und Bützow, 1788; *Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden*, ibid., 1789; *Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess*, Halle, 1805, ripubblicata da Heffter ancora nel 1832 e 1845); ed infine sul problema della tutela dell'onore (*Über Injurien und Schmäh-schriften*, 3 Abt., Schwerin und Wismar, 1793; 1794; 1800) che a lui deve acquisizioni definitive (cfr. K. H. BARTELS, *Die Dogmatik der Ehrverletzung in der Wissenschaft des gemeinen Rechts bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts*, Diss. iuris, Göttingen, 1960, pg. 17 ss. e *passim*, nonché ancora E. LANDSBERG, *Geschichte*, cit., pg. 450). Dopo un lungo silenzio, rotto per la prima volta dalle brevi osservazioni di H. Thieme, per una valutazione complessiva di questi scritti sotto l'angolo visuale dell'impiego del topos della 'natura della cosa' e della teoria argomentativa del tardo Settecento può vedersi ora W. NEUSÜSS, *Gesunde Vernunft*, cit., pgg. 103-111, il quale tuttavia non prende in considerazione direttamente il lavoro che ci interessa. Un'altro punto del massimo rilievo che aspetta ancora una valutazione attendibile — H. COING, *Savignys Lehre von intertemporalen Privatrecht und die Theorien seiner Zeit*, in *Ius Commune VIII* (1979), *Vorträge zum 200. Geburtstag von F. C. von Savigny*, pgg. 78-91, menziona Weber solo dalle citazioni savignyane senza ulteriori approfondimenti — è quello dell'apporto weberiano alla costruzione dell'ottavo volume del sistema savignyano (1849), e precisamente a quella fondamentale teoria, che coinvolge i profili dell'istituto giuridico, delle nuove codificazioni — in particolar modo di quella rivoluzionaria francese — ed infine del valore delle leggi di riforma che mutano lo stesso « Dasein der Rechte »: alludiamo al problema dell'effetto retroattivo delle leggi, trattato da Savigny nel capitolo secondo del terzo libro sotto la dicitura « Limiti di tempo

turalistiche vengono più armonicamente inserite nell'architettura globale e si rivelano quindi meno assorbenti, tanto da far ritenere la sua attività ascrivibile piuttosto nelle correnti della tradizione del tardo *Usus modernus* ⁽⁴⁴⁾ —, si manifesta in chiara luce

dell'impero delle regole del diritto sui *rapporti* giuridici » (pgg. 368-514, trad. it. cit., pgg. 369 ss.). Anche un rapido e sommario sguardo è sufficiente infatti ad attestare che una delle opere delle quali maggiormente il giurista berlinese ritiene di doversi occupare è proprio *Über die Rückanwendung positiver Gesetze*, pubblicata da Weber ad Hannover nel 1811. Sul punto dovremo tornare, dal momento che, come si ricorderà, sarà proprio l'hegeliano F. Lassalle nella seconda metà del secolo a sottolineare tutta la portata della tesi savignyana per una teoria giuridica del mutamento sociale: Lassalle loderà in particolare l'affermazione savignyana che l'effetto retroattivo di nuove leggi sui diritti acquisiti non potesse più essere qualificato come una *eccezione* alla regola della non retroattività (*Die Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze*, Leipzig, 1880², Bd. 1, pg. 11). E Weber, non a caso, benché non sembri superare formalmente quella regola, la svuota di fatto di significato riducendo la formula *lex non trabenda est in praeteritum* a palesare solo l'ovvia considerazione che la nuova legge non ha già valso nel passato (*op. cit.*, pg. 48), sostenendo che « die positive Gesetze sogleich mit ihrer gehörigen Bekanntmachung in die volle Kraft und Wirkung eintreten » (pg. 47); nonostante ciò i diritti acquisiti, possono perciò essere, in conformità agli *Staatszwecke* (pg. 50), anche sottoposti all'effetto retroattivo (pg. 77 ss.); cfr. ancora E. LANDSBERG, *Geschichte*, cit., pg. 449. La stessa distinzione che è a fondamento di tutta la dottrina savignyana, quella tra due gruppi di regole suddivisi in ultima analisi secondo lo scopo del nuovo diritto, appare già adombrata nel lavoro in questione, seppur non con la chiarezza di conseguenze che le imprimerà Savigny. Quest'ultimo distingue infatti, da un lato, regole di formulazione *tecnica* nuova di un diritto che nei suoi istituti essenziali viene mantenuto intatto, 'variazioni' di un rapporto giuridico che non si muta dalle radici. L'altro gruppo concerne, invece, norme che eliminano o conformano secondo principii completamente nuovi i rapporti giuridici (cfr. H. COING, *Savignys Lehre von intertemporalen Privatrecht*, cit., pg. 89). Anche Weber parla di disposizioni innovatrici ma solo nel senso di 'conferma' del diritto preesistente (« von bestätigenden und erneuernden Verordnungen », pg. 54 ss.) e di leggi 'veramente' nuove tra le quali sono annoverate quelle rivolte ad una *Vernichtung* del rapporto originario o contenenti « verbotenden oder aufhebende Vorschriften » secondo principii contrapposti a quelli precedenti (pgg. 77-78).

⁽⁴⁴⁾ E sia pure in uno dei loro filoni « giusnaturalistici » (cfr. *supra* nota 21 e vedi più ampiamente sulla problematica dei rapporti fra *Usus modernus* e *Vernunftrecht* K. LUIG, *Richterkönigtum*, cit., pgg. 295-298).

come sua precipua finalità scientifica la riscoperta del diritto romano nella sua originaria configurazione, approfondendo quel richiamo allo studio storico delle fonti, per poterne poi determinare l'applicabilità, che era stato una delle caratteristiche aspirazioni dell'insegnamento di un Justus Henning Boehmer ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁵⁾ Al legame tra Thomasius e Böhmer sotto questo profilo aveva già accennato N. HAMMERSTEIN, *Ius und Historie. Ein Beitrag zur Geschichte des historischen Denkens an deutschen Universitäten im späten 17. und im 18. Jahrhundert*, Göttingen, 1972, spec. pg. 118, 215, 306 ss. Sul rapporto Thomasius-Böhmer ora ampiamente W. RÜTTEN, *Das zivilrechtliche Werk I. H. Böhmers*, cit., pg. 18 ss., che — pur senza prendere in esame le opere specificatamente storiografiche di Thomasius — in relazione alla problematica della insorgenza del diritto e dello Stato scorge nel caso di Böhmer, più chiaramente ancora che per il maestro di Halle, l'emergere di una considerazione storica del diritto, dal momento che « an Stelle des Urvertrages steht die sich in langsamer Entwicklung vollziehende, gewohnheitsmässige Zustimmung zum Führungsanspruch einzelner Mächtiger » (*ibid.*, pg. 23).

In ogni caso, sia la figura di contratto tacito usata da Böhmer, sia più in generale la dottrina del contratto sociale sono ben lungi dal giocare nel diritto naturale tedesco 'tradizionale' (fino a Wolff e alla sua scuola) una funzione costitutiva della società civile in senso borghese sul modello della dottrina inglese di un Sidney o di un Locke. Il loro impiego è piuttosto orientato in direzione di fondare un più o meno radicale assolutismo. In ultima analisi questo diritto naturale 'assolutista' fondato sul contratto mostra però, almeno tendenzialmente, di potere individuare un altro avversario che non sia quello rappresentato da una fondazione puramente teologica della dottrina dello Stato: viene infatti in considerazione anche la possibilità di mettere in discussione la stessa struttura cetuale dello Stato. Se pertanto, come già si accennava, tutti i sudditi, tutti gli *Untertanen* sono egualmente soggetti alla *Herrschaft*, all'interno di un tale livellamento non sussiste più lo spazio teorico per dei diritti cetuali 'preesistenti'. Di fatto tuttavia una tale conseguenza non viene sempre perseguita con rigore e la struttura cetuale rimane spesso impregiudicata nella sua essenza. Ancora Böhmer (*Introductio in Jus Publicum universale ex genuinis iuris naturae principiis deductum*, Halae, 1726², pg. 569 ss., 611), viene a costituire un buon esempio di questa ambiguità. Egli infatti suddivide diverse graduazioni di 'sudditanza' all'interno dello Stato, e, conseguentemente, crea una gerarchia di libertà diversificate; tuttavia questa pluralità di libertà si viene a trovare in collisione con un facile raggiungimento degli scopi dello Stato; raggiungimento che si rivela tanto più agevole quanto

Il punto centrale che Weber comprende con tutta lucidità è che l'uso odierno non può essere acriticamente accolto come una evidenza di fatto, ma che la relazione tra il diritto romano e la sua applicazione attuale deve essere riflettuta e 'teorizzata': il tentativo di fornire una 'teoria', o comunque porre un 'principio' alla base della concettualizzazione del rapporto tra i due termini 'romano' e 'attuale' resterà, non senza fondamento, una costante della (a tratti animosa) discussione successiva.

Alla base di queste considerazioni cominciano ad emergere indubbiamente, anche se in forma non coscientemente sistematizzata, esigenze anti-feudali; non c'era nulla di più abituale che assistere ad una utilizzazione « ohne Unterschied » del diritto romano, che vedere « die Schriften des Privat-Rechts mit *unschicklichen* Allegationen römischer Gesetze überschwemmt »⁽⁴⁶⁾. La finalità di una simile utilizzazione 'indifferente' era quella di favorire i *Reichstände* e la conservazione delle strutture feudali dell'Impero germanico, di contro agli interessi degli « Unterthanen », creando un velo di insicurezza applicativa che costringesse o favorisse l'inclinazione dei giudici a non ritornare direttamente sulle fonti, ma a servirsi dei commentarii, della « Kompendien-Wissenschaft », specialmente quella dell'indirizzo più 'pratico' ⁽⁴⁷⁾, come

meno i sudditi godano di diritti disuguali. La distinzione è quindi possibile, ma in qualche misura ormai inadeguata (cfr. D. KLIPPEL, *Politische Freiheit*, cit., pg. 97 nota 25).

⁽⁴⁶⁾ A. D. WEBER, *Theorie*, cit., pgg. 3-4.

⁽⁴⁷⁾ *Ibid.*, pg. 5 e cfr. *supra* pg. 102. Non a caso incontriamo in questo contesto i nomi di Carpzov, Brunnemann o Mevius, appartenenti a quella prima generazione più aliena da una riflessione sistematizzante; cfr. più approfonditamente sul punto F. J. HEYNE, *Zur Methode in Benedikt Carpzovs zivilrechtlichen Werken*, in ZSS (RA), LXXXII (1965), pg. 227 ss. Weber collega apertamente il permanere del ceto dei giuristi presso queste autorità e la loro utilizzazione, con il suo significato giuridico-politico di predominanza della *vis inertiae* e di una deformazione feudale del diritto romano: « Es giebt Richter bei denen das Korpus Iuris *an sich wenig oder gar nicht vermag*, wenn es nicht *mittelbar* durch ein Karpzov, Brunneman oder Mevius, auf ihren Verstand und Willen wirkt ». La 'mediatizzazione' del *Corpus iuris*, come la resistenza che la struttura del diritto feudale opponeva alla formazione di « Allgemeine Rechtsätze » — e

comodo schermo, in ultima analisi liberatorio da ogni ulteriore legame positivo. Un tale stadio d'insicurezza poteva suscitare, d'altro canto, una avversione per l'applicazione dello stesso diritto romano che, tuttavia, paradossalmente produceva effetti del tutto coincidenti.

Di fatto Weber scorge con grande chiarezza il difetto fondamentale di questa avversione per il diritto straniero (« das fremde Recht »). Egli si dichiara in linea di massima d'accordo o, perlomeno, non contrario, alla tesi di coloro che sostenevano che sarebbe stato meglio che una recezione *in complexu* ⁽⁴⁸⁾ non fosse mai avvenuta e che « es kein Uebel, sondern *wahres Wohl* für deutsche *Bürger* sein würde, wenn die gesetzgebende Macht den römischen Rechtskörper ganz aus unsern Gerichten vertilgte » ⁽⁴⁹⁾; ma fintantoché simili aspirazioni restano solo aspirazioni ed il diritto 'straniero' mantiene la sua autorità legale, si rivela da un lato contraddittorio e dall'altro pericoloso abbandonare la sua effettiva validità all'oscillante privato giudizio dei giudici o di quel tipo di giureconsulti, che, ogni volta che incontrano una modificazione delle norme costituzionali vigenti ⁽⁵⁰⁾ rispetto a quelle ro-

che in ogni caso doveva dar luogo ad un aumento della produzione di ogni sorta di 'Gesetze und Verordnungen', che andavano a frammischiarsi con le molte altre già esistenti — si traduceva certamente in una centralità, ancor più che dello scienziato, della figura del giudice: per questa attenzione assorbente nei confronti del caso concreto, cfr. U.-J. HEUER, *Allgemeines Landrecht*, cit., pg. 60 nota 92.

Manca comunque a tutt'oggi uno studio che tenda a cogliere il valore dei generi letterari giuridici — l'accento di Weber alla *scienza dei compendi* — in questa ottica: ritorneremo brevemente sul punto in occasione della valutazione della letteratura dei 'Grundrisse'.

⁽⁴⁸⁾ Sul tema della recezione *in complexu* si può rinviare al bel lavoro di P. BENDER, *Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft*, Diss. iur., Freiburg i. Br., 1955, pg. 32 ss.

⁽⁴⁹⁾ A. D. WEBER, *Theorie*, cit., pg. 6.

⁽⁵⁰⁾ Il carattere polemico della precedente espressione risalta nella immediatamente successiva presa di posizione contro Thomasius sullo stesso argomento (*ibid.*, pg. 11), e appunto nel rifiuto della interpretazione politico-costituzionale del diritto romano — un rifiuto che sarà proprio anche di Thibaut, e dopo di lui farà stato a livello dottrinale —: « Und so halte ich denn doch immer eine bestimmte Norm der Geschäfte, wenn sie gleich nicht die Vollkommenste ist, weit besser, als gar keine; mithin

mane a cui gli istituti da applicare sono legati, ne vorrebbero appunto escludere del tutto l'applicazione pur in mancanza di un 'criterio' oggettivo interno di discriminare: si arriverebbe così a ridurre la giurisprudenza a *res privati arbitrii* ed in sostanza ad una rinnovata consolidazione della situazione esistente.

Nelle osservazioni di Weber sulla contraddittorietà dell'avversione per il diritto romano è già dato di cogliere — seppur non espresso con tutta la forza e la chiarezza che sarà propria di Schlosser nella sua polemica con Klein a proposito della sistemática del codice prussiano⁽⁵¹⁾ — il presagio dell'intrinseca insuffi-

auch den Richter, welcher genau nach einmal vorhandenen Gesetzen verfährt, ungleich gerechter und dem Staats nützlicher, als den Aequitanten-Krämer, dem nur die Blendlaterne seines umberufenen Gutdünkens vorleuchtet.

Da das Fremde Recht einmal bei uns eingeführt ist; so kann sich der Richter nicht mehr Freiheit darüber herausnehmen, als er überhaupt bei Gesetzen, deren Diener er ist, gebrauchen darf. Ich verlange freilich keine Apologie für die durchgängige Güte der Römischen Gesetze zu übernehmen. Es giebt viele darunter, die selbst für den römische Staat hätten besser sein können; noch mehrerer, die auf teutsche Sitten und Gebräuche nicht völlig passen. *Allein, wegen einer Jeden Abweichung unserer Verfassung, sogleich die ganze Anwendung des Gesetzes verwerfen wollen, ist keine res privati arbitrii* » (pg. 7).

⁽⁵¹⁾ La figura di Johann Georg Schlosser (Frankfur am Main, 1739-1799) è figura di rilievo centrale del tardo Settecento tedesco, e non solo giuridico; cfr. J. W. GOETHE, *Dichtung und Wahrheit*, in *Goethe's Werke*, Berlin 1879⁸, Bd. 17 und 18, II Teil, 7. Buch, pg. 266 ss., e vedi ancora, per la biografia, *Allgemeine Deutsche Biographie*, Bd. 31 (1890), pgg. 544-547, nonché E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt. 3 Halband 1, Note, pg. 297.

Di particolare importanza sarà il suo contributo per la comprensione del significato dell'operazione culturale intrapresa da Gustav Hugo, il quale lo avrà sempre a considerare un 'precursore' e 'compagno di viaggio'. I due lavori cui implicitamente si faceva riferimento nel testo sono infatti significativamente titolati *Vorschlag und Versuch einer Verbesserung des deutschen bürgerlichen Rechts ohne Abschaffung des römischen Gesetzbuchs*, Leipzig, 1777, Neudruck Glashütten im Taunus, 1973 e *Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere*, Frankfurt am Main, 1789, Neudruck Glashütten im Taunus, 1970. Cfr. anche H. WROBEL, *Die Kontroverse Thibaut-Savigny*, cit., pg. 12 e ss., e 253-254 per il ruolo avuto da Schlosser nell'incentivazione del commercio e dell'industria nel Baden.

cienza, e proprio in un'ottica 'borghese', di tentativi di codificazione (o della stessa 'ideologia' codificatoria) operati in assenza di un effettivo mutamento costituzionale atto ad assicurare un concreto superamento dei rapporti sociali esistenti, e non invece una loro aggiuntiva consolidazione⁽⁵²⁾.

Ed effettivamente nella Germania del 1782, come pure degli anni immediatamente a venire, si manifestava assai più 'realistico' affidarsi ad una 'teoria' produttiva di sicurezza, che fosse facilmente in grado per il tramite di « gewisse allgemeine Grundsätze, den heutigen Gebrauch der einzelnen römischen Gesetze auszumitteln »⁽⁵³⁾. Una teoria tale da porre rimedio alla situazione negativa di una giurisprudenza che, quand'appunto non del tutto avversa al diritto romano, arrivava tuttavia, cadendo nell'opposto errore, al paradosso di voler valutare negozi di origine esclusivamente germanica, come se fossero stati « schon so üblich bei den Römern »; a ricercare, con ovii effetti di legittimazione, presso

⁽⁵²⁾ H.-U. HEUER, *loc. ult. cit.*, pg. 158 ss., 159.

⁽⁵³⁾ A. D. WEBER, *Theorie*, cit., pg. 10. Significativa è la circostanza che Weber nella seconda e già ricordata edizione del suo scritto ritenga opportuno di modificare in parte il passo riportato *supra*, nota 50, richiamandosi con una citazione letterale all'autorità di Pütter nel valutare l'importanza del diritto romano per la prassi giudiziaria (*Bemerkungen und Allgemeine Regel*, cit., in *Versuche über das Civilrecht*, cit., pg. 7: « Das römische Recht hat, wie Pütter... sehr richtig bemerkt, vorzüglich einen wahren innern Werth in Ansehung solcher Fälle, wo es nur darauf ankommt, die wahren Grundsätze des Rechts der Natur in Anwendung auf ganz besondere oft sehr verwickelte Vorfälle genau und richtig zu bestimmen. Selten lässt sich's da verkennen, das es grosse Köpfe eines aufgeklärten Volks waren, von denen die Entscheidung herrühren, die Justinian in sein Gesetzbuch eintragen lassen » (pgg. 7-8).

Appena più avanti si aggiungerà che la preferenza, in questa valutazione, dovrà andare « specialmente alla parte del diritto romano che dobbiamo agli scritti dei giuristi (Rechtsgelehrten) ».

Sul ruolo svolto da Pütter nell'ambito di quella tradizione delle 'allgemeine Grundsätze', che giungerà sino ad Hugo, cfr. *infra* cap. III, pg. 204 ss. La citazione è tratta da J. S. PÜTTER, *Beyträge zum Teutschen Staats- und FürstenRechte, Zweiter Theil*, Göttingen, 1779, *Wie die Rechtskraft der in Teutschland üblichen fremden Gesetzbücher zwar im Grunde auf Irrigen Meynungen beruhe aber doch noch fest bestehe?*, pg. 61-2; cfr. V. SCHLIE, *Johann Stephan Pütters Reichbegriff*, Göttingen, 1961, pg. 21 ss.

gli stessi romani l'origine persino del diritto feudale: a ritenere insomma in generale che gli istituti germanici fossero così regolati già a partire dal diritto romano⁽⁵⁴⁾.

Si tratta allora, in una con la necessità ormai intravista di separare il diritto germanico dal romano⁽⁵⁵⁾, di cessare di accettare la comune opinione⁽⁵⁶⁾, senza curarsi del suo « vero fondamento ». Ed è a questo punto che lo studio storico del diritto trova la sua collocazione: e trova il suo posto proprio perché la mancata ricerca di quel fondamento ha fatto sì che del *Corpus iuris* « da un lato, leggi, *che non lo sono affatto nemmeno al suo interno*, o che tuttavia perlomeno non lo sono per noi, si imponessero all'applicazione, mentre invece prescrizioni la cui validità in realtà ancora perdura, venissero a poco a poco ad indebolirsi », talvolta ad opera della stessa giurisprudenza⁽⁵⁷⁾.

È uno studio storico certo ancora mediato da una « *Wissenschaft von dem eigentlichen Willen des Gesetzgebers* »⁽⁵⁸⁾, ma è indagine questa che è già in qualche modo separata dalla sue inflessioni più giusnaturalistiche e circoscritta al 'legislatore' romano, realizzandosi di fatto nella considerazione che « la determinazione dell'uso attuale dipende qui del tutto incontestabilmente dal *vero senso delle leggi romane* »⁽⁵⁹⁾.

Così, ad esempio, a partire dall'opinione divenuta pressoché dominante che le azioni penali romane *ad duplum et quadruplum*

⁽⁵⁴⁾ A. D. WEBER, *Theorie*, cit., pg. 73 con critiche espresse tra l'altro anche contro A. LEYSER, *Meditationes*, cit., vol. I, Spec. 21, med. 2, pg. 209 ss. sul problema delle differenze tra concetto romano e germanico dei rapporti di famiglia e della *patria potestas*.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. sul punto in generale K. LUIG, *Die Anfänge der Wissenschaft von deutschen Privatrecht*, in *Ius commune*, I (1967), pg. 195 ss. spec. pg. 203 ss. per quanto riguarda l'apporto di Thomasius. Sul ruolo di Pütter ritorneremo ancora nel corso della seconda parte dell'indagine.

⁽⁵⁶⁾ « Es hat von jehrer in allen Fächern der Gelehrsamkeit Leute gegeben welche der einmal angestimmten Leier blindlings folgen, und schon die blosse Erkundigung nach dem wahren Grund der gemeinen Meinung als eine verderbliche *Neuerungssucht* zu verschreien gewöhnt sind » (A. D. WEBER, *Theorie*, cit., pg. 14).

⁽⁵⁷⁾ *Ibid.*, pg. 16.

⁽⁵⁸⁾ *Ibid.*, pg. 16.

⁽⁵⁹⁾ *Ibid.*, pg. 17.

non godono più di attuale validità, molti giuristi venivano a concludere che l'*actio de rationibus distrabendis* contro un tutore che avesse violato i suoi doveri di fedeltà sottraendo cose pupillari non potesse essere più proposta per la restituzione del doppio del valore della cosa sottratta. Ma il problema si pone evidentemente sulla 'natura' del mezzo giuridico adottato: perché, come Weber osserva — adducendo, senza prendere a sua volta posizione, un'opinione di Boehmer⁽⁶⁰⁾, a dar forza alla sua tesi della necessità di andare oltre il puro e semplice 'usus' per, se del caso, rimettere in onore *direttamente* le prescrizioni del diritto romano —, una simile azione potrebbe anche essere giudicata, considerandola invece dal punto di vista dell'interesse del pupillo, piuttosto come una azione reipersecutoria atta a liberarlo dal (per lui difficile) compito di provare l'*id quod interest* (61).

Da un simile atteggiamento segue come necessaria conseguenza che decisiva sul punto dell'uso e del non uso diventa allora la conoscenza degli istituti giuridici romani nella loro autonomia ed il « collegare con i contenuti delle *leges proprio i concetti, che i*

(60) Cfr. I. H. BÖHMER, *Doctrina de actionibus ad praxin hodiernam... accomodata*, Francofurti ad Moenum, 1761, Sect. II, cap. VI, *de actionibus in personam ex quasi contractu*, XXII, nota U) pg. 461: « Et tamen haec poenalis esse dicitur in l. I § 23 cit. tit. (De tut. et rat. dist.; D. XXVII, III, 23) Verum hoc non *absolute* intuito rei condemnati intelligendum, qui *duplum* praestando quodammodo puniri videntur. Ast intuito pupilli est magis rei persecutoria et duplo id, quod eius interesse poterat, continetur, uti colligo ex l. I § 20 cit., ubi negatur quod in hac actione, quod *interest*, seorsum veniat, quia id ipsum *in duplo* continetur quod rarius excedere solet. Ideo enim *leges dupli* praestatione constituisse videatur; quo pupillus id, quod interest, probare haud teneatur ».

(61) A. D. WEBER, *Theorie*, cit., pg. 17.

Böhmer (*loc. cit.*, pg. 462 e ivi nota X) dopo aver rilevato che lo stabilire se ancora fosse possibile parlare nella prassi attuale di azioni *in duplum* « obscurum est », finiva per concludere sulla base delle considerazioni già riferite, che non si potesse tuttavia negare in assoluto « eius praxin »: al rilevamento puntuale e oggettivo di ciò che concretamente costituisce la prassi od anche all'utilizzazione del criterio dell'opinione comune, sostituisce, cioè, una diversa interpretazione storica del contesto, che è *immediatamente* atta a renderlo presuntivamente applicabile.

Romani erano abituati a collegarvi »⁽⁶²⁾; bisogna insomma conoscere la « Geschichte damaliger Zeiten »⁽⁶³⁾.

Dalla esigenza storico-pratica (dogmatica)⁽⁶⁴⁾ consegue inoltre anche la caratterizzazione delle regole che possono essere assunte a circoscrivere la 'teoria' necessaria a fornire il criterio del rapporto tra giurista moderno e *Corpus iuris*. Tali regole devono essere contraddistinte, per ovviare allo stato di incertezza in cui versa tutta la problematica, dalla completezza (« eine völlständige Theorie »)⁽⁶⁵⁾, in modo che non servano di guida solo allo specifico caso singolo, ma assicurino la consequenzialità di 'ogni' costruzione: « Sie müssen zusammengenommen den ganzen römischen Rechtskörper nach allen seinen *innern* Bestandtheilen umfassen, *nicht aber in dieser oder jener Rücksicht nur brauchbar sein* »⁽⁶⁶⁾. Si tratta in sostanza di un processo di 'purificazione' della 'teoria' romana affinché essa possa venir ricondotta a principi fondamentali che non siano contraddittori « dem heutigen System der Jurisprudenz »⁽⁶⁷⁾.

Che il problema divenisse di sempre più impellente attualità è dimostrato dal fatto che Weber poteva ricollegarsi, nella sua ricerca di una 'Teoria' del rapporto tra diritto romano e suo uso

(62) A. D. WEBER, *Theorie*, cit., pg. 19, per la critica congiunta sotto questo profilo a glossatori e giusnaturalisti.

(63) *Ibid.*, pg. 20.

(64) Sull'atteggiamento che Hugo terrà di fronte a questo concetto di dogmatica, in parte accettandolo, vedi *infra* spec. cap. III.

(65) A. D. WEBER, *Theorie*, cit., pg. 30.

(66) *Ibid.*, pg. 25. Un testo che testimonia al contempo di quell'esigenza, alla quale avevamo già accennato, di un superamento dell'aspetto esclusivamente pratico del primo *usus modernus*.

(67) Cfr. A. D. WEBER, *Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung. Mit einer vorläufigen Berichtigung der gewöhnlichen Theorie der Verbindlichkeit überhaupt*, Schwerin und Wismar, 1800³, pg. 14: « Ich glaube, dass dieser Unschicklichkeit nicht anders abzuhelpen ist, als wenn mann vor allen Dingen den wahren Sinn jener Römischen Theorie hinlänglich ins Licht setzet, solche von den fehlerhaften Zusätzen der Ausleger *reiniget*, dann das Unanwendliche derselben in ihrem völligen Umfange darthut, und endlich die ganze Materie auf Grundsätze zurückführt, welche mit der Wahrheit, und dem heutigen Systeme der Jurisprudenz in keinem Widerspruch stehen ».

odierno, a delle prese di posizione ben precise; intendiamo riferirci a quelle che si possono riscontrare proposte, sotto la stessa forma di 'regole' che anche il nostro adotta, nella Enciclopedia di August Friedrich Schott, una delle opere in assoluto più fortunate di questo significativo genere letterario per tutto il XVIII secolo⁽⁶⁸⁾. Per Schott si trattava di prendere, nell'applicazione del diritto romano, delle precauzioni e di adottare opportune cautele atte ad evitare — ancora una volta risuona una chiara allusione al ramo degli autori dell'*usus modernus* più 'pratici'⁽⁶⁹⁾ — le dannose conseguenze « welche die unschickliche Verwirrung der fremden und einheimischen Rechte in den *vorigen* Jahrhunderten nach sich gezogen hat »⁽⁷⁰⁾. Per raggiungere un tale scopo bisognava anzitutto che quelle disposizioni (*Verordnungen*) del diritto romano che si riferissero a « Sitte und Verfassungen » esclusivamente propri dei romani ed, oltre a ciò, del tutto sconosciuti in Germania, non potessero godere di alcuna applicazione.

Quelle disposizioni invece che avessero un oggetto di cui fosse possibile accertare la presenza sia presso i romani che nella realtà tedesca attuale dovevano certo essere applicate, non *immediatamente* ma in mancanza di diverse prescrizioni del diritto patrio: nell'eventualità poi di 'assenza' dell'*oggetto* — ovvero di fronte ad istituti (*negotia*) che si appoggiassero esclusivamente su costumi interni o su altre fonti e che in ogni caso fossero tuttavia sconosciuti ai Romani —, il diritto giustiniano non poteva ricevere applicazione neppure se sussistesse per via analogica una apparente somiglianza⁽⁷¹⁾. Tuttavia, per quanto soddisfacente una tale enumerazione di regole possa apparire nei dettagli, a Weber essa si di-

⁽⁶⁸⁾ Cfr. J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 108. Su SCHOTT (1744-1792) si veda E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt. 3 Halbband 1, *Testo*, pg. 481-2, *Note* pg. 306.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. *supra*, spec. par. 2.

⁽⁷⁰⁾ A. F. SCHOTT, *Entwurf einer juristischen Encyclopädie und Methodologie zum Gebrauch akademischen Vorlesungen*, Leipzig, 1790⁵, pg. 75. La prima edizione risale al 1772, ma, come si ricava dalla lettura delle prefazioni alle precedenti e a questa quinta edizione, si tratta di ristampe dovute all'ampio successo editoriale, che non implicano mutamenti di rilievo nella struttura dell'opera.

⁽⁷¹⁾ *Ibid.*, pgg. 75-6.

mostra carente proprio sotto il profilo dell'assenza di un principio ordinante unitario; esso viene a mancare appunto perché si trascura di prendere in considerazione il nodo fondamentale. Non viene infatti in nessun modo messo in questione l'elemento stesso « *Verordnung* », disposizione (le *leges*), attribuendo implicitamente a tutti i passi del *Corpus iuris* la moderna qualifica ' formale ' di diritto suscettibile di recezione, per passare solo in un secondo tempo a trascinare tra essi — per l'appunto in prima istanza tutti formalmente equiparati come *leges* —, sulla base del criterio contentutistico del costume o della qualità dei *negotia* che formano oggetto di quelle *leges* (72).

Ma l'atteggiamento passivo ed acritico nei confronti della storia delle singole fonti era stato determinato proprio dal non aver identificato questo problema; non tutto il diritto romano può dirsi diritto ' positivo ', già considerato di per sé solo; già *prima*, quindi, che venga in questione il tema della sua applicazione (73). Abbiamo accennato a come per Weber si ponga in sostanza la questione dei mezzi atti a ' purificare ' l'applicazione del diritto romano affinché essa possa venire ricondotta a principii non contraddittori con il « *sistema* attuale della giurisprudenza ». Un simile programma postula dal canto suo fundamentalmente che la giurisprudenza romana sia a sua volta concepita come sistema, e che pertanto si riconosca che il *Corpus iuris* non contiene solo disposizioni legislative, ma anche « *ein System der ganzen Jurisprudenz* » (74).

Il riconoscimento come sistema sia dell'operato della giurisprudenza attuale che di quello della giurisprudenza romana rivela qui la sua funzione; esso riposa in definitiva sulla stessa concezione del *Corpus iuris* che informa quella prima, e decisiva, regola che Weber viene a proporre, proprio nel tentativo di porre in primo piano il profilo trascurato da Schott. Una regola questa che costituisce una sostanziale integrazione dei principii da Schott individuati e della loro gerarchizzazione e che tiene conto della polemica sviluppatasi a partire dalla comprensione « assolutistica » della posizione della legge nella gerarchia delle fonti con la quale

(72) A. D. WEBER, *Theorie*, cit., pgg. 28-30.

(73) *Ibid.*, pg. 30.

(74) *Ibid.*, pg. 34.

Christian Thomasius si era portato ad analizzare con un intervento « storicizzante » la struttura stessa del Corpus iuris⁽⁷⁵⁾.

La soluzione adottata da Weber, decisiva per la dottrina del tardo *Usus modernus*⁽⁷⁶⁾, è ' formalmente ' contraria all'opinione thomasiana, un'opinione che, come vedremo, sarà presa in considerazione con una certa attenzione ancora nell'Ottocento e che in ogni caso fa da sottofondo ad un'evoluzione che giunge sino alle pagine savignyane del *System* sulla interpretazione delle fonti del diritto concernenti l'antinomia⁽⁷⁷⁾; tuttavia, mentre la si respinge, se ne raccoglie, in parte rovesciandolo, un risultato interpretativo.

Mette quindi conto di seguire l'argomentazione del giurista filosofo di Halle nella sua Dissertazione sul tema « an legum iuris Iustinianei sit frequens an exiguus usus practicus in foris Germaniae »⁽⁷⁸⁾: « Quodsi ulterius pro sententia, quod eiusmodi responsa iureconsultorum legum vim obtineant, urgere velis, quod Iusti-

(75) In generale sulla struttura logico-conoscitiva della storia in Thomasius è da vedere A. SEIFERT, *Cognitio Historica. Die Geschichte als Namengeberin der frühneuzeitlichen Empirie*, Berlin 1976, pg. 150 ss. Il tema della funzione della storia nella dottrina giuridica thomasiana è analizzato soprattutto da N. HAMMERSTEIN, *Ius und Historie*, cit., pg. 124 ss. Sul ruolo del pensiero storico thomasiano è tornato da ultimo W. SCHNEIDERS, *Aufklärung durch Geschichte. Zwischen Geschichtstheologie und Geschichtsphilosophie: Leibniz, Thomasius, Wolff*, in *Leibniz als Geschichtsforscher*, hrsg. von A. HEINEKAMP, (*Studia Leibnitiana. Sonderheft 10*), Wiesbaden, 1982, pgg. 79-99.

(76) Come vedremo fra breve, l'esame critico a cui Weber sottopone la partizione delle regole proposta da Schott troverà il suo sedimento e la sua consacrazione proprio nell'opera che può essere considerata lo *Standardwerk* di quella corrente: il classico commentario di Glück.

(77) Cfr. F. C. von SAVIGNY, *System*, cit., Bd. 1, pg. 262 ss. (trad. it. cit., vol. I, pg. 267 ss.).

(78) C. THOMASIUS, *Dissertatio de rite formando statu controversiae: an legum iuris iustinianei sit frequens an exiguus usus practicus in foris Germaniae* (1715), in Id., *Dissertationes Academicæ varii imprimis iuridici argumenti*, gesammelt und herausgegeben von J. L. UHL, Halle, 1773-1780, Bd. 4 (1780): cfr. W. BECKER, *Thomasius Bibliographie*, in M. FLEISCHMANN, (hrsg.), *Christian Thomasius. Leben und Lebenswerk*, Halle, 1931 (Neudruck, Aalen, 1979), pg. 513 ss., 537; nonché R. LIEBERWIRTH, *Christian Thomasius. Sein wissenschaftliches Lebenswerk. Eine Bibliographie*,

nianus Imperator omnia, quae a compilatoribus pandectarum in eas relata sunt, sua fecerit, *et constitutionum imperialium vicem obtinere voluerit; quasi ab ipso promulgatae essent; nihil tamen amplius obtinebis, quam ut responsa illa vim obtineant rerum ad imperatoribus ipsis iudicatarum*. Ergo videamus, an etiam res ab imperatoribus iudicatae, quarum exempla plurima extant in Codice, *leges verae sint? Non arbitrator*. Lex enim est regula universalis, et res iudicata adplicatio tantum legis generalis ad casum specialem. Variante vero vel minima circumstantia uti ius ipsum variat, ita necesse est, ut tum alia quoque fiat iuris adplicatio »⁽⁷⁹⁾.

Abbiamo parlato di comprensione « assolutistica » della legge a proposito di questo passo; ciò potrà sembrare sorprendente ove si ponga mente che qui viene apparentemente negata al 'Giustiniano legislatore', al (principe) legislatore in quanto tale la possibilità di 'trasformare' i materiali a lui presentati dai compilatori delle Pandette, conferendo loro forza di legge: il responso dei giuristi promulgato dal principe non varrebbe invece che come

Weimar, 1955, pg. 115, n. 266 (d'ora in poi abbreviato con L., seguito dal corrispondente numero).

Thomasius si era già occupato del problema fin dal 1691, nel suo « Programma de causis inutilium Doctrinarum in studio iurisprudentiae » (L., n. 54), poi ristampato in Id., *Naevis iurisprudentiae Romanae antejustinianae libri duo*, Editio secunda, Halae Magdeburgicae, 1707, pgg. 181-188, e, l'anno successivo, nelle 'Vindiciae solidae sed modestae Corollarii De exiguo Pandectarum usu in Foris Germaniae, adversus objectiones et contumelias programmatis cuiusdam Wittenbergensis » (L., n. 67), pure ristampato in Id., *Naevis*, cit., pg. 188-229.

Sull'intera problematica si veda W. EBNER, *Kritik des römischen Rechts bei Thomasius*, Diss. iur., Frankfurt am Main, 1971, *passim*; e, da ultimo, specialmente K. LUIG, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im Zeitalter der Aufklärung in der Sicht von Christian Thomasius*, in N. HORN (hrsg.), *Festschrift Coing*, cit., Bd. 1, pg. 177 ss.

⁽⁷⁹⁾ C. THOMASIVS, *Dissertatio de rite formando*, cit., pg. 7-8.

Cfr. sul punto anche H. E. KESTNER, *De defectibus iuris communis in Republica germanica, Dissertationes, quibus prodromus Conclusionum, ad reformandam Jurisprudentiam spectantium, continetur*, Rinthelii, 1708, pg. 53. Su Einirch Ernst Kestner (1671-1723), uditore di Stryk e Thomasius ad Halle e allievo di Heinrich Cocceji, vedi H. RÜPING, *Die Naturrechtslehre des Christian Thomasius und ihre Fortbildung in der Thomasius Schule*, Bonn, 1968, pg. 118.

« re(s) ab imperator(e) ips(o) iudicat(a) ». Sembrerebbe quindi che lo 'Zwangscharakter' del diritto⁽⁸⁰⁾, conseguente all'ampia positivizzazione ed esteriorizzazione del diritto naturale⁽⁸¹⁾ perseguita dal Thomasius nel riconoscere la stessa fonte del diritto di natura nella « menschliche Gesellschaft »⁽⁸²⁾ — con la fortissima accentuazione della posizione della « Obrigkeit », dell'autorità secolare — subisca una incrinatura non indifferente.

Il punto ci appare della massima importanza per comprendere il senso delle espressioni thomasiane e quindi l'itinerario del pro-

(80) Si tratta di una problematica oggi quasi dimenticata, ma di centrale importanza per la discussione sviluppatasi nel 18° secolo sul diritto naturale appunto in quanto *Zwangsrecht* (cfr. anche *supra*, Premessa, nota 55). Essa mette infatti in luce, fra l'altro, il superamento del concetto di *potestas* che era idoneo a designare l'accesso alla sfera della forza nell'ambito del ceto e della famiglia — e che aveva a suo correlativo per designare la *potestas politica* in senso stretto il concetto di *iurisdictio* —; il trapasso quindi da una società a potere diffuso e stratificato verso la concentrazione del monopolio della forza che si veniva realizzando nelle nuove forme dello Stato territoriale.

Il passaggio, in altri termini, da un diritto naturale dei più forti, dei 'migliori' ad un diritto naturale che, basandosi sull'attribuzione di competenze a costringere, superasse quell'arcaica concezione e si ponesse il problema dei confini giuridici di un'utilizzazione sensata della coercizione. In questa ottica è da inserire e valutare la specificità dell'operazione thomasiana di separazione della sfera morale da quella giuridica per il tramite del criterio della coercibilità; cfr. su quest'evoluzione spec. W. SCHNEIDERS, *Naturrecht und Liebesethik, Zur Geschichte der praktischen Philosophie im Hinblick auf Christian Thomasius*, Hildesheim-New York, 1971, pg. 79 ss.

Il problema acquisterà, come vedremo, tutta la sua rilevanza nella sede relativa all'enucleazione del concetto moderno di diritto soggettivo.

(81) Cfr. ad esempio la seguente definizione in C. THOMASIUS, *Fundamenta iuris naturae et gentium ex sensu communi deducta* (1705), Halle, 1718⁴, Neudruck Aalen, 1963, Lib. I, cap. V, § LX, pg. 159: « Ius naturale dicitur, quod idem esse solet apud plerosque homines nobis notos. Nemo enim mores omnium hominum novit. Et inter eos, quas novimus, magis a potiori facienda est denominatio, quam ut universaliter loquamur ». Cfr. anche *ibid.* § XVIII: « Ergo ius omne externum est, non internum » (pg. 149).

(82) N. HAMMERSTEIN, *Ius und Historie*, cit., pg. 76, e cfr. C. THOMASIUS, *Institutiones Iurisprudentialae divinae* (1688), Neudruck Aalen, 1963, *Dissertatio Proemialis*, § 53 (v. pure lib. I, cap. IV, § 6), pg. 50 ss., laddove è in pratica sostenuta la tesi che « ... est ius species status civilis ».

blema da lui prospettato di una modificazione delle concezioni sul *Corpus iuris* in relazione all'applicabilità 'attuale' del suo contenuto. Non sarà, come accennato, un itinerario breve; esso coinvolge infatti il rapporto della scienza giuridica dogmatica con la legislazione, la qualità dei materiali sui quali può essere costruito un sistema, nonché lo stesso rapporto storico-organizzativo in cui questi materiali possono essere disposti. Si tratta di cogliere allora, da un lato, la qualità specifica di quell'« assolutismo » e di connetterla con le precise finalità che Thomasius si propone nel negare al *Corpus iuris* la qualifica di codice.

Ci soccorrono inoltre a questo punto le osservazioni che già abbiamo avuto modo di fare a proposito dei mutamenti che il concetto di *Glückseligkeit* subisce allorché nella dottrina degli 'scopi dello Stato' (*Staatszwecklehre*) vengono introdotti nuovi elementi o ne venga mutata la gerarchizzazione⁽⁸³⁾.

La posizione qui sostenuta da Thomasius è infatti strumentale: la negazione della qualità di codice al *Corpus iuris* serve a fondare una sussidiarietà in senso forte del diritto romano recepito; adesso, in assenza di una generale presunzione a suo favore⁽⁸⁴⁾, bisogna fornire una prova di fatto della sua vigenza e applicabilità attuale. Importante è indubbiamente il modo con cui questa prova dovrà essere fornita, ma su ciò torneremo tra breve. Ora ci interessa più da vicino dotare di segno questa opinione con-

⁽⁸³⁾ Cfr. *supra*, spec. pg. 62 ss.

⁽⁸⁴⁾ Sul tema della *fundata intentio*, ovvero sia del principio secondo il quale « un concetto giuridico od una proposizione giuridica, che in sé e per sé appare applicabile, sia perché ci è pervenuta attraverso il diritto recepito oppure perché è stata sanzionata da una legge espressa, o ancora perché è sorta tramite l'elaborazione dottrinale, si è in tal modo impiantata ed è stata riconosciuta come opinione comune, deve essere così a lungo ritenuta applicabile, fin tanto che non venga fornita una prova giuridicamente valida del contrario », cfr. W. WIEGAND, *Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel « Habere fundatam intentionem »*, in *Festschrift für Hermann Krause*, Köln, 1975, pg. 126 ss.; Id., *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit*, Ebelsbach, 1977, pg. 178 ss.

Il passo che abbiamo reso in traduzione è di C. F. MÜHLENBRUCH, *Rechtliche Beurteilung des Städelschen Beerbungsfalles, nebst einer Einleitung über das Verhältnis der Theorie zur Praxis*, Halle, 1828, Einleitung, pg. 12.

traria alla dottrina dominante⁽⁸⁵⁾, che parte dall'originale postulato di un « esiguo uso delle Pandette nei tribunali tedeschi »⁽⁸⁶⁾.

Sarà bene chiarire subito che non si fa questione di un'avversione al diritto romano come tale in nome di un diritto ' nazionale ': la componente nazionale ha qui un ruolo del tutto subordinato. La tendenza « *deutschrechtlich* »⁽⁸⁷⁾ considera pur sempre il diritto romano diritto tedesco, diritto imperiale che appartiene al *Reich* come sua legittima tradizione⁽⁸⁸⁾. Non abbiamo a che fare cioè assolutamente con una lotta contro il diritto romano vigente ed effettivamente appartenente alla funzionalità della vita giuridica, quanto piuttosto contro le forze storiche che tendono a mettere in crisi l'autorità dei Principi territoriali: si trattava di salvaguardare gli interessi dello Stato territoriale contro l'autoritaria dottrina giuridica romanistica ortodossa, che, in stretta connessione con la metafisica scolastica protestante, contestava con le sue interpretazioni sfavorevoli ed ostili ai Principi territoriali la suprema autorità dello Stato, rischiando inoltre di prolungare indefinitamente lo stretto collegamento allora dominante tra la giurisprudenza e la teologia⁽⁸⁹⁾.

Dentro la metafora, si doveva indebolire il Giustiniano legislatore, per rafforzare la potestà legislativa del principe. D'altro canto, tuttavia, è innegabile che le espressioni di Thomasius aprono al dogmatico e alla sua utilizzazione dell'*hermeneutica*⁽⁹⁰⁾ uno spazio

⁽⁸⁵⁾ Cfr. sul punto P. BENDER, *Die Rezeption*, cit., pg. 53, ed ora K. LUIG, *Wissenschaft und Kodifikation*, cit., pg. 182.

⁽⁸⁶⁾ C. THOMASIUS, *Vindiciae solidae*, cit., pg. 189: « In eo inter alia haec verba posui; *evidentibus demonstrationibus doceri posse, vix vicesimam partem Pandectarum ad Praxin Fori Germanici posse accomodari* »; cfr. anche *ibid.*, pg. 227.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. per quanto veniamo affermando V. HENTSCHEL, *Die Staatswissenschaften an den deutschen Universitäten im 18. und frühen 19. Jahrhundert*, in *Berichte zur Wissenschaftsgeschichte*, I (1978), Heft 3-4, pgg. 181-200, 184.

⁽⁸⁸⁾ N. HAMMERSTEIN, *Ius und Historie*, cit., pg. 89.

⁽⁸⁹⁾ *Ibid.*, pg. 79 nota 169.

⁽⁹⁰⁾ Si deve qui richiamare l'attenzione sul fatto che la diffusione nella Germania di allora dell'arte della *Ermeneutica*, costituisce un indizio della mancanza di una forma statale assolutistica nel *Reich*, dal momento che questa disciplina è di regola assente in tutte le monarchie assolute (cfr.

di 'tendenziale' libertà operativa di fronte a quelle proposizioni normative che sono pur sempre rappresentate in larga misura da ciò che ancora — certamente non più in via 'formale' e preventiva — è riconducibile nel *Corpus iuris* sotto il comune denominatore rappresentato dalle 'leges': « Ac I. quidem de LEGIBUS quaeritur. Sunt vero leges *praecepta dirigentia actiones voluntarias* ⁽⁹¹⁾ *subditorum, non vero actiones intellectus*. Hinc igitur pro

H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960, pg. 312). Acute osservazioni in direzione simile, a sottolineare sia il disinteresse della dottrina giusnaturalistica per quella disciplina sia l'eliminazione del tema dell'*interpretatio*, fondamentale per l'*usus modernus*, dall'orizzonte del giurista, si leggono ora in N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, in N. BOBBIO, M. BOVERO, *Società e Stato nella filosofia politica moderna. Modello giusnaturalistico e modello hegeliano-marxiano*, Milano, 1979, pgg. 23-26.

(91) Sulla concezione della funzione della volontà in Thomasius, per il suo volontarismo che parte dalla predominanza della volontà sull'intelletto, ma di una volontà a sua volta non libera, 'cattiva' — cosicché è falso il detto comune che la volontà non possa essere coercita —, cfr. soprattutto G. SCHUBART-FIKENTSCHER, *Unbekannter Thomasius*, Weimar, 1954, pg. 47 ss., nonché W. SCHNEIDERS, *Naturrecht*, cit., spec. pg. 249 ss.

La distinzione che emerge nel testo tra azioni volontarie e azioni dell'intelletto diviene più comprensibile ove si rifletta che Thomasius in tal modo richiama indirettamente il rapporto che a suo avviso deve correre tra principe e sapiente (e, più in particolare, ceti dei giuristi) all'interno della *civitas*: un rapporto che in ultima analisi è quello stesso che nell'ambito delle norme che regolano gli atti umani corre tra *consilium* e *imperium*. « Itaque consilium dans intendit persuadere, nec vim habet cogendi, imperans vero non intendit persuadere, sed vim cogendi habet. Consilium ratiocinationes suppeditat insipienti palpabiles; Imperium rationes quidem praesupponit, sed non multum rationcinatur. Per vim cogendi hic intelligitur stricte potestas insipienti inferendi dolorem sensibilem, dependentem ab arbitrio inferendi.

Nam cum ipsum consilium pariter et imperium metum incutiat, patet, quod utrumque debeat habere vim cogendi intuitu voluntatis. Nam supra diximus voluntate cogi per metum. Et adeo falsum est, vel certe non recte exponitur, quod communiter dicitur, consilium non habere vim obligandi. Est enim obligatio in genere inclinatio voluntatis per metum iniectionem (et spem suscitatum) a sapiente i.e. eo, qui potestatem metum faciendi habet, quique cum prudentia metum injicit, aut spem excitat... In eo tamen est differentia inter consilium et imperium, quod hoc producat obligationem externam, illud saltem intrinsecam, respectu vero extrinsecae non obliget,

legibus non habendae sunt definitiones. Ergo et falso putatur fuit a plerisque, ac si Jctis non liceret recedere a definitionibus Justiniani, v.g. Juris naturae, Justitiae, Jurisprudenciae, actionis etc. Neque pro legibus habenda principia et axiomata Ethica et politica in jure Romano repetita... »⁽⁹²⁾.

Ma poiché Thomasius attribuiva a loro volta i principii dell'ermeneutica alla filosofia prima, sottraendoli così alla capacità di determinazione del legislatore, tendenzialmente viene a crearsi uno

et inde dictum ortum sit: consilium non obligare ») (C. THOMASIUS, *Fundamenta*, cit., Lib. I, cap. IV, § LV-LXII, pgg. 134-135).

Da questa visione, si potrebbe dire, mediana e mediatrice tra Hobbes e gli Scolastici (come espressamente riconosciuto dallo stesso Thomasius, *ibid.*, lib. I, cap. III, § LV nota, pg. 111) consegue la necessità di armonizzare le due norme dell'agire umano trasferendole dalla tradizionale dottrina degli affetti, anche al livello della società civile, sul piano degli *officia*: « Cum autem in societate plurium hominum deprehendatur mixtura omnium horum trium generum stultitiae, sua sponte sequitur, quod ad regendam ejusmodi societatem opus sit et consilio et imperio. Ergo intuitu talium societatum imperium sine consilio in tyrannidem evadit, consilium sine imperio insufficientis est ad emendationem... Ergo Doctoris et Principis personae non facile cadunt in unam personam. Doctoris enim character est dare consilium, Principis imperare. Ex quo etiam sequitur, quod Doctor debeat esse sub imperio Principis; Princeps vero adhibere Doctores sapientiae in consilium. Sapientes enim, etiam in civitate, debent esse uniti » (*Ibid.*, § LXXVII-LXXX, pgg. 138-139).

Risulta allora chiaro che, sebbene la subordinazione del *Doctor* al Principe rimanga ferma, a lui e alla sua specifica forma argomentativo-scientifica è affidata la salvaguardia della sfera di libertà dei sudditi, e l'impedimento di un'evolversi della forma di governo verso la tirannia.

Sarà, non a caso, una funzione equivalente a quella che acquisisce il termine dogma, del quale certamente andrebbero indagate più approfonditamente di quello che non si sia fatto finora le connessioni dal punto di vista storiografico con il campo semantico costituito da *consilium*, *pactum* e *imperium*.

⁽⁹²⁾ C. THOMASIUS, *Delineatio historiae iuris civilis romani et germanici* (1703; L., n. 141 e 174), in C. G. HOFFMANN, *Historia iuris romano-justiniani*, Lipsiae, 1718, pg. 386.

È interessante osservare come la prima idea ed il primo abbozzo della storia thomasiana fosse contenuto in un'opera enciclopedica, il *Summarischer Entwurf der Grundlehren, die einen Studioso iuris zu wissen und auf Universitäten zu lernen nötig sind*, Halle, 1699, Neudruck Aalen 1979, pg. 151 ss.; cfr. R. LIEBERWIRTH, *Christian Thomasius*, cit., pg. 66.

spazio negativo di libertà anche per il *subditus* ⁽⁹³⁾. Ciò corrisponde, da un lato, al carattere 'debole' dell'assolutismo thomasiano, che reca tratti di una concezione patriarcale-autoritaria dello Stato risalente all'etica sociale luterana ed è rafforzato dalla assoluta negazione delle possibilità creatrici di una ragione di tipo giusnaturalistico: il mutamento giuridico è possibile solo attraverso una graduale evoluzione e modificazione dei rapporti esistenti, non attraverso improvvisi cambiamenti politici ⁽⁹⁴⁾; poiché infatti non si può trattare di costruire sistemi giuridici migliori e più razionali di quelli esistenti, di introdurre nuove leggi, ma soltanto di una « *Wiederherstellung des alten, vordem guten Ordnung* », il ruolo centrale rimane affidato al giureconsulto.

La società descritta da Thomasius è ancora una società formata da « *Hausväter* », essa consiste « *ex universis patribus familias seu populo* ». Non è un caso che gli *Staatsverträge* giusnaturalistici, secondo quella precedenza sostanziale del diritto positivo sul naturale, vengano conclusi non da tutti gli individui componenti la comunità umana, ma solo dai 'padri di famiglia' ⁽⁹⁵⁾. Tuttavia all'interno di questa prospettiva qualcosa si muove, qualche accento si sposta nella direzione di un cauto destarsi di una coscienza borghese ⁽⁹⁶⁾, che pur si fa luce in Germania sotto pesanti ipoteche strutturali.

⁽⁹³⁾ Cfr. R. HOFFMANN, *Die individuelle Rechtssphäre*, cit., pgg. 50-51. Significativa della parziale convergenza di questa sfera di libertà del suddito con l'attività dogmatica del sapiente è l'assenza di coercibilità esterna nei confronti del Principe che caratterizza entrambe: non è tuttavia consentito « ... *Doctores et Professores populis regulas praescribere secundum quas debeant examinari formae rerum publicarum, sed cum voluntas populi in formanda re publica regulam faciat, omnes res publicas regulares esse ...* » (C. THOMASIUS, *Fundamenta*, cit., lib. III, cap. VI, n. 7, pg. 175).

⁽⁹⁴⁾ N. HAMMERSTEIN, *Ius und Historie*, cit., pg. 80.

⁽⁹⁵⁾ C. THOMASIUS, *Institutiones*, cit., lib. III, cap. VI, § 33, pg. 390 e vedi R. HOFFMANN, *Die individuelle Rechtssphäre*, cit., pg. 42, che tuttavia non comprende esattamente il nesso che lega i due paragrafi (29 e 33) e parla di inesattezza (sic!) in cui Thomasius sarebbe incorso.

⁽⁹⁶⁾ R. VIERHAUS, *Deutschland im 18. Jahrhundert: soziales Gefüge, politische Verfassung, geistige Bewegung*, in *Lessing und die Zeit der Aufklärung*, Göttingen, 1968, pg. 12 ss.

Assistiamo infatti, dall'altro lato, al mutamento del concetto di 'felicità' che rappresenta il supremo scopo dello Stato; in Thomasius non è più così semplice decidere se il ruolo predominante spetti ora alla felicità della comunità o non piuttosto già a quella del singolo⁽⁹⁷⁾. In ogni caso ciò viene a significare un'autonomizzazione della funzione svolta dalla « *Tranquillitas vitae* », la necessità anche per il principe sovrano di un certo tipo di osservanza delle leggi, e soprattutto un mutamento nella 'dottrina degli scopi dello Stato', secondo il quale ormai si rivela decisivo il perseguimento della felicità (anche) del singolo come dovere dello Stato⁽⁹⁸⁾.

Su questi fondamenti diviene più chiaro il senso della presa di posizione che Weber assume a pietra di paragone del suo tentativo di formulazione di un criterio, di una 'regola' generale dell'applicabilità del diritto romano. Il maestro di Halle veniva infatti in sostanza a negare in blocco e 'formalmente' la natura di vero 'codice' al *Corpus iuris civilis*, allo scopo di combatterne una applicazione cieca di fronte alle sue stesse inadeguatezze interne: un atteggiamento, quest'ultimo, che induceva alla considerazione globale di esso come avente forza di legge, come dotato di una vincolatività che potesse essere aggirata solo 'materialmente', negando di volta in volta al *contenuto* di singole disposizioni o norme il diritto di giungere allo stadio dell'applicazione.

Ma, mentre in quel caso si poteva trattare di una disapplicazione di carattere pratico-empirico⁽⁹⁹⁾, Thomasius sceglie adesso di

⁽⁹⁷⁾ Cfr. C. THOMASIUS, *Fundamenta*, cit., lib. I, cap. VI, § XXVI, pg. 173: « universi ex singulis constant. Ergo si singulis non est bene, quomodo felix esse potest universitas. Contra singulorum felicitas est imaginaria, si sit coniuncta cum infelicitate plurium ». Aveva ben colto questa ambiguità foriera di nuovi sviluppi J. C. BLUNTSCHLI, *Geschichte des allgemeinen Staatsrechts und der Politik*, München, 1864, pg. 208.

⁽⁹⁸⁾ R. HOFFMANN, *Die individuelle Rechtssphäre*, cit., pgg. 15-18; troppo sommario ci sembra H. RÜPING, *Die Naturrechtslehre*, cit., pgg. 62-63.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. anche G. SCHUBART-FIKENTSCHER, *Ein Beitrag zum Usus modernus Pandectarum insbesondere nach den Dissertationen von Samuel Stryk und Christian Thomasius um die Wende von XVII zum XVIII Jahrhundert*, in *Eranion in honorem Georgii S. Maridakis*, Athenis, 1963, vol. I, pg. 316 ss.

porre a principio e compito del giurista, anche di quello attivo teoreticamente nelle Università degli Stati tedeschi, la dimostrazione 'scientifica' della eseguità di un uso effettivo del diritto romano, e vuole vedere altresì il diritto naturale messo a tal punto da parte, da considerare l'ordinamento esistente modificabile solo 'apoliticamente' — fino, semmai, a giuridicizzare⁽¹⁰⁰⁾ la 'Politica' considerandola come una disciplina 'propriamente' giuridica (« rechts »-mässig). Tutto questo fa sì che quella prova della perdurante vigenza del diritto romano — da fornire ormai *di volta in volta* — non possa essere che 'storica'. Che ci si ponga perciò chiaramente l'esigenza di dividere, di separare dalla loro confusione il diritto germanico ed il diritto giustiniano.

Soltanto la storia è in grado di esprimere il giudizio adeguato sulla validità del diritto romano o di quello germanico⁽¹⁰¹⁾.

Nonostante il suo opposto principio dell'esiguo uso (*de facto*) e della difettosa obbligatorietà (*de iure*) del diritto romano in Germania, Thomasius lascia valere in definitiva in moltissimi punti il diritto romano come diritto vigente; ma può trattarsi solamente di quel diritto ricavato « ex genuinis fontibus », che è compito della storia del diritto farci conoscere: « Naevi ipsi ex principiis Politicis ac Moralibus deducendi parum difficultatis habent. At eorum applicatio ad Jurisprudentiam Romanicam et Germanicam ideo difficilior redditur, quod hic opus sit genuina Juris utriusque Historia, quae tamen, si verum fateri debeo, adhuc in medio tot historiarum juris scriptorum inter desiderata in studio Jurisprudentiae numeranda esse videtur. Historia Juris Romani Ante-Justiniani corrupta est, et naevi dissimulati. Unde mihi opus fuit ex Livio, Dionysio Halicarnasseo etc. Veram Status Romani et inde profluentis intentionis Legislatorum historiam et connexionem juris indagare ac colligere »⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ M. HAMMERSTEIN, *Jus und Historie*, cit., pg. 91.

⁽¹⁰¹⁾ C. THOMASIUS, *Notae ad singulos Institutionum et Pandectarum titulos*, Halae Magdeburgicae, 1713 (L., n. 252), *praefatio* (senza indicazione di pagina), § 14; cfr. K. LUIG, *Wissenschaft und Kodifikation*, cit., pg. 182 ss.

⁽¹⁰²⁾ C. THOMASIUS, *Naevi*, cit., *praefatio* (senza indicazione di pagina), I n. 2.

Weber, come si osservava, pur respingendo nettamente, l'ipotesi volta a togliere vigore di codice al *Corpus iuris* nella sua totalità — una impostazione che potremmo definire, come l'altra che combatteva, presa di per sé, 'unitaria', anche se di segno rovesciato — si trova a condividere questa tensione storicizzante; « Daraus folgt aber klar, dass man, um aus diesem Gesichtspunkt über Gebrauch und Nichtgebrauch zutreffend urtheilen zu können, die Beschaffenheit der römischen Rechtsgeschäfte deutlich kennen, und mit den Gegenständen der Gesetze grade die Begriffe verbinden müsse, welche der Römer damit zu verknüpfen gewohnt war » ⁽¹⁰³⁾.

Anch'egli è inoltre alla ricerca di un criterio dell'uso o del non uso che, una volta dato per scontato come all'interno del *Corpus iuris* sia per l'interprete possibile, in vista di quella decisione, « lediglich auf den Inhalt der Stelle sein Augenmerk zu richten », superi questo procedimento empirico; un criterio 'formale', appunto: « Se sorge questione sopra l'uso odierno di un passo del diritto romano, tutto dipende in gran misura dalla soluzione del problema se in questo passo sia contenuta una vera legge oppure no. In quest'ultimo caso il passo in sé è del tutto privo per noi di forza vincolante » ⁽¹⁰⁴⁾.

Si possono cogliere qui alcune affinità con la posizione thomasiana: da un lato, la 'formale' negazione del valore di codice, dall'altro, una sua 'apparente', o sarebbe forse meglio dire 'parziale' riconferma; nel primo caso si apriva la possibilità di distinguere nel suo interno *storicamente* i contenuti secondo la loro natura, nel secondo il valore di 'vero codice' permane, ma il criterio così enucleato spinge a distinguere nettamente le sfere attribuibili rispettivamente a dogmatica e legislazione.

Il problema infatti si pone, per Weber, non solo per le Novelle e le Istituzioni, le quali sono anch'esse per abitudine designate come leggi, ma per tutto il *Corpus iuris*, Codice e Digesto compresi.

Non si tratta però di decisione da lasciare all'arbitrio, piuttosto bisogna prenderla in considerazione sotto un duplice punto di vista: l'opera di Giustiniano è, non a caso, in primo luogo — con-

⁽¹⁰³⁾ A. D. WEBER, *Theorie*, cit., pg. 19.

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibid.*, pg. 31.

tro Thomasius, come si accennava — « ein Gesetzbuch »⁽¹⁰⁵⁾, e nessuna sezione in quanto tale ne può essere aprioristicamente eccettuata. Secondariamente però — e qui si manifesta tutta l'importanza anche per la dogmatica attuale dell'aver concepito e definito l'attività della giurisprudenza romana, al pari di quella moderna, sussumendola sotto il concetto di sistema⁽¹⁰⁶⁾ — un tale ' codice ' *contiene* anche il *sistema* dell'intera giurisprudenza romana così come esso si era andato sedimentando ai tempi dell'imperatore Giustiniano: un sistema costituito da proposizioni ' dogmatiche '.

Un tale sistema è infatti formato « aus *Worterbäuterungen, Definitionen, Eintheilungen, allgemeine Grundsätzen, Kautelen, u. s.w., kurz, ein zum wissenschaftlichen Unterrichte nach damaliger Zeit aptiertes Lehrgebäude, welches sich bald über die Geschichte und den wirklichen Inhalt der positiven Gesetze, bald über die Vorschriften des Naturrechts verbreitet* »⁽¹⁰⁷⁾. In quanto quindi la volontà del legislatore può costituire un criterio solo per le azioni umane esterne, è escluso che le « *dogmatische Sätze* »⁽¹⁰⁸⁾ possano dar luogo, al pari dei *verba dispositiva*⁽¹⁰⁹⁾ ad un vincolo per il cittadino o per l'interprete.

La distinzione così posta tra dogma e legge è di notevole significato non solo perché viene a costituire un decisivo punto di passaggio per tutta la dogmatica pandettistica e la sua autocomprensione⁽¹¹⁰⁾, ma per la profondità stessa del fossato che scava dal punto di vista *ontologico* tra le due forme di manifestazione del diritto.

Non si giunge infatti, nel tardo *Usus modernus*, tramite una tale idea, ad affermare solo il principio, del resto in sé non del

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibid.*, pg. 34.

⁽¹⁰⁶⁾ Inteso certamente qui come sistema esterno, come costruzione dottrinale (*Lehrgebäude*); cfr. M. LOSANO, *Sistema e struttura*, cit., pg. 91, nota 36.

⁽¹⁰⁷⁾ A. D. WEBER, *Theorie*, cit., pg. 34.

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibid.*, pg. 35.

⁽¹⁰⁹⁾ *Ibid.*, pg. 41.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 347, che riscontra la permanenza del mondo di proporre la questione, anche dal punto di vista semantico, in autori come Jhering o Brinz.

tutto ovvio, secondo il quale il legislatore nel modo di formulare e di redigere la legge stessa non deve perdersi a disseminare dovunque definizioni o distinzioni di carattere dottrinale o a fissare e presupporre concetti logici, per poi essere costretto a corredare ogni proposizione di adeguate dimostrazioni⁽¹¹¹⁾; a formulare in sostanza una differenza sotto il profilo del modulo esterno della rappresentazione.

Quello che qui si sostiene è che anche il *contenuto stesso* del lavoro dogmatico è indipendente da quanto il legislatore può prescrivere, e che quest'ultimo non potrebbe, neppure volendolo, rendere vincolanti determinate costruzioni scientifiche assumendole sotto la forma della legge. Estremamente significativo e carico di precorrimenti in proiezione futura si rivela quindi l'aver 'recepito' all'interno di una dottrina 'romanisticamente' orientata alcuni degli spunti thomasiani, respingendo però ad un tempo la tendenziale scissione da Thomasius introdotta fra i concetti di dogmatica e di sistema⁽¹¹²⁾. Se infatti, per seguire ancora il corso dell'argomentazione di Weber, i rescritti e i decreti di un principe territoriale sono stati emanati in circostanze particolari, non si vede perché debbano valere come 'regola' in casi diversi e per periodi diversi: ma lo stesso deve allora sostenersi in presenza di un 'sistema' giurisprudenziale fatto proprio dal legislatore.

Se sia la giurisprudenza romana che l'attuale operano per mezzo del sistema è perché entrambe sono in certo modo 'libere' nell'elaborazione dei loro concetti: il legislatore non può intromettersi nel rapporto storico che deve legare queste libere elaborazioni, con la pretesa di ricondurre l'intera ragione dogmatica « unter dem Gehorsam des römischen System ». Una simile pretesa sopprimerebbe fin dal principio la possibilità stessa per il giurista di perseguire fino alle sue radici, fino al suo senso riposto la ricerca di una collocazione 'prospettica' delle disposizioni romane, eli-

(111) Abbiamo parafrasato nel testo l'opinione di J. S. PÜTTER, *Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie*, Göttingen, 1767, § 121, pg. 69.

(112) Si veda ampiamente sul punto M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 329; cfr. anche C. THOMASIUS, *Naevi*, cit., *praefatio*, III ss., nonché ID., *Summarischer Entwurf*, cit., pg. XI e 63.

minando la ' geografia ' del sistema della giurisprudenza, per sostituirvi una semplice « Erklärung unserer Gesetze »⁽¹¹³⁾.

Non la ' spiegazione ' della legge attuale, del suo astratto presente è il compito del giurista, ma la comprensione, attraverso la « Wissenschaft », di ciò che il legislatore ha « veramente » voluto; questo è il fine da raggiungere: un fine per il quale bisogna servirsi di un'esegesi che abitui a ricollegare gli istituti romani ai concetti che essi stessi erano soliti al loro tempo ricollegarvi. Sistema, esegesi, storia e libertà della (scienza) dogmatica sono ora in un contesto di interna reciproca implicazione. L'esempio più vistoso, a parere di Weber, di questa ingiustificata pretesa di sottoporre la dogmatica, e con essa il cittadino dello Stato, ad una limitazione più forte di quella che sia consentito alla legge fissare, dal momento che essa deve essere intesa come regola che si può dirigere solo alle azioni libere esterne degli uomini — una regola quindi nella quale la volontà deve essere dichiarata in modo che *possa* essere resa obbligatoria⁽¹¹⁴⁾ —, è costituito dalla dottrina sui modi di acquisto della proprietà: « Finché le leggi civili in forma di precetto si limitano a stabilire che un semplice contratto non possa trasferire la proprietà, ma che è a tale scopo necessario che vi si aggiunga la tradizione, sino a quel punto esse ci obbligano senza

(113) Cfr. M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 369. Per Weber si tratta, più che di un *erklären* secondo modelli rigorosamente deduttivi, di rendere ' comprensibile ' (verständlich) il *Corpus iuris* nella sua totalità mediante l'interpretazione storica (*op. cit.*, pg. 37).

(114) Cfr. C. F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. ital., a cura di F. Serafini e P. Cogliolo, lib. I, trad. e annotato da C. Ferrini, Milano, 1888, par. 4, pgg. 40-41: « il legislatore deve quindi aver dichiarato in tal modo la sua volontà che essa possa essere resa obbligatoria per i suoi sudditi. Si deve quindi in ogni legge indagare attentamente se le parole di essa contengano realmente una regola o un precetto obbligatorio per dirigere i liberi atti dei cittadini e siano quindi *verba dispositiva*, o se siano solamente *verba enuntiativa*. È un'osservazione di somma importanza per l'applicazione di leggi forestiere, specialmente romane, ricevute in Germania ».

D'ora in avanti, ove non altrimenti indicato, si farà riferimento alla traduzione del Ferrini, dalla quale ci discosteremo soltanto ove ci sembrasse non restituire adeguatamente l'originale; utilizzando in tal caso C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Ein Commentar*, Erster Teil, Erlagen, 1797².

dar luogo a questione alcuna. Ma quando l'Imperatore ci vuole dar lezioni ('*unterrichten*') ed insegnare che cosa sia da considerare di diritto naturale nell'ambito di questa dottrina, e noi non riteniamo la sua teoria⁽¹¹⁵⁾ fondata, quando ci viene ad enumerare diversi modi d'acquisto naturali, che tuttavia sono da ascrivere esclusivamente al diritto civile positivo; dovremmo forse essere tenuti a far nostre queste inadeguate costruzioni dottrinali ("Lehrgebäude")? »⁽¹¹⁶⁾. In realtà si tratta di riconoscere apertamente che qui siamo di fronte solo ad una forma di autoriflessione dei giuristi romani, semplicemente ad una loro 'teoria' su che cosa sia diritto naturale. Ma una simile teoria non può costringere la nostra ragione ad un indebito ossequio verso il sistema giuridico romano « dacché una sana ragione non può scorgere alcun motivo per cui non debba bastare, per trasmettere ad altri la proprietà, la dichiarazione dell'antico proprietario; la necessità che a ciò si debba aggiungere la *traditio* dipende unicamente da una disposizione di diritto civile; e conseguentemente la tradizione in sé considerata non è altro che un vero *modus acquirendi civilis* »⁽¹¹⁷⁾.

Molto rilevante appare a questo punto anche la consapevolezza che accompagna le surriportate considerazioni e che vale come accenno ad un futuro assai prossimo. Weber dichiara infatti di non temere l'obiezione, che potrebbe essere avanzata, volta a sostenere come un 'manuale' o un testo dottrinale riguardante la giurisprudenza civile non abbia ad occuparsi di diritto naturale: quello che con questa separazione di legge e dogma, e con questa particolare concezione del *Corpus iuris*, si vuole evitare è proprio che per una malintesa devozione verso il diritto romano, non corroborata dallo studio diretto delle fonti, venga ad essere acritica-

(115) La correlazione del concetto di teoria con quello di dogma era pure corrente nell'ambito dell'orizzonte dello scetticismo giuridico thomasiiano (cfr. M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 327), ed aveva come sua rilevante conseguenza implicita la tentazione, di fronte alle difficoltà di rendere certa la *iuris adplicatio*, di attribuire appunto sicurezza e scientificità alla dogmatica mediante l'eliminazione di quest'ultimo aspetto, stabilendo quindi una tendenziale identificazione di quei due termini. Cfr. C. THOMASIIUS, *Delineatio*, cit., pg. 387 (n. 186).

(116) A. D. WEBER, *Theorie*, cit., pg. 36.

(117) *Ibid.*, pg. 37.

mente recepito all'interno del diritto civile come 'vero' un diritto naturale presente solo in quella autointerpretazione non vincolante. Ad una simile responsabilità di carattere 'esegetico' non può sfuggire neppure chi, con il dichiarato favore dell'autore, si dedichi ormai, piuttosto che all'abituale 'Lehrart', ad uno studio che si limita « auf die ungemischte römische Jurisprudenz »⁽¹¹⁸⁾.

L'opinione di Weber, che, come abbiamo avuto modo di poter constatare, si riannodava, assai probabilmente per il tramite di una diretta mediazione di Justus Henning Boehmer⁽¹¹⁹⁾, ad una significativa tradizione⁽¹²⁰⁾, conduceva in sostanza alla formula con la quale Glück — non a caso anch'egli proveniente dalla 'scuola' di Halle⁽¹²¹⁾ — nel suo famoso Commentario alla Pandette iniziato nel 1790, ne determinava l'integrale adozione⁽¹²²⁾, elevandola al rango di opinione consolidata: « Lex differt a dogmate »⁽¹²³⁾. Che non si trattasse di una formula e di una evoluzione esclusivamente 'tecnica', ma di uno svolgimento a sfondo anche 'politico', ci pare emerso con chiarezza nel corso dell'esposizione.

⁽¹¹⁸⁾ *Ibid.*, pg. 38.

⁽¹¹⁹⁾ Il rapporto con Böhmer a questo proposito è una costante lungo tutto il corso dell'analisi di Weber; cfr. ancora, ad esempio, *ibidem*, pgg. 44-45, laddove viene utilizzata la distinzione fra *verba relativa* e *dispositiva* per togliere vigore di legge ad un passo di Giuliano in tema di *pactum de non praestanda evictione* (D. 19, 1, 18), troppo sfavorevole al venditore: un esempio di 'purificazione' del diritto romano in favore dell'incipiente coscienza 'borghese' dei rapporti giuridici.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. J. A. HELLFELD, *Iurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem in usum auditorii proposita*, Jenae, 1771³, lib. I, § 4, nota 1, pg. 2: « dum lex a superiore praescribitur, illa differt a consilio, dogmate, pacto »; citato secondo M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 345 e cfr. *ibid.*, pg. 346, nota 3.

⁽¹²¹⁾ Cfr. sul punto TARANOWSKY, *Leibniz und die sogenannte äussere Rechtsgeschichte*, in ZSS. (GA), XXVII (1906), pg. 203 ss.

⁽¹²²⁾ C. F. GLÜCK, *Commentario*, cit., Lib. I, tit. 1, § 4, pg. 41 ss.; si tratta in realtà in molti punti — ad esempio nel caso relativo ai modi di acquisto della proprietà — di una trascrizione letterale del discorso di Weber: lo si può agevolmente constatare anche nel caso della piena recezione delle « regole », dei criteri dell'attualità del diritto romano, quali erano scaturiti dal dibattito tra Weber e Schott. Cfr. *ibid.*, lib. I, tit. II, §§ 56-61, pgg. 290-301.

⁽¹²³⁾ *Ibid.*, pg. 43.

Vale però forse la pena di aggiungere ancora qualche considerazione.

Glück aveva infatti, immediatamente prima di dedicarsi alla dettagliata riproduzione e disamina della tesi di Weber, così condensato il problema: « Una legge nel senso stretto ora indicato [ad esclusione cioè, thomasianamente, delle leggi canoniche] ⁽¹²⁴⁾, contiene la volontà di un sovrano; si distingue perciò la legge da un puro patto, in cui l'obbligazione all'adempimento risulta dall'avvenuta accettazione della promessa » ⁽¹²⁵⁾. Se quindi la successione *lex differt a pacto* e *lex differt a dogmate* viene per un momento, come crediamo lecito, trattata, in conformità al senso che si evince dalla comparazione di tutti questi testi, come un'equivalenza ⁽¹²⁶⁾, ci troviamo allora di fronte ad un'affinità tra i concetti di patto e di dogma. Ad entrambi viene attribuito l'elemento caratterizzante della 'libertà'. Assistiamo così anche verbalmente ad una visualizzazione del campo che d'ora in poi dovrà competere in misura sempre crescente alla dogmatica e alla scienza giuridica in generale: una funzione di consolidamento e stabilizzazione della sfera privata.

Tuttavia, in questa ottica, un altro rilievo viene a porsi lentamente sempre più a fuoco: l'accettazione di quel filone di pensiero, che per brevità denominiamo thomasiano — a parziale conferma in ultima analisi anche della sua non decisiva 'inimicizia' per il diritto romano —, non comporta un atteggiamento negativo verso il diritto romano, tutt'altro. Comporta semmai la ripresa in questo nuovo contesto dell'esigenza di separare più che sinora non fosse stato fatto il diritto romano dal germanico.

⁽¹²⁴⁾ *Ibid.*, pg. 39.

⁽¹²⁵⁾ *Ibid.*, pg. 40; cfr. anche A. D. WEBER, *Systematische Entwicklung*, cit., pg. 7.

⁽¹²⁶⁾ Il problema della identità e delle differenze fra i tre concetti di *pactum*, *imperium* e *consilium* è esplicitamente proposto da Thomasius (*Fundamenta*, cit., lib. I, cap. IV, §§ XCII-XCIX, pgg. 141-143: egli mantiene ferme contro Hobbes le distinzioni (« *consilium magis intendit obligationem internam, pactum magis externam* »), ma da un'attenta analisi segue che in definitiva è il criterio della *paritas* quello che separa più nettamente il patto dall'*imperium*: « *differt pactum ab imperio, quod imperium sit inter impares, pactum inter pares, vel certe non consideratos ut impares* » (pg. 142).

E, ancor più, se i « Lehrsätze » e i « Begriffe » contenuti nel *Corpus iuris* e concernenti gli istituti giuridici (*juristische Geschäfte*) non obbligano in qualità di *leges*, tuttavia, qualora essi vengano riconosciuti, ciò non ostante, esatti, « so *müssen wir dieselben doch mit ihren wesentlichen Folgen als wahr und gegründete anerkennen* »⁽¹²⁷⁾. Così è, per esempio, innegabile che la denominazione di una cosa, data la diversità delle situazioni, attualmente debba subire ampliamenti o restrizioni; ma che da una simile necessità debba allo stesso tempo derivare la conseguenza che i concetti giuridici romani vengano, proprio per questo, in se stessi dichiarati inesatti, è conclusione assolutamente da respingere⁽¹²⁸⁾.

La stessa disputa sul problema se nel diritto attuale sia possibile affermare l'esistenza di una *servitus realis in faciendo*, poggia su molti di questi fraintendimenti ed errori. Se il concetto che nel diritto romano sta alla base della definizione di servitù è esatto, e quindi è la sostanza stessa di un fondo altrui che deve propriamente 'servire', essere di utilità ad un altro soggetto; allora è per sempre esclusa a priori la possibilità logica di postulare una servitù *in faciendo*. Ma se pure qualcuno volesse utilizzare il concetto romano di servitù per designare istituti che sono connessi invece con realtà feudali⁽¹²⁹⁾, questi *iura feudalia* resterebbero in

⁽¹²⁷⁾ A. D. WEBER, *Theorie*, cit., pg. 39; cfr. C. F. GLÜCK, *Commentario*, cit., lib. I, tit. II, § 57, pg. 297.

⁽¹²⁸⁾ A. D. WEBER, *loc. ult. cit.*

⁽¹²⁹⁾ *Ibid.*, pg. 40.

Weber adduce l'esempio dei mulini 'feudali' (*Zwangmühle*), di cui i vassalli e subordinati sono obbligati a servirsi: un esempio assai caratteristico per una realtà come quella tedesca ancora largamente legata a rapporti agrari a carattere signorile e al predominio dei ceti della nobiltà terriera; cfr. sul punto A. J. MAYER, *Il potere dell'Ancien Régime*, cit., pgg. 17-21 e ancora C. DIPPER, *Die soziale Verteilung des Grundbesitzes in Deutschland am Ende des Ancien Régime*, in *Annali dell'Istituto Storico italo-germanico di Trento*, V (1979), pgg. 507-516, 515. Sul particolare regime dell'istituto in questione si veda J. F. RUNDE, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, Göttingen, 1829, 1. Buch, II Abschnitt, § 281, pg. 268 ss.

Si comprende quindi come la riaffermazione di questo principio assunse — ci sarà dato di osservarlo più oltre nel caso di Zachariae; ancora quindi, sotto il punto di vista delle logiche argomentative a connotazione deduttivistica o a sfondo kantiano — carattere di notevole frequenza proprio in un'ottica antifeudale.

ogni modo sottratti ' in essenza ' al concetto romano e da esso del tutto differenti: tutt'al più potrebbe parlarsi di *aequivoca*, ma non di sotto-tipi di quel concetto.

La proposizione « *servitus in faciendo consistere nequit* » rimane però ancora oggi di una esattezza indubitabile e « coloro che hanno finora creduto di insegnare secondo il diritto tedesco il contrario, non hanno potuto far altro che dimostrare, al massimo, la sussistenza di *onera* che consistano *in faciendo*, e che sono denominati dai germanisti anche servitù, ma che in realtà non hanno proprio nulla a che fare con queste ultime » (130).

Il fatto che si sia tentato di sottoporre le proposizioni dogmatiche ed i principii fondamentali stessi del diritto romano a variazioni ed *eccezioni* dimostra solo che il cosiddetto germanista non è in grado di distinguere tra semplici equivocazioni è vere ' *species* ' (131). Se quindi il campo della dogmatica romanistica viene da un lato consolidato e delimitato rispetto alle ' *pretese* ' del legislatore, ora possiamo comprendere come quella ' *autonomizzazione* ' della dogmatica si manifesti specularmente anche ad una sempre più forte tendenza ' *confirmatoria* ' rispetto alla ' *vera* ' giuridicità dei concetti e delle costruzioni concettuali romanistiche, proprio in quanto non corrispondenti a realtà feudali, che non è scientificamente lecito neppure presentare come ' *eccezioni* ' a quella regola.

L'individuazione nel *Corpus iuris* accanto ai *verba dispositiva* di *verba relativa* (132) spinge così, in definitiva, pur essendosi prese le mosse dal concetto di legge come volontà del « *Regent* » (133), in direzione del riconoscimento di un primato romanistico, favo-

(130) *Ibid.*, pg. 42.

(131) *Ibid.*; risulta chiaro da questo contesto come il patrimonio logico romanistico e la sua « superiorità » non venga più ad incarnare un vanto ' puramente ' culturale: « ... solche Dinge, z. B. sogenannten Zwangmühle, worüber selbst der Hefen des Römischen plebis würde gelacht haben wenn sie Jemand zu den Servituten gezählet hätte » (pg. 40).

(132) *Ibid.*, pg. 41 e *passim*; cfr. C. F. GLÜCK, *Commentario*, cit., pg. 41 ss.

(133) C. F. GLÜCK, *Commentario*, cit., pg. 39: « Il precetto del reggente secondo il quale i suoi sudditi sono interamente obbligati ad indifferenza i loro atti liberi »; vedi anche *ibid.*, lib. I, tit. I, § 24, pg. 124 ss.

rito anche dalla nuova consapevolezza esegetica secondo la quale nei passi delle Pandette si deve ormai accuratamente distinguere dall'elemento normativo quanto di circostanze storiche, di vere e proprie trattazioni storiche vi venga accompagnato, anche sotto forma di collegamenti con la dottrina anteriore e di introduzione di testi più antichi⁽¹³⁴⁾. Una tale distinzione tra discorso 'decisorio' e discorso più propriamente 'storico-dottrinale', al fine di giungere ad una 'conciliazione' storica⁽¹³⁵⁾ tra quelle due specie di proposizioni, e altresì tra proposizioni storiche e proposizioni dogmatiche, costituirà uno dei più efficaci strumenti in vista della costruzione 'concettuale' del sistema⁽¹³⁶⁾.

⁽¹³⁴⁾ A. D. WEBER, *Theorie*, cit., pg. 42.

⁽¹³⁵⁾ C. F. GLÜCK, *Commentario*, cit., pgg. 43-44: « Inoltre noi dobbiamo tenere ben distinte dalla disposizione legislativa, le circostanze storiche, che spesso vengono addotte in un testo, e la *ratio legis*, che talvolta viene pure esposta, le opinioni dei giureconsulti che sono state con la legge decise e che qua e là vengono ricordate e insomma tutte le simili *propositiones assertivae*, le quali mostrano solamente come sia l'una o l'altra cosa, ma che non contengono un precetto legale ... solevano [infatti] i legislatori romani connettere alla sanzione legislativa la storia della legislazione ... ». Cfr. anche *ibid.*, § 27 ss., pg. 160 ss.

⁽¹³⁶⁾ C. F. von SAVIGNY, *System*, cit., Bd. 1, pgg. 66-75, pg. 206 ss. (trad. it., pg. 89 ss. e 215 ss.); cfr. anche E. FORSTHOFF, *Zur Rechtsfindungslehre im 19. Jahrhundert*, in *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, XCVI (1936), pg. 49 ss.



CAPITOLO SECONDO
LA 'SCIENZA' DEL DIRITTO ROMANO

1. Dibattiti per una 'sistemologia'. — 2. Per una scienza 'pura' del diritto: diritto romano e diritto privato generale.

1. L'operazione di costituzione di un nesso tra spunti thomasiiani e dogmatica romanistica, portata a termine nel tardo *usus modernus*, doveva rimanere una acquisizione duratura anche e specificamente sotto il profilo di un'accentuazione dell'elemento 'storico' nell'analisi del diritto⁽¹⁾. Indubbiamente, tuttavia, la rescissione, non ancora chiaramente compiuta, dei legami con le tradizionali categorie come quelle della 'felicità' o della 'utilità' (« Nützlichkeit ») aveva conseguenze precise sul modo stesso di rappresentarsi la funzione delle singole discipline.

La gerarchizzazione delle 'scienze' viene condotta sulla falsariga dei loro scopi 'esterni', cosicché per Thomasius, ad esempio, era possibile riconoscere alla filosofia un ruolo puramente strumentale e ristabilire pertanto la preminenza delle cosiddette facoltà 'superiori': medicina, in quanto rivolta alla conservazione della salute, e teologia e giurisprudenza, poiché rispettivamente finalizzate al conseguimento della 'felicità' eterna e temporale⁽²⁾.

Il rango di una disciplina rimane, cioè, condizionato per tutto il secolo XVIII — non a caso fino a quegli anni '90 che abbiamo già visto essere determinanti di una svolta in senso 'borghese' proprio della dottrina degli scopi dello Stato —, e largamente

(1) Cfr. N. HAMMERSTEIN, *Ius und Historie*, cit., pg. 309 ss.

(2) C. THOMASIIUS, *Institutiones*, cit., lib. I, cap. I, §§ 164-171, pg. 29 ss.; cfr. J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 142 nota 50.

connesso alla sua utilizzabilità 'pratica'; indipendente perciò dal grado della sua scientificità. Con l'estensione delle nozioni di « praktisch », anche nella sua evoluzione verso una nuova dimensione « pragmatica », tocchiamo certamente un nodo fondamentale, che ci accompagnerà lungo gran parte del nostro percorso. Questa estensione verrà altresì a caratterizzare il nuovo ruolo che il giurista 'diplomato' dovrà venire ad occupare in quanto 'servitore' dello Stato⁽³⁾, e a fornirci più di una indicazione sulla effettiva funzione svolta dal metodo 'dimostrativo' nel processo di scientificizzazione e sistematizzazione del diritto.

Qui ci preme però solo osservare come fin sul finire del secolo, nonostante quei rilevanti processi di modificazione che abbiamo visto all'opera, ancor non si fosse potuti giungere a connettere 'espressamente' la trattazione odierna del diritto romano con il problema della sua scientificità: a pochi anni di distanza dal saggio di Weber, nel 1795 noi troviamo questa esigenza posta invece in chiara luce da uno dei più rigorosi giuristi kantiani della sua epoca, Carlo Salomo Zachariae⁽⁴⁾, assai più noto per la sua

(3) Si veda H. MOHNHAUPT, *La discussion sur « Theoria et Praxis » aux XVIIème et XVIIIème siècles en Allemagne*, in *Confluences des Droits Savants et des Pratiques Juridiques - Actes du Colloque de Montpellier (12-14 decembre 1977)*, Milano, 1979, pg. 294.

(4) Nato nel 1769 a Meissen, fu kantiano di stretta osservanza, assai vicino a Schmalz e a Gros, specialmente nel periodo wittenbergese, ma legato anche ad Hugo; dal 1807, su proposta di Thibaut, diviene professore ad Heidelberg. La morte lo colse nel 1843.

A parte la sua tarda e più nota attività come *Staatsrechtler* (cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und Gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des Staatrechtlichen Positivismus*, Berlin, 1957, pg. 112 ss.), particolare rilievo acquistano oltre alle opere espressamente citate alle note successive, alcuni lavori a carattere teorico e privatistico: gli *Anfangsgründe des philosophischen PrivatRechts nebst einer Einleitung in die philosophische Rechtswissenschaft überhaupt*, Leipzig, 1804 e la *Wissenschaft der Gesetzgebung als Einleitung zu einem allgemeinen GesetzBuche*, Leipzig, 1806.

Per ulteriori informazioni biografiche cfr. E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Ab. 3, Halbband 2, *Testo*, pgg. 100-110; *Note* pgg. 52-58. Da ultimo su di lui H.U. STÜHLER, *Die Diskussion*, cit., pgg. 151-160, che tuttavia non analizza lo scritto sul diritto romano che qui più da vicino ci interessa.

attività di elaborazione sistematica del diritto civile francese ⁽⁵⁾, ma autore comunque che troveremo ancora tra le fonti rispetto alle quali Savigny riterrà opportuno prendere posizione nel 'sistema', a proposito della dottrina 'ermeneutica' ⁽⁶⁾.

Il lavoro dello Zachariae si intitola infatti significativamente « Sulla trattazione scientifica del diritto privato romano » ⁽⁷⁾. Per comprendere in quale clima prenda corpo una simile rivendicazione della scientificità del diritto romano — ci sia per il momento consentita questa affermazione, anche se il titolo fa pensare, di primo acchito, solo ad una 'scientificizzazione' del modo di trattare il materiale giuridico — sarà bene ricordare che per la prima volta negli anni '90, già precedentemente al mutare della concezione dei rapporti tra le varie facoltà ⁽⁸⁾, iniziano a manifestarsi tentativi di fondazione ormai autonoma per una nuova disciplina, la 'teoria della scienza' ⁽⁹⁾. Non può essere un caso se la prima opera specificamente dedicata ad un tale nuovo modo di porsi di fronte al problema, e ascrivibile al settore della giurisprudenza,

⁽⁵⁾ K. S. ZACHARIAE, *Handbuch des französischen Civilrechts*, Heidelberg, 1808, Band 1. e 2., nei quali applicò le concezioni sistematiche già sviluppate nel 1804, e che era destinato ad enorme successo nella stessa Francia; rielaborazioni e nuove edizioni si susseguirono fino alle soglie del XX secolo.

Sull'importanza sistematica di questa opera ha richiamato l'attenzione brevemente R. ORESTANO, *Sulla didattica giuridica in Italia tra il XIX e il XX secolo*, in Id., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, cit., pg. 277.

⁽⁶⁾ Cfr. F. C. von SAVIGNY, *System*, cit., Band 1., pg. 210 (trad. it., pg. 219); si tratta di K. S. ZACHARIAE, *Versuch einer allgemeinen Hermeneutik des Rechts*, Meissen, 1805.

⁽⁷⁾ K. S. ZACHARIAE, *Ueber die wissenschaftliche Behandlung des Römischen Privatrechts*, Wittenberg, 1795. Ancora R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, cit., pg. 102 aveva accennato al ruolo di questa testo nell'ambito della letteratura sistematica del tardo Settecento, senza peraltro sottoporlo a specifica indagine.

⁽⁸⁾ Cfr. U. BAKE, *Die Entstehung des dualistischen Systems der Juristenausbildung in Preussen*, Diss. Jur., Kiel, 1971, pg. 72 ss.

⁽⁹⁾ J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 147 e cfr. A. DIEMER, *Das Entstehen neuer Wissenschaften*, in *Berichte zur Wissenschaftsgeschichte*, I (1978), Heft 3-4, pg. 175 ss.

sia stata edita, da quel Gottlieb Hufeland che già abbiamo incontrato⁽¹⁰⁾, proprio ad Jena, nella città cioè che era divenuta la roccaforte del pensiero filosofico kantiano.

Non sarà quindi inutile ripercorrere brevemente, ed esclusivamente ai nostri fini, l'itinerario kantiano del quale questi giuristi, in una variegata corallità, si faranno portavoci, per poter meglio situare le loro utilizzazioni del kantismo in relazione al tema del diritto romano.

Per Kant il problema della 'scientificità' (e si tratta qui, in primo luogo, della scientificità delle 'scienze' naturali) si articola secondo una scala di gradazioni, un'itinerario che prende l'avvio da una scienza (impropria, « *uneigentliche Wissenschaft* ») 'sistemica', passando attraverso una scienza sistematica « razionale », per concludersi con la scienza « vera e propria ».

Come si vede, in realtà, per Kant dire scientificità vuol dire parlare di rapporto con il sistema. « Ogni dottrina (« *Lehre* »), quando essa deve essere un sistema, cioè un tutto (« *ein Ganze* ») ordinato secondo principii, si chiama scienza »; in tal senso « quel tutto della conoscenza, che è sistematico (« *was systematisch ist...* ») già per questo solo fatto si può chiamare scientifico »⁽¹¹⁾. Nell'affermare queste proposizioni Kant, pur sotto molti profili ancora debitore della tradizione wolfiana⁽¹²⁾, accenna però a modificare

⁽¹⁰⁾ Si tratta di G. HUFELAND, *Abriss der Wissenschaftskunde*, cit.; ancora a Jena apparve J. T. F. SCHNAUBERT, *Lehrbuch der Wissenschaftslehre des Rechts*, Jena, 1819.

⁽¹¹⁾ I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft* (1786), in *Akademie Ausgabe*, cit., Bd. 4, pg. 467 ss. (*Vorrede*; d'ora in poi MA).

⁽¹²⁾ Cfr. O. RITSCHL, *System und Systematische Methode*, cit., col. 69 con precisi riferimenti al testo di cui ci occupiamo.

È tuttavia da notare che, come risulta dal carteggio di Kant con Lambert, già l'anno successivo alla pubblicazione della *Untersuchung über die Deutlichkeit der Grundsätze der natürlichen Theologie und der Moral* (1764), il filosofo di Königsberg progettava un piano di lavoro che doveva sfociare nei MA; il contenuto di quel lavoro fu con qualche variazione poi integrato nella dottrina del metodo trascendentale e rivestì una notevole importanza per la comprensione stessa della *Vorrede*; cfr. P. PLAAS, *Kants Theorie der Naturwissenschaft. Eine Untersuchung zur Vorrede von Kants*

l'equiparazione, precedentemente abituale⁽¹³⁾, tra « costruzione dottrinale » (« Lehrgebäude »)⁽¹⁴⁾ e *systema*, laddove il primo termine veniva a designare « una quantità di proposizioni dogmatiche connesse tra loro »⁽¹⁵⁾. Esprimendoci in altre parole, nel primo caso siamo di fronte ad un insieme di conoscenze che ha per oggetto la natura *generale* della cosa, in contrapposizione invece alla verità storica che ha per *terminus ad quem* degli *actualia quae sunt objecta sensuum*; oggetto della prima sono pertanto non cose singole, ma le loro (*allgemeine*) qualità, oggetto della storia (« Historie ») sono invece proprio le cose singolari, in quanto tali. Ma 'storico' può essere impiegato a definire anche un modo di 'rappresentare' una conoscenza e non esclusivamente la conoscenza in se stessa o nei suoi oggetti⁽¹⁶⁾: si può dare una forma storica di rappresentazione dei dati dogmatici se la forma in sé non è « razionale » — dogmatico viene qui quindi identificato con razionale —, cioè se io non deduco, attraverso conoscenze generali, da fondamenti (« Gründe »)⁽¹⁷⁾, se io non 'dimostro'.

In tal modo diventa chiaro perché la visione tradizionale nel tardo Settecento di sistema come equivalente di 'costruzione dottrinale' non regge più: esistono anche altri sistemi che non sono composti da proposizioni dogmatiche; tutti i sistemi delle conoscenze sono infatti o razionali o storici⁽¹⁸⁾.

« *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft* », Göttingen, 1965, pg. 15, nota 1.

Questo dato non meriterebbe forse di essere ricordato in una ricerca storico-giuridica se non fosse per il fatto che quel saggio del 1764, al quale lo stesso Hugo si richiamerà, contiene le premesse per una critica assai radicale del Wolfismo sia sotto il profilo metodico che sotto l'aspetto di un netto rifiuto del concetto stesso di obbligazione dal Wolff fatto proprio; cfr. su ciò *infra*, parte II, volume secondo.

⁽¹³⁾ Come avremo in più occasioni modo di sottolineare.

⁽¹⁴⁾ Cfr. il passo di Weber citato *supra*, pg. 133.

⁽¹⁵⁾ Cfr. I. KANT, *Vorlesungen über Logik*, hrsg. von G. C. LEHMANN, in *Akademie Ausgabe*, cit., Bd. 24, pgg. 398-399 e vedi M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 351.

⁽¹⁶⁾ Su quanto segue confronta A. SEIFERT, *Cognitio historica*, cit., pg. 179 ss., e specialmente M. HERBERGER, *op. cit.*, pg. 349.

⁽¹⁷⁾ I. KANT, *loc. ult. cit.*, pg. 296 ss.

⁽¹⁸⁾ Cfr. *supra* nota 15 e vedi A. SEIFERT, *loc. ult. cit.*, pg. 186 ss.

Kant non trae certamente da questo punto di partenza tutte le conseguenze che ne sarebbe stato possibile trarre. La questione, da lungo tempo assai contestata⁽¹⁹⁾, se fosse, cioè, possibile elaborare ed esporre « historische data » in forma ‘ dogmatica ’; se sia, in altre parole, possibile che stati di fatto individuali si rivelino suscettibili di una prova stringente da fondamenti (generalì), non ottiene una risposta chiara da parte di Kant. Perciò nella graduazione delle ‘ scientificità ’ la « historische Naturlehre », che non contiene altro che fatti riguardanti le cose della natura ordinati sistematicamente (e quindi ‘ storia ’ naturale con una rappresentazione sistematica di essa ‘ secondo luoghi e tempi diversi ’ e ‘ descrizione ’ della natura come un sistema di classi — « Klassen-system » — formato da quegli stessi fatti distribuiti secondo simiglianze) vale solo come primo stadio: essa è ‘ soltanto ’ scienza sistematica⁽²⁰⁾.

Ad essa — in quanto scienza storico-sistematica, storico-dogmatica — si contrappone il secondo stadio della ‘ scientificità ’ che si realizza in una ‘ scienza razionale ’. Quest’ultima è caratterizzata da un collegamento delle conoscenze che viene in tal caso a formare un sistema di connessioni tra fondamenti e conseguenze, basato pertanto sulla dimostrazione causale.

In questo senso Kant non si allontana decisamente dall’uso linguistico della scuola leibniziano-wolfiana (*scientia obiective spectata* per designare una disciplina ‘ dimostrata ’)⁽²¹⁾. Il punto nel quale egli apre nuove possibilità è però chiaro: la dissoluzione, o perlomeno la messa in questione, dello stretto legame, per non dire

⁽¹⁹⁾ Si veda sul tema il rapporto epistolare intervenuto tra Leibniz e Conring tra il gennaio ed il febbraio del 1678 in G. W. LEIBNIZ, *Sämtliche Schriften und Briefe*, hrsg. von der Preussische (più tardi: Deutschen) Akademie der Wissenschaften zu Berlin, Reihe I-VI, Berlin, 1923 ss.; Reihe II, Bd. 1, pg. 385 ss. (d’ora in poi abbreviato con *Akademie Ausgabe* seguito dall’indicazione della sezione in numeri romani e dal numero del volume.

⁽²⁰⁾ Cfr. P. PLAAS, *Kants Theorie*, pgg. 39-40; J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 148.

⁽²¹⁾ Cfr. A. G. BAUMGARTEN, *Acroasis logica in Christian L. B. de Wolff*, Halae Magdeburgicae 1761, Neudruck Hildesheim-New York, 1973, pg. 205. Su Baumgarten e i suoi rapporti con Wolff e Kant, cfr. M. CASULA, *La metafisica di A. G. Baumgarten*, Milano, 1975, spec. pg. 91 ss.

della sinonimia, tra dogmatico e sistematico; portando a logiche conseguenze la costruzione kantiana, potrebbe parlarsi quindi di un sistema che organizzi conoscenze 'storiche'. Indubbiamente però una dottrina scientifico-storica del tipo prospettato da Kant non avrebbe escluso dal suo campo d'indagine neppure circostanze 'contemporanee', non si sarebbe quindi rivelata necessariamente limitata e 'confinata' nel passato.

Ma si apriva in tal modo, tuttavia, un importante varco ad una considerazione evolutivo-storica che fosse incline a riporre il baricentro della sua attenzione sul passato, sottraendo così — attraverso la postulata sistematizzabilità del dato puramente storico — il pensiero 'storico' alla posizione nettamente subordinata che gli compete in qualità di semplice stadio preparatorio — per la semplice raccolta dei più disparati materiali — nei confronti della dogmatica.

Il momento di novità di questa concettualizzazione è quindi costituito — è bene sottolinearlo ancora una volta — dall'affermazione che possano esistere sistemi *non* composti da proposizioni dogmatiche: questa affermazione implica cioè una estensione e allo stesso stesso una « pluralizzazione » del concetto di sistema, che non può più esser fatto coincidere soltanto con concetti come *Lehrgebäude* od ordinamento di conoscenze per la didattica.

Queste acquisizioni derivano a Kant da un autore che nella storia stessa della riflessione sull'idea di sistema riveste una posizione del tutto particolare: Johann Heinrich Lambert, studioso di logica e autore di vari frammenti sull'argomento specifico — dai sintomatici titoli di 'sistemologia' e di 'teoria del sistema' ⁽²²⁾ —, che sono estremamente significativi per comprendere

(22) Su Lambert (1728-1777) cfr. R. CIAFARDONE, *Prefazione* a J. H. LAMBERT, *Neues Organon* (1764), trad. it., Roma-Bari, 1977, pgg. V-XVI.

I frammenti cui si accennava nel testo furono pubblicati postumi in J. H. LAMBERT, *Logische und Philosophische Abhandlungen* (hrsg. von J. Bernoulli), Bd. 1: Berlin-Dessau 1782: *Theorie des Systems*, pg. 510 ss.; Bd. 2, Berlin-Leipzig 1787: *Fragment einer Systematologie*, pg. 385 ss.

Noi li citeremo secondo la riproduzione fattane in A. DIEMER, hrsg., *System und Klassifikation in Wissenschaft und Dokumentation*, (Studien zur

il rinnovamento della prospettiva implicito nelle prese di posizione 'kantiane' (di Kant e dei giuristi che a lui si richiamano), ma anche per inquadrare esattamente il momento in cui Kant sembra in certa misura ritornare quasi sui suoi passi — proprio nel punto che concerne la scienza intesa in senso 'proprio' (*eigentliche Wissenschaft*) — a concezioni di tipo wolfiano, prendendo quindi le distanze dalla elaborazione di Lambert, sin lì fatta propria.

Lambert non a caso procede da un concetto di sistema estremamente ampio che subito esclude la sua sinonimia con la costruzione dottrinale realizzata a fini didattici: « Il concetto di sistema appartiene a quelli che sono allo stesso tempo molto generali e molto complessi (*zusammengesetzt*). Si può facilmente vedere che qui sotto la nozione di sistema non intendo semplicemente una struttura dottrinale (*Lehrgebäude*), ma al contrario il concetto (*Begriff*) nella piena e completa estensione, che ha a poco a poco ottenuto.

Considerato sotto questa luce, non si può dire che manchi molto a che una qualsiasi totalità in genere (*überhaupt jedes Ganze*)⁽²³⁾ debba poter essere denominata sistema. Poiché se vi sono totalità che non vengono denominate sistemi, questo accade o perché non le si conosce ancora esattamente, o perché esse sono troppo semplici per costituire un sistema, o perché consistono solo di un unico elemento, o sono troppo omogenee, o perché infine possono essere considerate solo come parti di un sistema »⁽²⁴⁾.

Non sussiste più, come prima, solo un *Systema veri nominis*, un sistema vero che sia conformato ad imitazione della realtà, ma siamo di fronte ad un concetto che può essere applicato a tutte le scienze ed anche ad ogni molteplicità di oggetti: è inoltre un concetto che accentua la presenza di un fondamento necessario (*eine*

Wissenschaftstheorie. Bd. 2), Meisenheim am Glan, 1968, pg. 161 ss., riportando tra parentesi la paginatura originale.

Di questi frammenti si sono occupati, sotto un altro angolo visuale, O. RITSCHL, *System und Systematische Methode*, cit., col. 63 ss. e M. LOSANO, *Sistema e struttura*, cit., pg. 73 ss.

⁽²³⁾ Sottolineatura dell'autore.

⁽²⁴⁾ J. H. LAMBERT, *Fragment einer Systematologie*, cit., pg. 165 (386): cfr. per una moderna impostazione, per più versi simile. L. von BERTALANFFY, *Teoria generale dei sistemi*, trad. it., Milano 1983, pg. 25 ss.

Art von Grundlage, worauf das System beruht oder sich gründet) ⁽²⁵⁾ e rimane quindi aperto anche ad una sua utilizzazione in relazione al sistema naturale (obiettivo) ⁽²⁶⁾.

Se ci sono infatti diversi sistemi è possibile parlare di sistema nel senso di organismo ⁽²⁷⁾: di più, tra questi sistemi al plurale si può suddividere un sistema scientifico (nel senso delle scienze naturali), un sistema estetico, ed un sistema « storico » ⁽²⁸⁾.

Il problema, che si presentava anche a Kant, di dover ammettere una pluralità di sistemi e quindi di poter postulare persino l'elaborazione sistematica e la stessa intima sistematicità del dato storico era da Lambert risolto senza incertezze ed in modo ampiamente affermativo.

Kant si pone, come abbiamo visto, su questa via, ed il suo concetto risponde quasi per intero alla elaborazione fornita nella « Sistemologia », tuttavia con una limitazione significativa; al di là della scienza razionale, dimostrata sulla base delle relazioni fra *rationes* e conseguenze, infatti, può assurgere alla dignità di « eigentliche Wissenschaft », di scienza nel vero senso della parola soltanto quella scienza nella quale la certezza dei fondamenti e dei principi acquisti forza apodittica, le cui proposizioni rechino con sé la consapevolezza della loro necessità: la chimica è certamente una scienza sistematico-razionale, ma non 'vera e propria' perché i suoi principii sono in ultima analisi semplicemente empirici ⁽²⁹⁾.

Per Kant quindi quel concetto, che egli mutua da Lambert, preso in senso stretto poteva acquisire validità unicamente per una scienza metafisica ⁽³⁰⁾.

Come avremo meglio occasione di precisare allorché verremo a trattare espressamente della concezione da Wolff posta alla base della sua raffigurazione di sistema — e particolarmente in relazione al tentativo di formalizzare la scienza giuridica attribuendole lo statuto di disciplina « more geometrico demonstrata » — la posi-

⁽²⁵⁾ Cfr. O. RITSCHL, *System und Systematische Methode*, cit., col. 56.

⁽²⁶⁾ A von STEIN, *Der Systembegriff in seiner geschichtlichen Entwicklung*, in A. DIEMER (hrsg.) *System und Klassifikation*, cit., pg. 12.

⁽²⁷⁾ *Ibid.*, pg. 11.

⁽²⁸⁾ J. H. LAMBERT, *Theorie des Systems*, cit., pg. 163 (515).

⁽²⁹⁾ Cfr. P. PLASS, *Kants Theorie*, cit., pgg. 38-39.

⁽³⁰⁾ A. von STEIN, *loc. ult. cit.*, pg. 12.

zione di Kant acquista in ogni caso, anche a questo riguardo delle sfumature diverse, benché in sé stessi i gradini di scienza 'razionale' e scienza 'nel vero senso della parola' (metafisica, dotata della caratteristica della certezza apodittica) non costituiscano innovazioni rispetto alle posizioni wolfiane⁽³¹⁾: gli argomenti (*Gründe, rationes*) che formano gli elementi costitutivi del sistema — proprio perché nella dottrina del filosofo di Königsberg l'idea di sistema viene a perdere fundamentalmente quel carattere di relatività caratteristico di una 'struttura puramente dottrinale', che varia a seconda dei diversi intenti di colui che la pone in essere —, tendono sempre più a divenire « principii » che valgono indipendentemente dalla concreta opera dottrinale o didattica.

In realtà per Kant, e fino all'« opus postumum », laddove il problema che si pone è piuttosto quello del trapasso da una giurisprudenza 'pura' ad una dottrina del diritto di carattere 'critico' che possa misurare la legittimità del diritto positivo sul metro del diritto 'puro' — che non concerne quindi una deduzione dei principi del diritto positivo dal diritto naturale —, il tema di quale grado di scientificità la scienza giuridica positiva sia in grado di raggiungere non viene espressamente indagato⁽³²⁾: in ogni caso per lui scienza in senso 'stretto' nel campo del diritto poteva essere soltanto la « natürliche Rechtslehre ».

Di fatto però la risposta doveva essere ricercata da quegli operatori giuridici che ritenevano di doversi più direttamente richiamare alle dottrine kantiane.

2. In questo senso è comprensibile anche come per Zachariae il tema della scientificità emerga, persino nella trattazione del diritto romano, sotto le sembianze più rigorose: la scienza del diritto romano può ambire ad essere collocata sul gradino più alto, essa può venire elaborata come scienza « nel vero senso della parola ». La posizione di Zachariae è tanto più interessante in quanto nel quadro della 'scuola' kantiana sono semmai le altre due po-

(31) J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 148.

(32) J. BLÜHDORN, « Kantianer » und Kant, cit., pg. 366.

sizioni — scienza 'puramente' sistematica e, in misura preponderante, scienza sistematico 'razionale' — a godere di più costante consenso.

La pretesa di elevare il diritto romano a scienza nel senso in cui Zachariae la formula implica invece non soltanto una scientificità secondo la 'forma', ma, più in profondità, che lo stesso materiale da sistematizzare si presenti sotto l'angolo di osservazione della 'necessità'; che lo stesso diritto romano manifesti in sé stesso una scientificità secondo il 'contenuto' (33).

Secondo Zachariae è in primo luogo sorprendente che al diritto romano, che pure ha dalla sua un immediato interesse pratico e costituisce la base di tutto il diritto positivo, proprio in un periodo nel quale il 'bisogno di scientificità' diviene sempre più forte, siano dedicate in proporzione così scarse attenzioni (34), e che la passione per il suo studio sembri sempre più raffreddarsi nelle Accademie tedesche.

A questa situazione non poco contribuiscono i recenti tentativi di rappresentarlo nella sua originaria purezza (*Reinheit*), i quali tuttavia si manifestano carenti proprio sotto il profilo della loro pretesa alla scientificità.

Ma è appunto sotto questo profilo che il diritto romano, sia in generale che nelle sue applicazioni minute, deve poter essere considerato: è allora necessario esaminare quale modo di procedere si presenti più adeguato al raggiungimento di una simile méta. Lo studio del diritto romano, non diversamente da quanto vale per ogni scienza 'positiva', può essere secondo Zachariae condotto 'storicamente' oppure 'scientificamente'. Ma il suono del termine non può ingannare, come del resto già la contrapposizione lascia intravedere, e la successiva suddistinzione del primo di essi

(33) Cfr. anche N. T. GÖNNER, *Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unsrer Zeit*, Erlangen, 1815, pgg. 142-143, laddove è detto esplicitamente — in un contesto però chiaramente antisavignyano e ben diversamente orientato — che per avere scienza non si può parlare solo di 'Forma' scientifica ma deve altresì darsi anche un contenuto altrettanto scientifico.

(34) K. S. ZACHARIAE, *Über die Wissenschaftliche Behandlung*, cit., pg. 5; cfr. J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 150.

di nuovo in 'blos historisch' e 'pragmatisch' ampiamente conferma.

Semplicemente storico — purtroppo lo si designa abitualmente anche come 'pratico', soggiunge subito l'autore — è quel giurista che tratta il diritto romano senza applicarvi le conoscenze relative alla lingua popolare, alla storia romana in tutte le sue parti, ai costumi, alla religione, ed infine alla costituzione, semplicemente abbandonandole all'elaborazione del giurista 'elegante', in quanto inutili per la spiegazione (*Erklärung*) delle leggi.

Se quindi la posizione di quest'ultimo nei confronti del diritto romano è sicuramente più favorevole, non è però neppure possibile attendere da un giurista 'semplicemente pragmatico' un'elaborazione scientifica del diritto.

Essa consiste infatti in una 'deduzione' del diritto romano da certi generali principii (*allgemeine Grundsätze*) — e vedremo subito che la precisazione di Zachariae secondo la quale per diritto romano debba intendersi il diritto romano privato, dipende dalla identificazione della sfera degli scopi dello Stato —; generali principii che siano in grado di esprimere la connessione che grazie ad essi sussiste anche a livello delle singole disposizioni positive del diritto romano: per il giurista 'storico' — secondo l'uso corrente che abbiamo appurato anche nella terminologia kantiana 'storico' è quindi equivalente di empirico, basato su principii a posteriori — non dovrebbe rimanere allora agibile come campo di indagine se non quanto risulti non 'spiegabile' secondo i principii del giurista scientifico ⁽³⁵⁾.

Tuttavia quella connessione non può essere identificata, secondo l'utilizzazione del concetto di sistema proprio della 'costruzione dottrinale', nella pura e semplice « Ordnung der Materien », nella suddivisione del contenuto del diritto romano secondo un piano predisposto, che è piuttosto invece conseguenza di ciò che realmente e del tutto adeguatamente distingue la conoscenza scientifica da quella storica. La prima infatti consiste « nella derivazione dei concetti e delle proposizioni particolari da principi generali, e nella visione della necessaria connessione del tutto (« in

(35) K. S. ZACHARIAE, *loc. ult. cit.*, pg. 6.

der Einsicht in den *nothwendigen Zusammenhang des Ganzen* »)⁽³⁶⁾.

Si tratta allora di stabilire quali sono le condizioni all'interno delle quali il diritto romano si lascia elaborare scientificamente al pari di ogni altra scienza.

Una simile questione è significativamente sussunta sotto il più vasto problema di come sia possibile elevare al rango di scienza « ein *besonderes positives Privatrecht* », un diritto privato cioè che deriva « il suo contenuto dalla costituzione e dalle leggi di uno Stato determinato »⁽³⁷⁾.

Appunto nello stesso anno 1795 Zachariae pubblicava i 'Lineamenti di una enciclopedia giuridica scientifica', e si interrogava sui principii per mezzo dei quali le diverse specie di scienza giuridica potessero essere collegate a formare « un tutto sistematico » (*zu einem systematischen Ganzen*): prescindendo dal profilo pratico secondo il quale si va in cerca di una 'massima' atta a guidare un'azione concreta, e che dà quindi origine ad un ordine inverso, « una scienza giuridica può stare in connessione con le altre se essa contiene la possibilità giuridica del fondamento, sul quale le altre sono costruite »⁽³⁸⁾. Ne consegue allora che il diritto naturale determina la posizione nel sistema della scienza giuridica del diritto positivo, il diritto pubblico quella del diritto privato, ed il diritto positivo generale assegna il suo posto al diritto positivo particolare⁽³⁹⁾.

Non è allora sorprendente che, pure prendendo posizione a favore del diritto privato, Zachariae ne cerchi i fondamenti adeguati a costituirne la scientificità inizialmente al di fuori del diritto

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, pg. 7.

⁽³⁷⁾ Cfr. *op. cit.* alla nota successiva, pg. 32.

⁽³⁸⁾ K. S. ZACHARIAE, *Grundlinien einer Wissenschaftlichen juristischen Encyclopädie*, Leipzig, 1795.

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, pg. 34. La definizione di diritto positivo generale, un concetto che vedremo risalire fino a Pütter e Reitemeier, e che costituirà anche il nucleo della riflessione di Gustav Hugo, viene così precisata dal nostro: « Den Inhalt des Positiven Allgemeinen Privatrechts machen aus theils die Rechte des Staats, als einer *moralischen Person*, theils die Rechte der einzelnen Bürger. Jene nenne ich das Regierungsrecht, diese das *Privatrecht* in der engern Bedeutung » (*ibid.*, pg. 31).

privato stesso, conformemente, del resto, ad un atteggiamento che rimarrà ampiamente peculiare del *Frühliberalismus* politico tedesco e che non è affatto da ricondurre, come comunemente si è soliti fare, all'atmosfera di crisi degli anni '40 dell'Ottocento: la tendenza a sottolineare il ruolo dello Stato « come un partner necessario nel processo sociale »⁽⁴⁰⁾, una tendenza che testimonia della continuità con le esigenze del diritto naturale illuminista, ma spesso anche una non tutto superata simbiosi con prassi di difesa delle strutture cetuali.

Nel caso di Zachariae, almeno in principio, il secondo aspetto viene a portarsi piuttosto sullo sfondo e l'autore ne è consapevole fin dalla definizione che ritiene di dover fornire della scienza giuridica. Abitualmente⁽⁴¹⁾ quella definizione faceva riferimento ad una scienza di « vollkommene Rechte *und* Verbindlichkeiten »⁽⁴²⁾, cioè ad un sistema di diritti (al plurale) e di obblighi, che garantivano l'assetto vecchio-cetuale⁽⁴³⁾. Zachariae, invece, sulla base della considerazione che, se obbligo e diritto sono concetti intercambiabili — come di fatto si rivelano —, l'aggiunta è superflua; ma che se al contrario, più in profondità, il rapporto venisse negato, una tale definizione metterebbe a rischio proprio l'unità della scienza, rifiuta nettamente di iscriversi in questo filone e la definisce, accentuandone il carattere unitario, come scienza *del* diritto e non dei diritti⁽⁴⁴⁾.

(40) Cfr. J. SHEEHAN, *Liberalismus und Gesellschaft in Deutschland, 1815-1848*, in L. GALL (hrsg.), *Liberalismus*, cit., pg. 219.

(41) Secondo un uso particolarmente diffuso specialmente a partire dalla scuola wolfiana e sul quale dovremo soffermarci più approfonditamente nel corso della seconda parte di questa ricerca; cfr. per ora W. RÖD, *Geometrischer Geist und Naturrecht. Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert*, München, 1970, pg. 136 ss.

(42) K. S. ZACHARIAE, *Encyclopädie*, cit., pg. 21; la sottolineatura è dell'autore.

(43) Cfr. E. FEHRENBACH, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, Göttingen, 1978, pg. 57.

(44) K. S. ZACHARIAE, *Encyclopädie*, cit., pg. 20: « Diese Definition der Rechtswissenschaft weicht von der gewöhnlichen in zwey Stücken ab 1) Ich sage, die Rechtswissenschaft ist eine Wissenschaft *des* Rechts, und nicht *der* Rechte 2) Ich sage nicht, es ist eine Wissenschaft vollkommener Rechte *und* Verbindlichkeiten ».

Si apre quindi sulla base di queste prospettive la possibilità di determinare più da vicino quali siano quei 'Grundsätze' dai quali è possibile una 'deduzione' scientifica del diritto privato romano 'particolare'. Essi possono essere di due specie: « Entweder sie ergeben sich schon *aus dem Begriffe des Staats* und aus dem Zwecke der Staatsverbindung *überhaupt*; oder sie liegen *in der besondern Verfassung eines gewissen Volkes* »⁽⁴⁵⁾.

Ritroviamo qui in una sua specifica applicazione — ma quel che più conta *all'interno* della trattazione scientifica del diritto, che, come abbiamo veduto, si differenzia essenzialmente da quella 'semplicemente' storica — la distinzione kantiana tra sistema dogmatico e sistema storico; una distinzione che porta anche a conseguenze simili.

Infatti connettere questi due tipi di 'principi' vuol dire affermare, almeno secondo le modalità della possibilità, che la loro trattazione dia origine a due tipi di scienza: da un lato, al sistema strettamente apodittico e 'certo' — dogmatico — del diritto privato in quanto derivato « dal concetto stesso di Stato », dall'altro, ad un sistema storico del diritto privato in quanto derivante dalla specifica « costituzione di un determinato Volk ».

Appare quindi ormai degna di rilievo la breccia aperta anche nel campo del diritto romano in direzione di un 'geschichtliches Entwicklungsdenken' analogamente a quanto, da un punto di vista generale, Kant aveva operato in relazione alla possibilità di interpretare sistematicamente il dato storico; pur se — come del resto era avvenuto per il maestro di Königsberg — il discorso tenda rimanere in sospenso. Nella misura in cui il diritto privato 'particolare' si lasci dedurre dalla prima fonte, esso verrà prevalentemente a contenere soltanto un « *allgemeines Privatrecht* », che il potere legislativo ha recepito, 'sanzionato', e che diviene diritto positivo secondo il suo oggetto solo in quanto le regole generali in esso racchiuse vengano applicate a casi specifici dati nell'esperienza.

In tal modo è facile vedere che, se un diritto privato particolare deve essere scientificamente elaborato, esso viene a dividersi secondo le sue due diverse fonti in due parti distinte, delle quali

⁽⁴⁵⁾ K. S. ZACHARIAE, *Über die Wissenschaftliche Behandlung*, cit. pg. 8.

solo la prima si dimostra capace di trattazione secondo « eine strenge Methode »: « si vede infine che un diritto privato positivo 'particolare', quanto meno la costituzione statale di un popolo vi eserciti un influsso, e quanto meno i casi ai quali le regole del diritto civile generale vengono applicate dal legislatore sono caratterizzati da un'individualizzazione empirica: tanto più esso meriterà il nome di una scienza » (46).

Il diritto romano incarna allora secondo Zachariae nella misura più alta le caratteristiche richieste a quel primo tipo di scientificità e deve pertanto essere considerato come « allgemeines bürgerliches Recht » (47).

Come si è accennato, nel ritorno da parte di Kant alla valutazione unicamente della metafisica come « eigentliche Wissenschaft », era possibile tuttavia notare, accanto ad una apparente concordanza con posizioni wolfiane, punti di precisa differenziazione (48): si ripropone quindi a proposito di Zachariae lo stesso interrogativo.

Non a caso Landsberg poteva ritenere di doverne squalificare gli scritti metodologici giovanili, parlando genericamente di una vicinanza con la scuola wolfiana: una tale simiglianza sarebbe determinata dal fatto che l'autore intraprenderebbe un tentativo di derivare il diritto positivo da principii di diritto naturale (49).

Di fatto è lo stesso Zachariae che ci fornisce una breve descrizione del metodo da seguire « in der *besondern* Rechtswissen-

(46) *Ibid.*, pgg. 8-9.

(47) Per analoghe affermazioni di Hugo, che considerava il diritto romano « il nostro diritto naturale », cfr. F. EICHENGRÜN, *Die Rechtsphilosophie Gustav Hugos. Ein Geistesgeschichtlicher Beitrag zum Problem von Naturrecht und Rechtspositivismus*, Haag, 1935, pg. 78.

(48) Cfr. ancora A. von STEIN, *System als Wissenschaftskriterium*, in *Der Wissenschaftsbegriff. Historische und Systematische Untersuchungen*, hrsg. von A. DIEMER, Meisenheim am Glan, 1970, pg. 99 ss.

(49) E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt. 3, Halbband 2, *Testo*, pg. 101 ss. Lo segue J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 149 nota 85, senza però tenere conto dell'emergere in questo di espressioni come *allgemeines bürgerliches Recht* e *Gesetzgebungswissenschaft*, né delle caratteristiche dell'interpretazione proposta dal nostro per il diritto romano, che sono d'impostazione sicuramente non wolfiana.

schaft », segnalandoci così, inoltre, uno dei suoi 'modelli': quel metodo deve propriamente definirsi come metodo 'analitico', e, pertanto, tra quelli finora adottati, è il metodo assiomatico di un Heineccius che potrebbe forse meritare la preferenza⁽⁵⁰⁾.

Ma anche lasciando da parte la questione delle differenze e affinità sussistenti tra il metodo assiomatico di Heineccius ed il metodo geometrico wolfiano⁽⁵¹⁾, è già la stessa descrizione del metodo analitico offerta da Zachariae che induce a ritenere quell'accostamento non del tutto esatto; un'impressione che si rafforza in relazione al modo di affrontare il problema della scientificità del diritto romano nella sua utilizzazione attuale e della conseguente necessità di suddividere, a sua volta, il concetto stesso di diritto civile 'generale'.

Un tale metodo infatti in primo luogo non può dirsi unitario, non è sempre dello stesso tipo: può assumere le vesti di una scomposizione degli attributi caratteristici (*Merkmale*) contenuti in un concetto, oppure di una enumerazione dei mezzi che conducono ad uno scopo dato. Nel primo caso, quei contrassegni distintivi pos-

⁽⁵⁰⁾ K. S. ZACHARIAE, *Encyclopädie*, cit., pagg. 35-36.

⁽⁵¹⁾ Un tale rapporto appariva già ai contemporanei estremamente dubbio ed era oggetto di accese controversie; cfr. D. NETTELBLADT, *Historie der demonstrativischen Rechtsgelahrtheit, von ihrem Anfange an, bis auf das Jahr 1745*, in *Hallsche Beyträge zu der juristischen Gelehrten-Historie*, Bd. 1, Halle, 1755, pg. 557 ss., spec. pg. 563 e 567, dove si nega l'appartenenza del metodo heinecciano al *genus* metodo dimostrativo o matematico. E di fatto è da osservare che quel metodo, al contrario di quanto accadeva proprio nel caso di Nettelblatt, — in questo senso attendibile esponente del metodo wolfiano —, non si limitava alla semplice 'fondazione', alla semplice giustificazione più rigorosa delle disposizioni provenienti da una legge pur sempre positiva, ma pretendeva oltre a ciò la proposizione di principi più generali, dai quali le singole proposizioni giuridiche fossero poi derivabili. Un metodo quest'ultimo che si rivelava non a caso del tutto inadeguato e inapplicabile per l'insegnamento della giurisprudenza pratica e cautelare.

D'altro canto, rispetto al metodo dei wolfiani, merita di essere sottolineata l'attenzione dedicata da Heineccius al problema dell'ermeneutica e dell'esegesi, un problema dai primi quasi completamente passato sotto silenzio (cfr. J. G. HEINECCIUS, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, Mediolani 1779, Editio Nova, *Praefatio*, pg. IV ss. e vedi M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 342).

sono essere contenuti 'originariamente' nel concetto da analizzare, oppure, di nuovo, essere argomentati, per così dire, dall'esterno, solo nella misura in cui l'oggetto in questione venga in correlazione con altri; ricavati quindi solo da questa stessa correlazione.

Quest'ultimo è il metodo che è stato seguito a preferenza dai giuristi romani e che ha contribuito in modo decisivo a porre le fondamenta da cui trae origine l'« innerer Zusammenhang » che rappresenta la peculiare caratteristica di quel diritto: non senza motivo Zachariae viene a soggiungere che la formula più adeguata sembra a questo proposito essere rappresentata dall'espressione di metodo 'comparativo' (*vergleichende*)⁽⁵²⁾.

Ed infatti dalle considerazioni che ritroviamo a proposito dell'attività dei giuristi e soprattutto dei pretori romani, al cui specifico lavoro è da ricondurre la qualità di « tutto sistematico », la caratteristica di « codice per tutti i tempi e tutti i popoli » assunto da quel diritto⁽⁵³⁾, risulta un'immagine ben diversa da quella

(52) K. S. ZACHARIAE, *Encyclopädie*, cit., pg. 35. La distanza del metodo analitico da quello dimostrativo (cfr. sul punto anche G. OTTE, *Der sogenannte Mos Geometricus in der Jurisprudenz*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero giuridico moderno*, VIII (1979), pg. 181) non doveva certo rivelarsi priva di significato per un giurista kantiano, dal momento che proprio ponendo l'accento sul procedimento 'analitico' il Kant precritico era venuto duramente attaccando il metodo matematico in quanto fosse applicato alle scienze 'umane' e giuridiche in particolare. Ci riferiamo alla già citata *Untersuchung über die Deutlichkeit der Grundsätze des natürlichen Theologie und der Moral*, che citiamo secondo I. KANT, *Zur Logik und Metaphysik*, hrsg. Von K. VÖRLANDER, Leipzig, 1921, pgg. 118-147. Sul problema cfr. anche H.-J. ENGFER, *Zur Bedeutung Wolffs für die Methodendiskussion der deutschen Aufklärungsphilosophie: Analytische und Synthetische Methode bei Wolff und beim Vorkritischen Kant*, in W. SCHNEIDERS (hrsg.), *Christian Wolff 1679-1754*, cit., pgg. 48-61.

Cfr. inoltre K. S. ZACHARIAE, *Anfangsgründe*, cit., pg. 47, che anche in questa sua opera del periodo della maturità ribadisce quanto già in precedenza affermato in proposito.

(53) K. S. ZACHARIAE, *Über die wissenschaftliche Behandlung*, pg. 35. Poco più oltre leggiamo: « è una cosa nota che il diritto romano deve il suo sviluppo e la sua formazione non tanto alle sole leggi, quanto e molto più ai lavori dei giuristi e agli editti dei pretori. Questo vale non solo per i tempi della libera repubblica, ma persino per il periodo tardo del diritto romano, allorché il Reich romano fu dominato da Imperatori. Gli stessi comandi di questi ultimi erano propriamente, nella misura in cui si riferi-

di un'applicazione al tempo storico del diritto romano delle concezioni geometriche e dimostrative wolffiane: se quell'immagine supera in compiutezza quella offerta nei suoi codici dal secolo dello 'spirito filosofico' ⁽⁵⁴⁾, non è perché il giurista romano ragioni deduttivamente in modo più rigoroso, calcoli con i suoi concetti, ma perché quella teoria si costituisce su casi singoli, mediante il « natürlicher Sinn des Menschen für Recht und Unrecht » ⁽⁵⁵⁾, e attra-

vano al diritto privato, *dei veri e propri responsa giuridici*, e nelle stesse note *decisiones* di Giustiniano questa loro natura è ancora visibile ».

⁽⁵⁴⁾ *Ibid.* pg. 36. Ad avviso di Zachariae è di fatti un'antica consuetudine di giuristi e filosofi l'affermazione che il diritto romano per una sua gran parte non contenga altro che diritto naturale; questa affermazione però, presa letteralmente, si manifesta inesatta: piuttosto, si tratta di cogliere nel *contenuto* del 'corpus iuris' la presenza, in parte di un diritto civile generale nel senso stretto della parola, in parte invece la soluzione di problemi che concernono la *Privatgesetzgebungswissenschaft* (*ibid.*, pgg. 24-25).

⁽⁵⁵⁾ *Ibid.*, pg. 37. Ci pare estremamente significativo un elemento di valutazione che è completamente sfuggito sia a Landsberg che a Schröder: esso testimonia invece, nonostante tutto, di una certa vicinanza anche di questi primi lavori ad alcune impostazioni che vengono fatte proprie pure da Gustav Hugo: se quest'ultimo avesse infatti scorto nella prisa di posizione metodologica o nell'analisi del diritto romano di Zachariae così accentuati residui wolffiani, non avrebbe tralasciato di denunciarli, data la sua nota avversione per quel movimento in campo giuridico.

Di fatto Hugo nel 1796 recensisce l'*Encyclopädie* di Zachariae: e si tratta di una recensione rilevante sotto più profili. Tralasciando per ora di occuparci delle osservazioni di Hugo sul rapporto tra diritto pubblico e diritto privato, ci pare interessante concentrare l'attenzione sulle riflessioni finali del giurista gottingese, dato che esse colgono con sicurezza quello che costituisce il cardine del discorso di Zachariae anche nel saggio sul diritto romano. Ed il giudizio di Hugo è largamente positivo: « Zum Beschlusse noch zwey, wie Rec. glaubt vortreffliche Bemerkungen des Verf ... Die Römischen Juristen befolgten vorzüglich die vergleichende Methode, d. h. sie folgerten die Merkmale eines Begriffs, indem sie ihn neben andere mehr oder weniger Aehnliche stellten. Diess gab dem Römischen Rechte seinen innern Zusammenhang.

Je mehr *materialiter* positive Sätze ein gegebenes positives Recht enthält, desto weiter entfernt es sich von der Würde einer *strengen* Wissenschaft » (il passo che precede è contenuto in G. HUGO, *Beyträge*, cit., Bd. 1, pgg. 344-5). Cfr. sul punto ancora K. S. ZACHARIAE, *Die Wissenschaft der Gesetzgebung*, cit., pg. 99.

verso la 'comparazione' fra casi analoghi riesce a mantenersi libera dall'errore.

Essa manifesta quindi, semmai, una carenza di quei più elevati principii di carattere filosofico; proprio perché le 'singole' dottrine romane si mostrano tra loro più 'intimamente' legate: in quanto i loro fondamenti poggiano dovunque sull'analogia, possiedono, in breve, « eine gewisse juristische Individualität »⁽⁵⁶⁾.

Coerentemente — e di contro all'immagine generalmente 'svalutativa' che ne coltivava quel certo Settecento⁽⁵⁷⁾ — è l'attività del pretore al centro dell'ammirazione di Zachariae, ed in particolare la sua capacità di corrispondere all'« allgemeine Wunsch des Volkes », traducendo nella normativa dell'editto⁽⁵⁸⁾.

Nella valutazione differenziata del metodo analitico anche come 'comparazione' basata non sulle rigorose regole logiche, ma su di un 'senso naturale' siamo allora già storicamente oltre lo spirito 'geometrico'.

Il punto ci pare significativo, perché la stessa proposta di trattazione 'scientifica' di quel diritto come 'diritto privato ge-

⁽⁵⁶⁾ K. S. ZACHARIAE, *Über die Wissenschaftliche Behandlung*, cit., pg. 38.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. *supra* cap. I, nota 33. Si può ricordare qui la dura presa di posizione di Hugo contro Heineccius, in G. HUGO, *De Bonorum possessionibus commentatio*, Halae, 1788, « Verum enim vero, auctor ille novi juris non fuit legislator, jura immutandi potestas illi numquam concessa, sed fraudibus et dolis ab illo quasi surrepta. Hoc telum omnes in praetorem ingenti cum spe torquent, sive in eo oderint partem juris Romani, ut Thomasius, sive clientem hominis sibi privatim infensi, quod Heineccio contingisse suspicor... Omnem illam praetoris criminatione ex largissimo errorum fonte derivari, a quo non nisi summa diligentia adhibita, immunes et intactos nos praestat, ex translatione sive applicatione eorum, quae nostris temporibus observavimus, ad statum rerum fere in omnibus a nostro diversum » (pgg. VII-VIII). Che non si debba trasferire ciò che viene osservato nel momento attuale come canone interpretativo per il diritto romano non implica naturalmente che la nuova valutazione non fosse anch'essa dettata da una visuale politica, seppur di diverso segno. Per quanto riguarda il rapporto di Hugo con Thomasius esso non può in ogni caso essere valutato appieno solo sulla base di queste espressioni, rivelandosi assai più complesso; cfr. *infra*.

⁽⁵⁸⁾ K. S. ZACHARIAE, *Über die Wissenschaftliche Behandlung*, cit., pg. 41 ss.

nerale' sfocia in definitiva nella proposizione di una 'filosofia del diritto positivo' che rimanda ad una ben diversa tradizione culturale, foriera di altri sviluppi e altrimenti fondata.

Proseguendo nella disamina del problema, ci accorgiamo infatti che ogni analisi presuppone in certo modo una sintesi e che quindi le varie forme di scienza si differenziano anche nel modo nel quale la sintesi è in ciascuna di esse riscontrabile.

Benché nel diritto naturale e nel diritto positivo 'generale' abbia in sostanza luogo solo una sintesi, ed entrambi i settori siano perciò conformi alle rigorose esigenze di scientificità avanzate dalla ragione⁽⁵⁹⁾, Zachariae li vuole assai chiaramente distinguere⁽⁶⁰⁾; il contenuto del diritto privato 'generale' si ricava allora in parte dai diritti dello Stato, considerato come persona morale, in parte dai diritti dei singoli *Bürger*. In entrambi i casi si tratta di diritto 'positivo', o meglio ancora di un elemento sovrapositivo del diritto positivo ricostruibile a posteriori dai suoi stessi concetti⁽⁶¹⁾.

Poiché l'uomo diviene « Mitglied dieser Gesellschaft die wir Staat nennen »⁽⁶²⁾, ci si può chiedere in che modo i suoi precedenti diritti vengono modificati dalla raggiunta condizione di « Staatsbürger » e di individuo: anche se le due posizioni siano da tenere separate e influiscano nei due rami dello Staatsrecht e del diritto privato, diviene a questo punto decisiva, specialmente per il secondo, la risposta sulla natura e sullo scopo — ed è da sottolineare come Zachariae non parli più di scopi al plurale — dello Stato medesimo. Lo scopo dello Stato però consiste qui semplicemente, conformemente all'evoluzione ormai in corso⁽⁶³⁾, « nella assicurazione dei diritti di un singolo »⁽⁶⁴⁾.

Queste modificazioni che i diritti naturali subiscono con il semplice ingresso nello Stato possono essere dovute o unicamente già a quella stessa azione o sono rese necessarie dall'obbligo che

⁽⁵⁹⁾ K. S. ZACHARIAE, *Encyclopädie*, cit., pg. 36.

⁽⁶⁰⁾ *Ibid.*, pg. 31.

⁽⁶¹⁾ Cfr. H.-U. STÜHLER, *Die Diskussion*, cit., pg. 154.

⁽⁶²⁾ K. S. ZACHARIAE, *Über die wissenschaftliche Behandlung*, cit., pg. 9.

⁽⁶³⁾ Cfr. quanto venivamo esponendo *supra*, spec. pg. 74 ss.

⁽⁶⁴⁾ K. S. ZACHARIAE, *Über die wissenschaftliche Behandlung*, cit., pg. 10, nota.

lo Stato ha di produrle legislativamente; nell'ultimo caso si tratta di modificazioni attraverso le quali soltanto lo Stato può essere posto in condizione di raggiungere il suo scopo. Entrambe comunque hanno la caratteristica di essere in modo diverso cagionate « durch den Staat » e ricadere quindi nell'ambito di due distinti rami di scienza: le prime nel diritto privato generale nel senso proprio del termine, le seconde nella « allgemeine Privatgesetzgebungswissenschaft »⁽⁶⁵⁾.

Se però, kantianamente, lo scopo dello Stato si rivela ' semplicemente formale ' non riesce difficile comprendere come centro dell'attenzione divenga la ' forma ' dei diritti e la stretta connessione tra modificazione di quei diritti e la conservazione della specifica struttura e concezione dello Stato. L'individuo in quanto « Mitglied eines Staats » non cessa più, proprio a partire dal ' riconoscimento ' dei suoi Mitbürger, di essere dopo la morte un soggetto di diritti, perché la perpetuità dello Stato può essere assicurata solo dal ' perdurare giuridico ' dei suoi singoli componenti⁽⁶⁶⁾: il diritto ereditario diviene, proprio nella sua specifica

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*. Non ci sembra allora esatto H. KIEFNER, *Der junge Savigny (Marburg 1795-1808). Zu den Ursprungen seiner Konzeption einer « Philosophie des positiven Rechts »*, in *Akademische Feier aus Anlass der 200. Wiederkehr des Geburtstages von Friedrich Carl von Savigny*, hrsg. von H. G. LESER, Marburg, 1979, pgg. 15-49, pg. 35, quando afferma che l'appellativo *Gesetzgebungswissenschaft* con il quale Savigny nella *Methodenlehre marburgese* designa generalmente la scienza giuridica, nonostante che normalmente venga ritenuto dai più un termine tramandato dall'epoca del tardo diritto naturale, dovrebbe invece essere fatto risalire ad una innovazione linguistica dello stesso fondatore della Scuola Storica: esso non sarebbe infatti reperibile nei dizionari dell'epoca né in generale nella stessa letteratura giuridica; cfr. invece ancora K. S. ZACHARIAE, *Über die Wissenschaftliche Behandlung*, cit., pg. 46).

Zachariae — come abbiamo già avuto occasione di accennare, autore noto al giurista berlinese — ci fornisce in ogni caso in quest'ottica una conferma che il termine di per sé non rimanda necessariamente ad un positivismo legislativo di stretta osservanza. Anche questa innovazione terminologica, se tale può allo stato ritenersi, testimonia che lo spirito di Zachariae non può essere troppo facilmente qualificato come residuo di un passato ormai trascorso; cfr. anche ID., *Die Wissenschaft der Gesetzgebung*, cit., pg. 116 ss.

⁽⁶⁶⁾ *Ibid.*, pg. 13.

qualità di garante della prosecuzione della personalità giuridica del defunto tramite l'erede e la funzione di autonomizzazione del suo patrimonio (*Vermögen*) da una volontà non più esistente, il fulcro del diritto privato come della costituzione dello Stato.

Non a caso Zachariae successivamente tenta, a mo' d'esempio, la deduzione — o meglio, la 'giustificazione' — della proposizione del diritto romano *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* dal concetto stesso di Stato.

Da un lato bisogna infatti richiamarsi all'impossibilità che il concetto di erede, riferendosi a colui che è destinato a subentrare completamente per quanto riguarda i diritti e gli obblighi al posto del defunto al fine di proseguirne la « civile esistenza », possa subire una 'moltiplicazione' dal punto di vista giuridico, che avrebbe come effetto in ultima analisi di moltiplicare la stessa personalità giuridica del defunto. Erede testamentario ed erede intestato, se veramente potessero succedere allo stesso tempo, verrebbero a prendere il posto del defunto come 'organi' di due diverse volontà, la volontà pubblica della legge e la volontà privata del testatore: si finirebbe così per negare, al contrario di quanto accade nel caso di una pluralità di eredi, ma istituiti sulla base di un'unico fondamento testamentario o legale — nel caso quindi sempre di una pluralità di soggetti, organi tuttavia di un'unica e medesima volontà —, il fine di cooperare alla prosecuzione giuridica della personalità del defunto; un fine irrinunciabile per lo Stato a pena della sua stessa abdicazione alla perpetuità⁽⁶⁷⁾.

(67) *Ibid.*, pgg. 30-33. Sempre in tema di discussione metodica e delle sue conseguenze applicative potrà essere interessante proporre due osservazioni, che confermano che il testo in questione difficilmente può essere inteso se lo si prenda in considerazione solo come una ritardata riproposizione di un matematismo giurisprudenziale ormai sorpassato.

Il razionalizzatore per eccellenza, Leibniz, che pure era portato ad ammirare il calcolo dei concetti messo in opera nei testi del diritto romano, ravvisava infatti in quel principio un'espressione del tradizionalismo dei giuristi romani e lo respingeva; anche se certamente in un contesto nel quale si vedeva portato a fare delle 'concessioni' al destinatario della sua lettera, quel Kestner da noi già incontrato e ben più propenso a mostrarsi fautore di principi germanistici. Cfr. F. STURM, *Das Römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz*, Tübingen, 1968, pg. 39 e ivi nota 84.

Uno dei più qualificati esponenti del metodo dimostrativo, Daniel

Allo stesso titolo si può procedere per l'altra massima *nulla servitus in faciendo consistere potest*, che sottintende la famosa dottrina della *perpetua causa* ed è riassunta nel principio che in ogni servitù è la cosa e non la persona a dover 'servire' ⁽⁶⁸⁾. Anche il chiarimento di una simile disposizione, la giustificazione del contenuto di queste *leges*, risulta inattuabile se non in riferimento all'« *allgemeines bürgerliches Recht* »; se infatti lo Stato è chiamato per tutelare la sua stessa esistenza ad 'eternizzare' (« *verewigen* ») la volontà del singolo ben al di là di quanto il diritto naturale non consentisse ⁽⁶⁹⁾ e a costituirla in legge per tutti i futuri possessori del suo patrimonio, esso non può tuttavia permettere a quella volontà di obbligare per sempre le persone dei suoi successori: « *Eine solche Vergünstigung würde unmöglich mit der Freiheit der zukünftigen Mitglieder des Staates bestehen, sie würde unmöglich die Zustimmung derselben erhalten können* » ⁽⁷⁰⁾.

La trattazione 'scientifica' del diritto romano viene in questi termini largamente adeguata alle nuove esigenze liberali; si po-

Nettelblatt, si muoveva invece su di un piano in apparenza in qualche modo più affine a quello di Zachariae, dal momento che riteneva di poter sostenere la dimostrabilità del precetto romanistico. Ma mentre il nostro partiva dalla corretta applicazione del metodo 'comparativo' e dall'analisi del concetto di Stato quale gli era offerto dalla ideologia politica 'liberale' di cui si faceva promotore, per Nettelblatt si tratta soltanto di una dimostrazione che ha come scopo « *auf den Inhalt der Gesetze (zu) gehen* »; il cui fine è in definitiva l'*Erklärung* della legge positiva, senza cioè che si avverta la necessità di interrogarsi più oltre, né sulla natura di 'Allgemeines bürgerliches Recht' del diritto romano, né sulla natura dello Stato. Il dato semmai originale del discorso di Nettelblatt è da rinvenire nell'alternativa, che emerge in sede di svolgimento di una tale dimostrazione, tra la possibilità di una *dimostrazione storica* e una dimostrazione invece esclusivamente filosofica. Su questa distinzione torneremo più oltre. Il testo di Nettelblatt si trova in Id., *Unvorigreifliche Gedanken von dem heutigen Zustand der bürgerlichen und natürlichen Rechtsgelährtheit in Deutschland*, Halle, 1749, pgg. 58-60 nota kk). Cfr. anche G. OTTE, *Der Sogenannte Mos Geometricus*, cit., pg. 189.

⁽⁶⁸⁾ K. S. ZACHARIAE, *Über die Wissenschaftliche Behandlung*, cit., cit., pg. 25-8.

⁽⁶⁹⁾ K. S. ZACHARIAE, *Encyclopädie*, cit., pg. 32.

⁽⁷⁰⁾ K. S. ZACHARIAE, *Über die Wissenschaftliche Behandlung*, cit., pg. 28.

trebbe anzi quasi sostenere che siano queste ultime ad avere la precedenza nella sequenza causale che conduce al primato della scienza. Essa si sostanzia in una scienza dal doppio profilo: da un lato, i diritti naturali innati ed acquisiti con l'ingresso nella condizione di *Staatsbürger* subiscono delle *modificazioni* delle quali è competente a render conto il diritto civile 'generale'; dall'altro, la ulteriore determinazione di quelle modificazioni dei diritti dei singoli viene affidata alla 'scienza generale della legislazione privata' (« *allgemeine Privatgesetzgebungswissenschaft* ») ⁽⁷¹⁾.

Quest'ultima coglie la legge nella sua dimensione specifica di mezzo atto ad eliminare gli impedimenti fisici del soggetto all'esercizio dei suoi diritti e ad assicurare, mediante opportune limitazioni, la coesistenza della libertà di ognuno con quella di ogni altro: il principio che deve muovere lo Stato è quello che i diritti dei singoli vengono 'configurati' in modo che si mostrino adatti ad una decisione giudiziale, cioè ad un obiettivo giudizio ⁽⁷²⁾.

Questa presa di posizione non vuole tuttavia porsi come una scelta aprioristicamente predeterminata in favore di un « *allgemeines Gesetzbuch* »: il problema centrale è semmai che si possa giungere ad un diritto privato che sia il prodotto di quella scienza; il mezzo per il raggiungimento di un simile scopo può essere in sé relativamente indifferente ⁽⁷³⁾. Ed anzi Zachariae, nel sottolineare i pregi del *Corpus iuris* — non riconducendone gli splendori soltanto al lavoro dei giuristi del periodo repubblicano, ma anche al più tardo periodo nel quale gli stessi « *Befehle* » degli imperatori, nella misura in cui si riferissero al diritto privato, si rivelavano in realtà per « veri e propri *responsa* giuridici » ⁽⁷⁴⁾ — giunge praticamente alla conclusione che presso i Romani la stessa legislazione civile fosse stata dominata dall'idea che il diritto privato propriamente non potesse costituire affatto oggetto di legislazione, cioè di una « *willkürliche Bestimmung* » ⁽⁷⁵⁾, poiché il suo contenuto

⁽⁷¹⁾ *Ibid.*, pg. 19; cfr. *supra* nota 65.

⁽⁷²⁾ *Ibid.*, pg. 20.

⁽⁷³⁾ *Ibid.*, pg. 23.

⁽⁷⁴⁾ *Ibid.*, pg. 35. Ritroviamo qui il tema anti-'tirannico', già analizzato al capitolo precedente.

⁽⁷⁵⁾ *Ibid.*, pg. 36 nota; un'idea anch'essa ben lontana da concezioni di ispirazione wolfiana e assai prossima a note affermazioni di Hugo.

veniva già necessariamente predeterminato dalla natura delle cose.

Una tale concezione si manifesta, a suo avviso, anche di fronte agli eventuali dissensi interpretativi di carattere storiografico cui potrebbe dar luogo, non soltanto esemplata sull'analisi dello *ius edicendi* del pretore, ma in generale « sehr natürlich »; tanto che la si può riscontrare identica anche presso altre nazioni, come è il caso « bey unsern Verfahren »: di più, essa si dimostra presupposto irrinunciabile per la comprensione del reale processo di sviluppo del diritto romano ⁽⁷⁶⁾.

È tuttavia evidente che, nonostante questi precorritivi ' letterali ' delle prese di posizione savignyane — un'altra anticipazione sembrerà più tardi contenuta nell'osservazione che tra i principii originari della filosofia del diritto positivo in grado di conferire una determinata direzione alla « gesetzgebende Gewalt », si debbano annoverare anche le indicazioni prevenienti « aus dem Nationalcharakter dieses Volk » ⁽⁷⁷⁾ — una tale scienza si rivela sempre più una filosofia del diritto positivo che inclina decisamente a trasformarsi in una scienza della legislazione capace di sottoporre l'esperienza e la storia a determinati principii generali e,

⁽⁷⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. K. S. ZACHARIAE, *Wissenschaft der Gesetzgebung*, cit., pg. 76. L'accenno di cui supra nel testo terminava tuttavia con l'attribuzione della rappresentazione dei principi ricavabili dal carattere nazionale del popolo ad una scienza a parte, che si sarebbe dovuta denominare *Politische Psychologie*, e che sarebbe stata strettamente funzionalizzata alla dimensione statuale. Non ci è possibile in questa sede soffermarci più a lungo su questo trascurato genere letterario che meriterebbe un discorso a sé. Esso viene infatti a configurare una dimensione della scienza giuridica quasi completamente abbandonata dalla *Methodenlehre* e dalla dogmatica tradizionali, dopo la svolta posta in essere dalla Scuola Storica — all'interno della quale però ancora una volta il sistema savignyano viene a costituire una rilevante eccezione —; una prospettiva che solo oggi è ritornata al centro dell'attenzione scientifica: cfr. soltanto J. RÖDIG, *Zum Stellenwert der Gesetzgebungstheorie in der herkömmlichen Dogmatik so wie in der Traditionellen Methodenlehre*, in J. RÖDIG, E. BADEN, H. KINDERMANN, *Vorstudien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, Bonn, 1975, pg. 27 ss. e E. BADEN, *Gesetzgebung und Gesetzanwendung im Kommunikationsprozess. Studien zur Juristischen Hermeneutik und zur Gesetzgebungslehre*, Baden-Baden, 1977, pg. 192 ss.

tramite questi, al diritto della 'ragione' (78). Una scienza dei principii in base ai quali il diritto positivo è da derivare secondo il suo contenuto, e dalla quale si riesca a chiarire perché questo contenuto in ciascun caso precedentemente si è formato così e non in altro modo (79).

Una scienza in cui, in definitiva, il ruolo giocato dall'individuo come *Staatsbürger*, e dallo Stato stesso rimane determinante al punto di caratterizzarla come eminentemente 'non-pratica': la caratteristica dell'epoca moderna e della sua 'scienza' giuridica si esprimeva infatti proprio nella separazione e differenziazione della teoria dalla prassi, nella *Trennung* della filosofia del diritto dalla parte positiva (80). La *Gesetzgebungswissenschaft* e la *Staatswissenschaft* da un lato, la teoria generale del diritto privato dall'altro non hanno più molto a che spartire — proprio per il loro legame con lo Stato —, con la vecchia giurisprudenza 'pratica', *handwerk-mässig*. L'esigenza di scientificizzazione del diritto romano attuale giungeva così in definitiva, fondandosi sull'accentuazione delle esigenze liberali al livello di teoria degli scopi dello Stato, ad una massima sottolineatura della scientificità del diritto romano di contro alla sua praticità, alla sua 'praticabilità'; come è del resto dimostrato dalla consapevolezza dello stesso autore, assai poco attenuata da un debole tentativo di confutazione: « Die Methode, deren Anpreisung ich mir angelegen seyn lasse, scheint nämlich auf nichts geringeres hinzuleiten, als auf eine ganzliche Herabwürdigung der historischen Jurisprudenz » (81).

In realtà anche il giurista 'storico' — storico viene usato qui adesso nel senso della « Alterthumswissenschaft » e della « Rechtsgeschichte » e non più soltanto come equivalente di 'empirico' e quindi 'pratico' (82) — non è chiamato a ricercare nel pratico il suo interlocutore privilegiato, in vista del raggiungimento di un influsso, quanto mai problematico, sull'applicazione del diritto ro-

(78) K. S. ZACHARIAE, *loc. ult. cit.*, pg. 66.

(79) *Ibid.*, pg. 65; cfr. H.-U. STÜHLER, *Die Diskussion*, cit., pgg. 154-156.

(80) K. S. ZACHARIAE, *loc. ult. cit.*, pgg. 99-116, 209.

(81) K. S. ZACHARIAE, *Über die Wissenschaftliche Behandlung*, cit., pg. 44.

(82) Cfr. *supra*, in questo stesso capitolo, il paragrafo secondo.

mano, ma deve invece limitarsi al chiarimento storico rivolto « auf die Gesetze eines Volkes »⁽⁸³⁾: un'attività che sia al contempo decodificazione di come quelle leggi derivate da regole generali della ragione, lentamente, vengano riconosciute e fatte proprie « unter einen gewissen Volke »⁽⁸⁴⁾.

Se il diritto romano trattato come diritto civile generale costituisce una vera 'scuola' per il legislatore, lo studio della sua storia sarà d'altro canto in grado di mostrargli i mezzi attraverso i quali esso ha raggiunto un così elevato grado di perfezionamento⁽⁸⁵⁾. La 'scienza della legislazione' manterrà largamente i caratteri che Zachariae voleva fin dal 1795 vederle assegnati, anche in relazione al problema dello studio storico del diritto romano, che evidenzia qui come suo 'destinatario' non il giurista pratico-dogmatico ma direttamente il *legislatore*. Sono caratteri da tener presenti perché, attraverso ulteriori mediazioni che ci accingiamo ad indagare, ricorreranno anche nella critica gansiana alla Scuola Storica.

Quel che ci preme ora infatti è accertare se Zachariae poteva per queste sue concezioni 'non-pratiche' richiamarsi ad una qualche tradizione, una volta appurato che qui non vengono in questione in linea principale influssi wolfiani. Un dato ci si para a questo punto con evidenza dinanzi: questa dottrina dovette fin dal principio imbattersi in numerose critiche — talvolta forse un po' sfuocate nell'analisi della terminologia del nostro testo⁽⁸⁶⁾ —. Critiche emerse anche nella stessa cerchia dei giuristi 'kantiani' e volte a sottolineare, di contro alla sua impostazione tendente a ravvisare nel diritto romano un carattere di scienza nel 'vero senso della parola', la sua realtà invece di scienza « historisch », empirica, che

(83) K. S. ZACHARIAE, *loc. ult. cit.*, pg. 45; cfr. *ivi*, pg. 44: « ... Würde man der historischen Jurisprudenz sehr unrecht thun, wenn man sie blos nach dem Praktischen Interesse, das sie etwa haben kann, würdigen und beurtheilen wollte ».

(84) *Ibid.*, pg. 45.

(85) *Ibid.*, pg. 46.

(86) Cfr. per queste critiche J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 151, che tuttavia — come accennato — non prende conoscenza, come prima di lui Landsberg, proprio della significativa opinione espressa da Hugo.

ritrae la sua legittimazione dalla legge positiva, anche qualora essa corrisponda, si potrebbe ormai dire quasi per una sorta di esteriore armonia prestabilita, ad equivalenti disposizioni del diritto naturale ⁽⁸⁷⁾.

La più interessante di queste critiche — e quella che ci fornisce indirettamente una chiave per risalire alle origini ed ai diversificati sviluppi di questo atteggiamento 'non-pratico' nello studio e nell'elaborazione del diritto romano — è senza dubbio quella di Thibaut del 1798 ⁽⁸⁸⁾.

Perseguendo infatti la finalità di dimostrare che in una interpretazione delle leggi positive che miri a risultati concreti, utili, debba venir riconosciuto il ruolo spettante alla interpretazione filosofica, in armonia però con un'interpretazione storica ⁽⁸⁹⁾, egli — il giurista saggiamente « historisch-philosophisch » — viene a criticare con argomenti convergenti l'unilateralità tanto del lavoro di Zachariae, quanto quella della corrente 'puramente storica' che faceva capo al *Civilistisches Magazin* di Hugo, perché entrambi, tra le altre cose, sembrano non curarsi del lato pratico del diritto. Bisognerà però notare allora che Zachariae viene qui attaccato due volte; la prima senza nominarlo ⁽⁹⁰⁾ e la seconda direttamente in relazione al suo lavoro del 1795.

⁽⁸⁷⁾ Esse non colgono bene a quale livello si situino gli intenti di Zachariae: richiedere come patente di scientificità per la *Gesetzgebungswissenschaft* la positività significa non comprendere il senso e la specificità del suo intervento.

⁽⁸⁸⁾ A. F. J. THIBAUT, *Über den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der Positiven Gesetze*, in *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts* (1798), Jena, 1817², Bd. 1, pgg. 124-175; che tra l'altro, e non a caso, prende subito posizione contro un'applicazione troppo affrettata dei principi appena scoperti del criticismo kantiano anche alla giurisprudenza (pg. 125 ss., spec. pg. 132, nota 3).

⁽⁸⁹⁾ Cfr. *ibid.*, pg. 141.

⁽⁹⁰⁾ *Ibid.*, pg. 148 ss. J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 151, fa cenno solo alla seconda critica al lavoro sulla trattazione scientifica del diritto romano (A. F. J. THIBAUT, *ibid.*, pg. 169 ss.) senza notare questo ulteriore elemento.

L'articolo di Zachariae, recante il titolo *Wissenschaftliche Entwicklung der Lehre des Römischen Rechts von den dinglichen Servituten*, appare in *Civilistisches Magazin*, II (1797), pgg. 328-357.

E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, cit.,

Nell'ultimo caso Thibaut evidenzia correttamente non nel semplice diritto naturale tradizionale ma nella ' filosofia della legislazione ' ⁽⁹¹⁾ lo strumento utilizzato dall'autore wittenberghese per l'interpretazione filosofica del diritto. La sua critica non si rivolge ad essa *qua talis*, ma ad una sua applicazione immediata ⁽⁹²⁾ in assenza della prova rigorosa — da offrire, ad avviso di Thibaut, sulla base della scienza della « Psychologie » ⁽⁹³⁾ — che il legislatore, nell'emanare una disposizione ' materialmente ' identica a quella che una tale tale ' filosofia ' richiederebbe, si sia effettivamente conformato a quei principii: lucidamente Thibaut ne individua in prospettiva futura l'utilità soprattutto per la sua possibilità di applicazione « *bey vergleichenden Nachforschungen* » ⁽⁹⁴⁾, nell'ambito della ricerca comparatistica ⁽⁹⁵⁾.

Ma ecco che indirettamente giungiamo ad una acquisizione utile alla collocazione in una prospettiva storiografica più adeguata della ' non-praticità ' di un simile tentativo: Zachariae viene

Abt. 3, Halbband 2, *Testo*, pg. 103, trovava « strano » che un simile lavoro fosse stato accolto nella rivista di Hugo, e Thibaut avanza l'ipotesi, senza però poterla basare su alcun dato testuale, che esso vi fosse stato accolto appunto per screditare l'interpretazione filosofica del diritto. Ma tutto l'intervento di Thibaut è pervaso da una malcelata vena polemica contro Hugo (vedi l'espressione della quale si serve per designarne la rivista: « Irgend eine Zeitschrift », pg. 148; cfr. anche *ibid.*, pg. 146 il giudizio estremamente svalutativo su Gibbon considerato uno storico « ormai da lungo tempo dimenticato », nonostante che appena pochi anni prima fosse stato ridito in traduzione tedesca proprio da Hugo).

Il commento di Thibaut al lavoro sulle servitù, dopo quanto abbiamo già illustrato, è per parte sua abbastanza sintomatico: « Die römischen Juristen hätten... die ganze Lehre von den Real-Servituten, welche er stets als ein Meisterstück der Legislation bewundert habe, *analytisch* abgeleitet. — Bey dieser Analyse verfolgt sie denn der Verfasser durch alle Theile der ganzen Lehre, und findet natürlich allenthalben Consequenz, Einheit und Zusammenhang » (*ibid.*, pg. 148). Zachariae cioè trovava nel diritto romano proprio ciò per cui Hugo l'aveva lodato, considerando queste qualità caratteristica peculiare della giurisprudenza romana (cfr. *supra* nota 55).

⁽⁹¹⁾ Cfr. *ibid.*, pg. 170.

⁽⁹²⁾ Del resto proprio Zachariae si rendeva perfettamente conto di questa necessità (cfr. *Id.*, *Die Wissenschaft der Gesetzgebung*, cit., pg. 76 ss.).

⁽⁹³⁾ A. R. J. THIBAUT, *loc. ult. cit.*, pg. 171.

⁽⁹⁴⁾ *Ibid.*, pg. 172.

⁽⁹⁵⁾ Sul punto cfr. *infra*.

fatto oggetto di critiche — come si notava, significativamente senza nominarlo — anche nella sua qualità di collaboratore del *Civilistisches Magazin*, proprio a causa del suo procedere assiomatico-‘analitico’ in una più estesa trattazione del tema delle servitù *in faciendo*, che già aveva costituito uno degli argomenti affrontati nella « *Wissenschaftliche Behandlung* »⁽⁹⁶⁾. Nonostante la critica di Thibaut, Zachariae anche altrove sarà da Hugo ancora annoverato tra i suoi « *gestige Mitstreiter* »⁽⁹⁷⁾.

Questa critica ad Hugo e Zachariae, ma in generale a tutto il programma del *Civilistisches Magazin*, acquista uno spessore molto rilevante nell'individuazione, come precisa caratteristica di una simile corrente di pensiero, di una tendenziale scissione da questa operata tra i compiti della storia del diritto e della ‘filosofia del diritto positivo’ e quelli attinenti all'ambito dell'*attuale*, proponendone in ultima analisi un'emancipazione congiunta dalla sfera della dogmatica del diritto pratico; proprio questo tipo di critica sarà, come vedremo, approfondita sul versante del ruolo spettante alla *Rechtsgeschichte* nell'importante saggio del 1808 dedicato allo studio del diritto romano.

Un saggio a torto trascurato, data l'espressa approvazione con la quale Savigny ebbe fundamentalmente a salutarlo, e tale quindi da lumeggiare per parte sua aspetti poco noti dello stesso rapporto Hugo-Thibaut-Savigny⁽⁹⁸⁾. La più rigorosa individuazione di questa caratteristica del pensiero di Gustav Hugo, in particolar modo in relazione al rapporto da questi instaurato tra la sua interpretazione ‘sincronica’ della storiografia del diritto romano e la dogmatica, fornisce difatti un angolo d'osservazione privilegiato per comprendere in che misura sussista una continuità od una diversità d'accenti tra le concezioni savignyane e quelle di Hugo sul problema del diritto romano attuale, del suo sistema e sulla sua collocazione all'interno della struttura delle varie discipline scientifico-giuridiche.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. *supra* quanto illustrato alla nota 90.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. G. HUGO, *Beyträge*, cit., Bd. 2, pg. 251 e vedi H. WEBER, *Gustav Hugo. Vom Naturrecht zur historische Schule*, Göttingen, 1935, pg. 65.

⁽⁹⁸⁾ Si rinvia per l'analisi più dettagliata di questi rapporti al cap. III, par. IV.

CAPITOLO TERZO

IL SISTEMA DELLA 'STORIA' LA SCUOLA DI GOTTINGA TRA SISTEMA E STORIA DEL DIRITTO ROMANO

1. La scienza giuridica e i suoi 'gradi' di scientificità. — 2. Un trapianto singolare: dalla scienza dello Stato alla scienza del diritto 'privato'. — 3. Alle origini della storia del diritto. — 4. Sincronia e diacronia nell'analisi storico-giuridica. — 5. 'Istituto' e 'sistema': una dialettica metodologica.

1. Anche Gustav Hugo ritiene di doversi richiamare in qualche modo alla gradazione kantiana della scientificità delle varie discipline, pur se la soluzione che adotterà per la giurisprudenza positiva sarà assai meno impegnativa non solo di quella tendente a ravvisarsi una scienza del vero senso della parola⁽¹⁾, ma anche delle più moderate e diffuse risposte in favore della qualifica di scienza 'razionale'⁽²⁾. Per il giurista gottinghese infatti scienze nel vero senso della parola (*eigentliche Wissenschaften, sciences exactes*) sono solo la matematica e la filosofia, ma appunto soltanto in quanto scienze *pure*, allorché cioè esse vengano a segnalarsi per il loro grande valore, essendo così in grado di abituare a 'prove rigorose': una prova rigorosa non può tuttavia aver luogo « *bey etwas geschichtlichem* », neppure nel caso che questo elemento

(¹) La posizione di Hugo sarà quindi in apparenza meno impegnativa di quella assunta da Zachariae nel giungere, come si è visto, a considerarla quasi una scienza nel vero senso della parola. Ad evitare fraintendimenti tuttavia si potrà ricordare che in definitiva per quest'ultimo scienza in senso stretto era rappresentata solo dalla teoria della legislazione e dal diritto privato generale; da discipline quindi in ultima analisi non positive e di fatto identificabili con una filosofia del diritto positivo.

(²) Cfr. J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 154 per le opinioni di Gros e Feuerbach.

storico sia in qualche misura collegato con quelle scienze, qualora si venga a considerarle sotto il profilo di discipline ' applicate ' (3).

Nel momento in cui limita il concetto di scienza alle scienze ' pure ' (*rein*) Hugo rinvia il lettore direttamente dal contesto dell'« Anhang » — che si riferisce alle conoscenze preliminari e alle scienze ' ausiliarie ' che il giurista deve far sue in conformità a quel modello scientifico *policentrico* caratteristico del Settecento (4) e rispecchiato nella sua misura più chiara proprio nel genere letterario dell'*Encyclopädie* (5) — alla primissima sezione del volume incentrata sulla « Rechtswissenschaft überhaupt », e precisamente al paragrafo nel quale ci si interroga sulle fonti delle « Rechtswahrheiten », delle *verità* giuridiche che formano appunto l'oggetto della giurisprudenza. Essa non può essere annoverata tra le scienze rigorose perché quelle verità giuridiche « welche in einem Staate gelten, sind nicht *a priori* erkennbar, rein, allgemein, *nothwendig*, gewissermassen angeboren, wissenschaftlich im *strengen* Sinne des Worts »; sono invece *a posteriori*, empiriche, *diverse secondo tempi e luoghi*, casuali (« zufällig »), da apprendere attraverso la propria o l'altrui esperienza di fatti: in una parola, la parola che riassume tutta questa serie di aggettivi, « geschichtlich » (6).

In questo senso le argomentazioni di Hugo rientrano perfettamente nel quadro del kantismo giuridico, in quanto esso veniva a criticare il metodo *more geometrico* e a sottolineare decisamente

(3) Cfr. G. Hugo, *Juristische Encyclopädie*, Berlin, 1817⁵, Anhang, Vorkenntnisse und Hülfwissenschaften, § 482, pg. 445. L'*Enciclopedia* costituisce il primo volume, inteso come un'introduzione generale, del *Lehrbuch eines civilistischen Cursus* quale concepito da Hugo. D'ora in poi la citeremo semplicemente come *Encyclopädie*.

(4) Cfr. soltanto il vastissimo elenco di dottrine — dalla fisica alla storia del diritto — che Thomasius riteneva di *necessario* apprendimento per il giurista positivo in *Id.*, *Summarischer Entwurf*, cit., *passim*.

(5) Un genere letterario sul quale dovremo specificatamente tornare a più riprese nel corso della nostra indagine, anche dal momento che esso, pur sembrando esaurirsi sotto la spinta della svolta operata dalla Scuola Storica, non verrà però del tutto soppiantato nel suo ruolo neppure nel corso dell'Ottocento.

(6) G. HUGO, *loc. ult. cit.*, § 24, pgg. 21-22; cfr. F. EICHENGRÜN, *Die Rechtsphilosophie Gustav Hugos*, cit., pg. 46.

la 'positività' di tutto il diritto⁽⁷⁾. Ma il passo decisivo Hugo lo compie in un'altra direzione, come Thibaut riconoscerà molto bene, accendendo nei suoi confronti, di conseguenza, una controversia non scevra di durezza⁽⁸⁾.

Hugo infatti distingue tre 'parti' della conoscenza del diritto; questa distinzione, di decisiva importanza, non risale a Kant, ma si rifà invece, per suo esplicito riconoscimento, a due contesti di Leibniz — se Kant è l' "autore" di Hugo sotto il profilo filosofico, Leibniz lo è certamente sotto quello metodico — e di Schlosser, il primo dei quali, tratto dalla *Nova methodus*, viene tradotto nello stesso volume inaugurale del « *Civilistisches Magazin* », certo in alcuni punti con qualche libertà degna di nota⁽⁹⁾.

Ognuna di queste tre parti è inoltre caratterizzata da un suo modo del tutto specifico di porre il 'problema'⁽¹⁰⁾ diritto; una modalità questa che è, a sua volta, per così dire, arbitra del livello di scientificità che ciascuna può raggiungere. La prima di esse è costituita dalla *juristische Dogmatik*, un'attività immediatamente pratica, addirittura e con buon diritto denominata « *das Handwerkmässige der Jurisprudenz* », appellativo che appare del resto non del tutto privo di sfumature svalutative, volto com'è a significare una conoscenza giuridica 'artigianale', tecnica, in contrapposizione, come subito vedremo, all'elemento scientifico-teorico; una conoscenza cioè che può essere appresa anche in modo

(7) Cfr. in generale, F. G. VICÉN, *Sobre los origines y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporaneo*, in *Anuario de filosofía del derecho*, VIII (1961), pgg. 47-75.

(8) Questa polemica, di cui abbiamo già registrato alcune avvisaglie, coinvolgerà non a caso, come sua dimensione centrale, il problema del ruolo che deve svolgere il sistema nella scienza giuridica; e di essa pertanto tratteremo in quella sede; cfr. per il momento M. LOSANO, *Sistema e struttura*, cit., pg. 191, nota 9.

(9) Cfr. l'articolo LEIBNITZ, in *Civilistisches Magazin*, I (1791), pg. 23-4 e cfr. H.-E. TROJAN, *Über Justus Moser, Johan Gottfried Herder und Gustav Hugo. Zur Grundlegung der historischen Rechtsschule*, Diss. iur., Bonn, 1971, pg. 106 ss. Il passo di Schlosser è il già citato articolo sullo studio della giurisprudenza romana pura; per il rinvio cfr. G. HUGO, *Encyclopädie*, Berlin, 1799², pg. 16.

(10) Cfr. sul punto F. von HIPPEL, *Gustav Hugos Juristischer Arbeitsplan. Ein Beitrag zur Wiedergewinnung juristischer Arbeitseinheit*, Berlin, 1931, pg. 25.

esclusivamente empirico « *selbst ohne alle gelehrte Kenntnisse* » (11). In questo senso si può affermare fin da ora che Hugo più che all'uso linguistico kantiano, che tendeva ad identificare dogmatico con razionale, si mostra ancora vicino a quella tradizione dell'*Usus modernus* non adusa ad avanzare pretese di scientificità per il giurista-pratico: quest'ultimo è per lui un semplice « *Handwerk-mann* » (12). In altri termini, e forse ancor meglio, quella tradizione è a lui presente come dato di fatto, superabile certo per tramite di un processo di scientificizzazione, un processo che però — e qui si preannunzia già la singolarità della sua posizione — non può svolgersi sullo stesso terreno 'dogmatico'. Una inclinazione così 'svalutativa' nei confronti della dogmatica sotto il profilo dell'attribuzione di una patente di scientificità che fosse in qualche modo conforme alla gradazione kantiana (13) è determinata dal problema con il quale una tale disciplina si affatica, dacché essa si domanda 'soltanto': « *was ist Rechtsens?* », cosa è giuridico, qual'è il diritto 'pratico' attuale, e non oltre.

Particolarmente nella quinta edizione della Enciclopedia viene chiara quale sia la specificità dell'operazione di Hugo. Infatti la tripartizione di cui si diceva è senz'altro mantenuta, ma mentre precedentemente il grado di differente scientificità delle tre discipline risultava direttamente ed in via preferenziale dalla 'svalutazione' della dogmatica, ora viene espresso anche visivamente, 'geograficamente' (14).

Ad un tipo di conoscenza « *unmittelbar praktische* » ed al suo limitato 'problema' si contrappone seccamente — fin l'intitolazione del paragrafo parla solo di « *lati della conoscenza scientifica del diritto* » (15) — « *die wissenschaftliche Rechtskenntnis* » (16),

(11) G. HUGO, *Encyclopädie*², cit., pg. 15.

(12) Cfr. M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 370.

(13) Vedi G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts*, Berlin, 1819⁴, Neudruck Glashütten im Taunus, 1971, § 33, pg. 39, dove si parla di « *Gefahr des blos Handwerkmäßigen für die Bildung* ».

(14) Inesatto in proposito ci pare T. VIEHWEG, *Einige Bemerkungen zu Gustav Hugos Rechtsphilosophie*, in *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1969, pg. 82, ora ristampato anche come prefazione in G. HUGO, *Naturrecht*⁴, cit., pg. V.

(15) G. HUGO, *Encyclopädie*⁵, cit., § 34, pg. 32.

(16) *Ibidem*.

che domanda dei fondamenti (« Gründen »); dal momento che essi sono di due tipi, i principii di ragione⁽¹⁷⁾ e i principii storici (« die geschichtlichen »), così sorgono ancora due differenziate questioni: « Ist es vernünftig, dass Etwas Rechtens sey? und: Wie ist es Rechtens geworden? Durch diese Eintheilung steht die Rechtsgelehrsamkeit *zwischen* den zwei Hauptarten von *wissenschaftliche und gelehrten Kenntnissen in der Mitte* »⁽¹⁸⁾.

Il fatto che la semplice « Rechtsgelehrsamkeit », la giurisprudenza, rimanga in tal modo 'presa nel mezzo' tra le vere conoscenze scientifiche ne determina del resto una condizione di dissidio e contrasto, proprio perché né la filosofia, né tantomeno la storia « *mit dem heutigen geltenden Rechte ganz zusammentrifft* »⁽¹⁹⁾. Sotto questo angolo d'osservazione l'aver postulato una simile suddivisione — dogmatica, storia del diritto, filosofia — identificando successivamente la 'semplice' giurisprudenza con la prima, fa sì che il carattere della scientificità si aggiunga alla giurisprudenza per così dire dall'« esterno », in quanto cioè essa non coincida con il concetto tradizionale di dogmatica proprio dell'*Usus Modernus*; un concetto che però, limitatamente all'ambito in cui viene 'confinato', ne resta in qualche misura legittimato.

Questa tripartizione diviene a partire da Hugo dominante, al punto che persino le controversie tra le diverse scuole — dogmatica, storica, filosofica — potrà essere ricondotta ai tre modi di porre il problema postulato dal nostro; l'assolutizzazione di ognuno di essi spingerà infatti facilmente alla formazione di 'scuole' contrapposte, mentre invece, rispettivamente, un loro collegamento potrà portare ad un dissolvimento della materia stessa del contendere⁽²⁰⁾. Ma, ovviamente, il passaggio decisivo non è questo; molto più ci

(17) G. HUGO, *Encyclopadie*², cit., § 16, pg. 15.

(18) G. HUGO, *Encyclopädie*⁵, cit., pg. 33.

(19) *Ibidem*.

(20) Cfr. M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 359, e ivi nota 69. Una partizione simile a quella di Hugo è reperibile anche in Hufeland, benché non vi sia alcun riferimento alla filosofia del diritto: « Demnach, wird der ganze Studienplan der Rechtsgelahrtheit in die Beantwortung dreier Fragen zerfallen: 1) Was gilt als Recht? - *Institutionen*, 2) Wie sind diese Sätze Recht geworden? - *Rechtsgeschichte*, 3) Warum gilt es jetzt als Recht? - *Systeme der einzelnen Wissenschaften* » in ID., *Abriss der Wissenschaftskunde*, cit., Jena, 1797, pg. 45.

interessa indagare fino a che punto questa presa di posizione caratterizzi in modo peculiare la dottrina di Hugo.

Ad un primo e sommario sguardo si potrebbe infatti avere l'impressione di non trovarsi di fronte a nulla di particolarmente nuovo e che, anzi, fosse agevole fraintendere il richiamo di Hugo alla necessità, per il procedere scientifico, di fare riferimento a quei 'principii' dei quali evidentemente la dogmatica può fare a meno, e ritenerlo un tentativo di reintrodurre copertamente una deduzione di tipo giusnaturalistico da fondamenti aprioristicamente 'necessari' o, com'era il caso della tarda scuola wolfiana, allo stesso tempo anche da principii 'storico-empirici' (21).

La stessa sorprendente valutazione del concetto di dogmatica ci mette però sull'avviso. Sorprendente dicevamo: abbiamo, non a caso, già veduto che un simile uso del termine era largamente estraneo a Kant (22), che giungeva invece in modo del tutto significativo ad identificare il concetto di dogmatico con quello di 'razionale'. Nella prassi argomentativa dei kantiani l'aggettivo « handwerk-mässig » andava semmai a costituire l'attributo del semplice empirismo, da contrapporre chiaramente al procedere dogmatico-razionale (23).

Un simile atteggiamento è però pienamente comprensibile sullo sfondo delle 'relazioni' pensate da Hugo fra le tre 'scienze' giuridiche; la qualità di queste relazioni è esplicitata al meglio dalle sue osservazioni sulla 'funzione' della storia del diritto. La storia del diritto romano non è infatti certo di indispensabile utilità « weder im Examen noch in dem Geschäftsleben » ed è una del tutto vana speranza « attendersi con l'aiuto della storia del diritto grosse scoperte per il diritto romano applicabile » (für das anwendbare Römische Recht) (24); anzi, come unico vantaggio se ne deve menzionare il fatto che quanto più è conosciuto il contesto storico di una dottrina del diritto romano, tanto meno la ri-

(21) Cfr. cap. II, nota 67 quanto si accennava sulla ammissione da parte di Nettelblatt di *dimostrazioni storiche* e vedi *infra*, capitoli IV e V.

(22) Cfr. *supra*, cap. 2, par. 1.

(23) Vedi M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 370.

(24) Cfr. G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, Berlin, 1832¹¹, pg. 52.

sposta alla questione se essa sia o meno applicabile⁽²⁵⁾ rimane una questione di semplice memoria, tanto più quindi viene di fatto resa difficoltosa per il puro pratico.

Il suo reale valore risiede in concreto esclusivamente nella sua scientificità, nel suo influsso « auf die Geistesbildung »⁽²⁶⁾, un'influsso che soltanto chi ha disposizione verso le scienze e sente quasi un « bisogno di scienza », può accogliere: al massimo essa è idonea a 'riconciliarlo', qualora eserciti anche l'attività di 'dogmatico', con la sua « Handwerk », con il suo lavoro tecnico 'manuale' di ogni giorno. Alla base di una tale « Wendung » v'è indubbiamente una connessione con un rilevante mutamento rispetto alla tradizione: il concetto di 'storico' (« geschichtlich ») assume infatti tendenzialmente un nuovo significato. Si tratta di una ridefinizione che, pur nella sua ambiguità, diviene decisiva rispetto agli sviluppi successivi della giurisprudenza ottocentesca, perché, in ultima analisi, offre la possibilità di andare oltre l'usuale identificazione, accolta anche da Kant, del termine 'historisch' con l'elemento 'empirico'⁽²⁷⁾. Hugo comunque non rinuncerà mai a quest'ultima indicazione e qui certamente è dato riscontrare uno dei punti che maggiormente lo separano dalle impostazioni della Scuola Storica.

Il problema emerge proprio in costanza di quella apparentemente chiara tripartizione: Hugo nel 1817 non aveva sentito il bisogno di precisare la terminologia relativa al tema della « Rechts-geschichte », benché la 'domanda' alla quale la disciplina doveva fornire soluzione riguardasse appunto il modo in cui il diritto attuale, vigente, fosse 'divenuto' (« geworden »). A partire dalla sesta edizione del 1820, tuttavia, il corrispondente paragrafo si arricchisce di una nota nella quale si afferma che la tripartizione può essere precisata inserendovi un legame con un criterio temporale⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ *Ibid.* e vedi *Id.*, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, Berlin, 1822⁸, pg. 31.

⁽²⁶⁾ G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*¹¹, cit., pg. 54.

⁽²⁷⁾ Cfr. F. KAMBARTEL, *Erfahrung und Struktur, Bausteine zu einer Kritik des Empirismus und Formalismus*, Frankfurt am Main, 1968, pg. 83 ss.

⁽²⁸⁾ G. HUGO, *Encyclopädie*, Berlin, 1820⁶, pg. 46.

Abbiamo già visto che Hugo, sulla falsariga delle dottrine kantiane, riconosceva, nel « wirklicher Zustand » del diritto quelle verità giuridiche ‘ diverse secondo *tempi e luoghi* ’. Questo veniva in buona sostanza a significare che l’aggettivo ‘ storico ’ (« geschichtlich ») include nel suo concetto anche ciò che rappresenta « das Heutige », perché anche quello che appartiene al presente viene a determinarsi secondo il metro dello ‘ spazio-tempo ’⁽²⁹⁾; fino al punto che l’elemento ‘ non applicabile ’, ormai inattuale, ‘ antico ’ ed antiquato del diritto gli viene posto accanto in apparenza quasi per un criterio residuale: « Das heutige Recht wird man aber *dem blos geschichtlichen in dem Sinne, dass Dieses auch das Veraltete, nicht mehr anwendbare bedeutet*, immer entgegensetzen, und dass das heutige anwendbare ausgeschlossen werden soll, ist hier doch nicht die Meynung »⁽³⁰⁾.

Proprio qui, nella recensione del 1816 ai primi due volumi della Rivista savigniana — sul significato della critica contenuta in questo testo dovremo tornare tra breve — il concetto di storico per essere ‘ allargato ’ a contenere *anche* ciò che non è più attuale deve rivestirsi della qualifica di semplicemente storico; poco più avanti incontriamo difatti un Hugo che provocatoriamente viene a riaffermare che *tutto* il diritto positivo può essere considerato, e di conseguenza denominato, ‘ storico ’ (« geschichtlich »), proprio nella misura in cui esso sia reso autonomo dalla determinazione del suo ‘ momento ’ temporale-storico ed identificato puramente e semplicemente con la positività, anche la più arbitraria.

Se si intende storico in questa ultima accezione, allora è possibile — è questo il senso dell’integrazione nella nota del 1820 — ridurre la tripartizione dogmatica, filosofia, storia, ad una bipartizione, « dal momento che la prima e la terza sono indubbiamente allo stesso titolo *geschichtlich* », ed in quanto tali stanno di fronte

⁽²⁹⁾ G. HUGO, *Beiträge*, cit., Bd. 2, pg. 568. La sede è significativa anche di per sé, trattandosi della recensione alla *Encyclopädie* di Abegg (1824), uno dei più noti giuristi hegeliani dell’epoca, che offre l’occasione ad Hugo di chiarire nuovamente quel suo non facile rapporto con l’autore della *Rechtsphilosophie*.

⁽³⁰⁾ *Ibid.*, pg. 254. È la recensione del 1816 ai primi due volumi della Rivista savigniana: ‘ hier ’ si riferisce appunto al contesto della rivista e vuol segnalare il dissenso hughiano, la sua ‘ delusione ’ per la scarsa consequenzialità delle opinioni ivi sostenute.

alla filosofia che si fa portatrice di un elemento « ungeschichtlich »; la tripartizione può per certo essere ridotta nuovamente a bipartizione, anche facendo riferimento al rapporto di ognuna di queste discipline con il presente, perché allora la dogmatica e la filosofia vengono entrambe ad occuparsi direttamente del presente, mentre la *Rechtsgeschichte* ha per suo oggetto solo il passato. Ma da questi criteri in parte convergenti risultano conseguenze diverse e significative possibilità di combinazione.

È da osservare infatti che l'eliminazione della tripartizione, operata in forza del riavvicinamento — portato a termine sotto l'ombra protettrice della polivalenza del concetto di « geschichtlich » — tra dogmatica e storia giuridica potrebbe implicitamente condurre ad un rilevante ampliamento (non più consapevole tuttavia delle sue originarie ipoteche culturali) del concetto stesso di storicità giuridica: un'ampliamento che consentirebbe, in qualche modo perlomeno, di mitigare la svalutazione scientifica della dogmatica, oppure potrebbe addirittura concludersi con un'identificazione di quest'ultima con la ' *Rechtsgeschichte* ' (31).

Da questa ambiguità non saprà del resto mai del tutto liberarsi la Scuola Storica, contro la quale Hugo, come si accennava in modo polemico e provocatorio — quasi a sottolineare le origini culturali di questo concetto di 'storico' inteso nella sua identità con tutto il 'positivo' ed anche a mo' di avvertimento sulle implicite conseguenze logiche di una sua acritica ripresa —, poteva obiettare: « allora anche la più cieca arbitrarietà di una commissione legislativa o di un consigliere relatore per la legislazione è certo qualcosa di storico (" etwas geschichtliches "), altrettanto storico di ciò che scaturisce dalla lingua e dai costumi, per dirla in breve di quanto sorge per forza propria dalla vita stessa di un popolo » (32).

In realtà quindi è lo specifico mutare del concetto di storico, che determina se la dogmatica possa o meno essere annoverata tra le discipline che godono del più alto grado di scientificità. Come già abbiamo osservato anche a proposito della breccia aperta da Kant sulla via della possibilità di elaborare ed interpretare sistematicamente, dogmaticamente, il dato non-razionale, non-dog-

(31) Cfr. T. VIEHWEG, *Einige Bemerkungen*, cit., pg. 83 (VI).

(32) G. HUGO, *Beyträge*, cit., Bd. 2, pg. 25.

matico, e quindi storico, un tale mutamento si muoveva tuttavia nella direzione di concentrare tutta l'attenzione sul passato, su ciò che si rivelasse esclusivamente appartenente al passato.

Hugo registra in modo esplicito questo mutamento a partire già dalla settima edizione dell'Enciclopedia nel 1823, proprio nel paragrafo dove le « Rechtswahrheiten » appartenenti allo stato 'concreto' del diritto erano descritte come empiriche, casuali, « nach Zeit und Ort verscheiden ». Riassumendo tutte queste caratteristiche ancora sotto il termine « geschichtlich », egli aggiunge però in parentesi la specificazione « nel senso pieno della parola »⁽³³⁾. Che questo senso compiuto del concetto — a differenza di quanto esprimeva invece la dizione « *blos geschichtlich* » — fosse da identificare con la totale positività del dato, e di conseguenza con l'inclusione del diritto attuale, ed anche della stessa dimensione del presente, in quella della storicità, sarà più chiaramente esplicitato nella ottava edizione del primo volume del 'Civillistischer Cursus', fino a postulare una scissione tra *historisch* e *geschichtlich*: « geschichtlich (in vollem Sinne des Worts), wobei freilich *historisch passender ist*, weil es *auch* das begreift, was noch besteht »⁽³⁴⁾.

Il concetto di storico nel senso di *geschichtlich* non era quindi più in grado, di per sé e direttamente, di esprimere anche ciò che fosse puramente attuale: non può sorprendere allora che Hugo dichiari che « er habe mit der geschichtlichen Schule, *wie sie nun leider heisst, gar nicht zu thun* »⁽³⁵⁾ e che gli appartenenti ad essa volentieri siano indotti, nonostante la sua inclinazione ad annoverarli tra i « gleichgesinnte Freunde », a trattarlo alla stregua di un nemico⁽³⁶⁾.

Se la comprensività semantica del concetto di *geschichtlich* diviene dubbia, nella sua capacità di abbracciare anche ciò che ancora sussiste, ne consegue che la tripartizione risulta in definitiva

(33) G. HUGO, *Encyclopädie*, Berlin, 1823⁷, pg. 19; cfr. ID., *Encyclopädie*⁵, cit., § 36, pg. 45.

(34) ID., *Encyclopädie*, Berlin, 1835⁸, pg. 19; cfr. F. von HIPPEL, *Gustav Hugos Arbeitsplan*, cit., pg. 26 nota 45.

(35) G. HUGO, *Beyträge*, cit., Bd., 2, pg. 255; sottolineatura dell'autore.

(36) *Ibid.*, pgg. 255-6.

rafforzata dal riferimento alla dimensione temporale: dogmatica *versus* presente, storia del diritto *versus* 'Vergangenheit', filosofia del diritto *versus* « Verbesserung » del diritto, quindi con riferimento ad una dimensione presente-futuro.

A questo punto può rivestire un qualche interesse riprendere le fila della critica del 1816 alla titolazione stessa della « Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft », per comprenderne meglio, sullo sfondo di questo svolgimento, l'itinerario ideale.

Essa si apre con una certa quale scoperta ironia; Hugo non nasconde la sua formazione culturale straniera (francese) e ammette di avere più volte 'peccato' nei suoi scritti, e nella stessa configurazione dello stile, per aver prediletto troppo spesso — come nel caso della scelta del titolo per la sua Rivista — espressioni riecheggianti analoghi francesismi: tutto questo allo scopo di rallegrarsi, dal momento che gli editori della nuova Rivista, in simili questioni assai più capaci di lui, non hanno voluto « per il bene della nostra lingua » denominarla « Journal für die *historische Jurisprudenz* » (37).

Ma il problema va a suo avviso ancora al di là di questo. Se infatti si vuole usare correttamente il termine *Wissenschaft*, usarlo nel suo senso 'preciso' — all'incirca cioè nel modo in cui la parola *science* viene impiegata dai francesi, i quali non a caso non si aspetterebbero mai dalla loro *Académie des sciences* un'elaborazione della 'Alterthumskunde' —, allora è proprio il contesto stesso, la reciproca implicazione segnalata dal lemma « geschichtliche Wissenschaft » che non corrisponde più del tutto, che non si rivela più adeguata.

Contro quella denominazione si può elevare tuttavia anche una seconda e più rilevante obiezione; essa è infatti ora troppo ampia ora troppo ristretta. Il pensiero corre infatti, da un lato, subito alla storia del diritto, e poiché la « Sprachforschung », le ricerche sulla lingua appartengono anch'esse alla storia, si può certamente concludere, ma forse proprio solo in questo senso, che tutti i saggi di quei due primi volumi si lasciano assegnare alla *Rechtsgeschichte*. La stessa filosofia del diritto, in quanto non consista in semplice metafisica, ma proceda ad una utilizzazione della

(37) *Ibid.*, pgg. 253-4.

storia, non ne dovrebbe allora però venire esclusa: ma in tal caso il vocabolo *storico* « sagt nur eben so viel als *wissenschaftlich* und gelehrt, was man sonst häufig elegant geheissen hat » (38).

In questo senso, certo, a nessuno potrebbe venire in mente di voler essere un giurista « non storico »: tuttavia, nonostante che questa critica possa sembrare, e sia, sotto un certo profilo azzeccata, il suo baricentro non risiede a nostro avviso tanto nella qualificazione di « elegant » assegnata ai giuristi della scuola storica, quanto nell'affermazione che l'aggettivo 'geschichtlich' da un lato non corrisponde all'intenzione di chi lo ha concepito e che ha di mira ben altro che quel collegamento-distinzione tra *Rechtsgeschichte* e *Rechtsphilosophie*. Il fatto che la filosofia del diritto non sia semplicemente metafisica e utilizzi la storia espressamente per giudicarla (39) è infatti un'accurata descrizione, diremmo, proprio della concezione alla cui realizzazione tendeva l'opera del giurista gottinghese. In ogni caso, se l'acuta rilevazione del rischio della Scuola Storica di divenire solo e niente altro che « wissenschaftlich » colpisce quasi come un'anticipazione di tutta una moderna interpretazione storiografica, ci pare che le frasi subito susseguenti, che abbiamo più sopra riportato, siano ancora più significative di ciò che separa il progetto di Hugo da quello di questa 'scuola'. Sarebbe infatti un grave fraintendimento arrivare su tale base a contrapporre un Hugo « pratico » allo « scientifico » Savigny (40).

Il punto riguarda non a caso la concezione di diritto romano attuale all'interno di quel rapporto tra le varie discipline, da Hugo sempre analizzato in un'ottica che verrebbe fatto di definire da *actio finium regundorum*. È proprio una simile *actio finium regundorum* che la Rivista invece si rifiuta di condurre a termine, contrariamente del resto alle sue premesse iniziali, che risultano ormai dall'aver scelto 'geschichtlich' al posto di 'historisch'.

(38) *Ibid.*, pg. 254.

(39) Cfr. J. BLÜHDORN, *Zum Zusammenhang von « Positivität » und « Empirie » im Verständnis der deutschen Rechtswissenschaft zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, in J. BLÜHDORN, J. RITTER (hrsg.), *Positivismus im 19. Jahrhundert*, cit., pg. 141 ss.

(40) Così in qualche misura però W. EBEL, *Gustav Hugo*, cit., pg. 33.

Se infatti prendiamo ora il termine 'geschichtlich' non nel suo ampio tenore, nel quale è da ricomprendere quindi la *Rechtsphilosophie* nel suo rapporto col presente o persino la dogmatica, ma se invece lo intendiamo come *semplicemente* storico, in quanto cioè non contenga anche il riferimento all'invecchiato, al non più applicabile, allora diviene evidente che il compito è quello di separare, sempre e nettamente, da questo tipo di storicità il diritto attuale: invece questa, che appare l'unica via percorribile, « dass das heutige anwendbare Recht *ausgeschlossen werden soll* », proprio questa è qui tuttavia l'opinione che *non* viene sostenuta. In una parola quindi il concetto di 'storico' della Scuola Storica da un lato è troppo ampio, ricade nel 'puramente scientifico' (*elegant*) e quando — e più in profondità — si assume invece nel suo significato più ristretto, cioè lo si intende nel senso della dogmatica, si scorge il suo carattere, per così dire, contrapposto anche a quella prima possibilità di infedeltà al programma.

Allora diviene caratteristica sul piano stesso della *dogmatica*, dell'« Anwendbares » — ed è bene tener presente il livello sul quale Hugo situa questo risultato della sua analisi —, una connessione fra storia e dogmatica, una reciproca funzionalizzazione: quella stessa che Hugo aveva sempre combattuto anche nell'*Usus modernus* ⁽⁴¹⁾.

A mo' di 'divisa' si potrebbe, esasperando un po' i toni, affermare che Hugo — lui; il giurista (globalmente) *historisch* — aveva scorto la 'coerenza' del programma della Scuola Storica in una scienza giuridica « *blos geschichtlich* », puramente storica, ma vi riconosceva invece, in sede di realizzazione, una tensione verso la « *historische Rechtswissenschaft* » solo sul piano della dogmatica giuridica; una dogmatica che però non vuole — e con questa osservazione si spiega il tono provocatorio dell'accenno di Hugo al 'peggiore e più cieco arbitrio' come dato storico, anche se egli, dal canto suo, era tutt'altro che favorevole a quella che soprannominava *Gesetzfabrik* — trarre tutte le conseguenze logiche implicite nella sua scelta.

(41) Cfr. G. MARINI, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, 1969, pg. 63.

Si possono così toccare con mano le conseguenze della presa di posizione di Hugo in relazione a quei 'Gründe', a quei principi storici e di retta ragione che egli non connetteva più con la conoscenza del diritto pratico, vigente, sino a poter meritare un giudizio dello stesso Zachariae — un giudizio che è anche, in certo senso, una forma di autogiustificazione contro le critiche cui egli pure era stato sottoposto ⁽⁴²⁾ — secondo il quale « jus naturae a coelo ad terram revocavit » ⁽⁴³⁾.

Infatti anche il senso della trattazione filosofica del diritto non consiste più nemmeno — come invece era ancora il caso in un autore pure attento come Thibaut ad evitare che il diritto naturale potesse giustificare il ricorso a principii diversi da quelli che il legislatore aveva ritenuto di dover porre alla base delle sue disposizioni ⁽⁴⁴⁾ — nella possibilità di una sua utilizzazione, in via subordinata, a scoprire principii pratici 'sussidiari': la 'filosofia del diritto positivo' di Hugo non ha più nessuna pretesa di applicazione pratica, « il diritto di natura può e deve essere tanto poco allegato nelle corti di giustizia, quanto la dottrina metafisica dei corpi nelle fabbriche » ⁽⁴⁵⁾. La 'filosofia del diritto privato' è invece in parte una metafisica della pura possibilità, « Censur und Apologetik des positiven Rechts nach Principien der reinen Vernunft », ed in parte 'politica' sopra l'opportunità delle proposizioni del diritto positivo. Una politica che consiste nella valutazione della loro adeguatezza teorica e pragmatica a raggiungere lo scopo (*zweckmässigkeit*) mediante l'analisi di dati empirici ricavabili dall'esperienza ⁽⁴⁶⁾ e dalla « juristische Anthropologie »: un paragonare tra loro le diverse possibilità in vista dei loro risultati ⁽⁴⁷⁾, al fine di evitare al giurista il pericolo di ricadere in una pura e semplice attività tecnico-professionale, e di aprire al « Ge-

⁽⁴²⁾ E di cui ci siamo occupati al cap. II., paragrafo secondo.

⁽⁴³⁾ Cfr. G. HUGO, *Beyträge*, cit., Bd., 3, pg. 70.

⁽⁴⁴⁾ Si veda A. F. J. THIBAUT, *Über den Einfluss der Philosophie*, cit., pg. 153 ss.

⁽⁴⁵⁾ Gustav HUGO, *Naturrecht*⁴, cit., pg. 35; si tratta in realtà di una frase di Schmalz che il nostro, significativamente, fa sua.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. Gustav HUGO, *Encyclopädie*¹, cit., pg. 36.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. G. HUGO, *Encyclopädie*, Berlin, 1818⁴, pg. 29.

schäftsmann » la prospettiva del miglioramento (*Verbesserung*) del diritto sino ad ora vigente (*des bisherigen Rechts*)⁽⁴⁸⁾.

Se in tal modo per la prima volta la storia del diritto e la filosofia del diritto vengono concepite come discipline autonome della scienza giuridica, ciò viene a significare che alla 'scienza giuridica' *in senso proprio* compete un campo d'azione diverso e indipendente dalla dogmatica del diritto pratico. La scientificità di quest'ultima allora non può più neppure dirsi corrispondente al gradino intermedio proposto da Kant per una conoscenza che, pur senza essere necessaria, sia tuttavia indirizzata a scoprire connessioni tra principii e conseguenze; non può più dirsi, com'era opinione dominante tra i giuristi kantiani⁽⁴⁹⁾, neppure una scienza sistematico-razionale: « di scientifico non vi è null'altro che la forma, che certamente anche qui deve essere conforme alle regole della logica »⁽⁵⁰⁾.

La sistematizzazione può essere realizzata soltanto dall'esterno e resta quindi puramente *classificatoria*, poiché siamo in presenza di un settore che, avendo riguardo solo a ciò che « *das blosse jetzt geltende betrifft* », rimane soggetto ancora a troppo numerose lacune e non rende pertanto possibile alcun « *wissenschaftliche Übersicht* »⁽⁵¹⁾.

In tale senso diviene chiaro che per Hugo, come del resto per Zachariae, quei « Gründe » non possono essere ritenuti come principii o fondamenti *contenuti* all'interno del diritto positivo, ma quasi come datità che si situano al di fuori del diritto positivo pratico attuale e che vengono, di conseguenza, a formare l'oggetto di specifiche discipline.

È evidente allora che la dottrina del diritto positivo viene riospinta sull'ultimo gradino della scientificità, quello che è in grado di realizzare una scientificità solo impropria, di tipo puramente sistematico-classificatorio.

⁽⁴⁸⁾ ID., *Naturrecht*⁴, cit., pg. 40.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 158.

⁽⁵⁰⁾ G. HUGO, *Encyclopädie*⁴, pg. 31.

⁽⁵¹⁾ ID., *Encyclopädie*⁷, pg. 38. Questa precisazione era assente ancora nella quinta edizione (cfr. *ivi*, pgg. 35-6).

Certamente questo significa, d'altro canto, in parte riprendere e sviluppare al di là di Kant gli stessi termini in cui quest'ultimo aveva posto la questione: abbiamo infatti veduto che il filosofo di Königsberg si era già incamminato sulla via di ammettere che un sapere 'storico' potesse essere strutturato in sistema.

Tuttavia, evidentemente, il passo di considerare la *Rechtsgeschichte* non più legata alla 'casualità' del suo contenuto e, quindi, scienza a pieno titolo, doveva presentare, se non nella sua realizzazione concreta, almeno nella sua giustificazione teorica ancora delle difficoltà, se lo stesso Hugo in qualche occasione mostra di avere ancora delle perplessità a designare la storia del diritto come espressamente scientifica rispetto alla filosofia del diritto positivo: perplessità che, in ogni caso — e questo è il punto decisivo — non si ripropongono rispetto al diritto positivo. Per la prima l'appellativo si rivelava del resto meno problematico, a causa del suo duplice carattere, metafisico e *politico*: se la filosofia e la matematica erano da considerare scienze 'esatte' — sulla falsariga della suddivisione tra 'gelehrte Kenntnisse' e 'eigentliche Wissenschaften', che richiama ora, assai più che un criterio kantiano, l'analoga distinzione corrente in Francia tra *lettres* e *sciences* ⁽⁵²⁾ — per Hugo non doveva essere difficile individuare quali settori della intera giurisprudenza, essendo il loro carattere filosofico fuori discussione, potessero venire a partecipare al criterio generale di scientificità proprio della filosofia.

Poiché quest'ultima può essere a sua volta suddivisa in logica, fisica ed etica, risulta in primo luogo che procede 'esattamente' sotto il profilo del metodo, dal lato della logica, l'*Auslegungskunst*', ovvero l'ermeneutica giuridica, che secondo Hugo, a partire dalle più tarde edizioni dell'enciclopedia ⁽⁵³⁾ viene posta in

⁽⁵²⁾ F. EICHENGRÜN, *Die Rechtsphilosophie Gustav Hugos*, cit., pg. 45 ss. Nella edizione del 1819 del *Naturrecht* il giurista di Gottinga, richiamandosi a Condillac e pur senza rinunciare del tutto al criterio dell'esattezza per la determinazione del grado di scientificità di una disciplina, integra i concetti precedentemente espressi affermando che «ogni scienza può essere considerata una sezione della lingua che si è particolarmente evoluta» (pg. 82)

⁽⁵³⁾ Cfr. G. HUGO, *Encyclopädie*⁴, pg. 313; *Encyclopädie*⁵, pg. 446; *Encyclopädie*⁷, pg. 581 e *Encyclopädie*⁸, pg. 511.

stretta connessione con la critica filologico-testuale, in una con un significativo addolcimento delle precedenti affermazioni che ciò fosse possibile solo in quanto « Sie nicht historische Data braucht »⁽⁵⁴⁾.

A sua volta dal lato della fisica riveste il criterio di scientificità proprio delle scienze esatte la *medicina forensis*, con la psicologia parte dell'antropologia medica. Infine, per quanto riguarda l'etica, la « Staatswissenschaft (*Politik*), wovon die Philosophie des positiven Rechts, namentlich des Privatrecht, einen eigenen Teil ausmacht »⁽⁵⁵⁾. Tutte queste sezioni della giurisprudenza possono quindi costituirsi in scienze esatte.

Se allora la storia del diritto non può sotto questo profilo aspirare ad essere scienza nel vero senso della parola, ma resta anche nel suo ramo di storia del diritto romano « gelehrte Kenntnis im Gegensatz der eigentlichen Wissenschaften »⁽⁵⁶⁾, essa tuttavia è di gran lunga più scientifica del diritto positivo. Quest'ultimo non è affatto una scienza rigorosa e neanche una scienza che si occupi della natura esterna corporea, e che quindi, anche se non del tutto propriamente, si è abituati a chiamare 'scienze exacte'; bensì si appoggia ad istituzioni e regole umane, che sono diverse secondo tempo e luogo e che « attraverso sconvolgimenti della costituzione, perfino già solo attraverso l'emanazione di un nuovo codice possono perdere del tutto la loro applicabilità »⁽⁵⁷⁾.

Proprio in relazione allo iato sussistente nei confronti della possibilità di trattare scientificamente il diritto positivo ci accorgiamo però che l'uso linguistico di Hugo arriva in ultima analisi non solo a mutare, o per lo meno ad affiancare a 'gelehrt' il termine 'scientifico'⁽⁵⁸⁾, ma che a momenti — sia che ciò si possa ricondurre all'influenza di Spittler⁽⁵⁹⁾, o alla necessità di segna-

⁽⁵⁴⁾ Id., *Encyclopädie*⁴, cit., pg. 313.

⁽⁵⁵⁾ Id., *Encyclopädie*⁸, cit., pg. 511; anche la scienza *economica* vi può essere annoverata.

⁽⁵⁶⁾ G. HUGO, *Encyclopädie*⁵, cit., pg. 443; *Encyclopädie*⁷, pg. 578.

⁽⁵⁷⁾ Id., *Encyclopädie*⁸, pg. 48-9.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Id., *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*⁸, cit., pg. 1 e 28.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. F. EICHENGRÜN, *Die Rechtsphilosophie, Gustav Hugos*, cit., pg. 49. Su Spittler vedi soprattutto G. VALERA, *Scienza dello Stato*, cit., pg. LXIII ss. e cfr. *infra*, cap. IV, par. I.

lare in modo più netto la distanza che lo separava dal diritto naturale tradizionale — la linea di confine tra le due discipline scientifiche viene tracciata addirittura quasi a svantaggio della filosofia: « che sia necessaria una conoscenza del diritto positivo, per poter filosofare sopra di esso, è evidente. C'è sempre il suo vantaggio se si acquisisce un po' di comprensione delle cose che si vuole giudicare. Ma qui è persino indispensabile uno studio erudito e precisamente uno studio del diritto privato, poiché il puro e semplice diritto attuale (*das blosse heutige Recht*) in Germania, o anche soltanto il diritto romano attuale, non fornisce, e di gran lunga, casi così numerosi sul modo come la legislazione esterna (e la consuetudine) possono decidere qualcosa come è invece il caso ad esempio della semplice storia interna del diritto romano (*die blosse innere Geschichte des Römischen Rechts*). Quest'ultima è un vero corso di *esperimenti* sul diritto naturale, e così bene come in un corso di fisica sperimentale può essere esposta anche la teoria, altrettanto bene la *Rechtsgeschichte* potrebbe in certo qual modo prendere il posto e sostenere il ruolo di un vero e proprio diritto naturale » (60).

Dietro queste riflessioni vi sono indubbiamente chiare reminiscenze della filosofia dell'esperienza di un David Hume — del quale com'è noto era fervente ammiratore e ottimo conoscitore (61) — e delle esigenze montesquieviane, ma quello che qui importa sottolineare è come l'elevazione al rango di scienza addirittura sperimentale riguardi principalmente la storia interna e la proietti in una dimensione di per sé diversa da quella del puro diritto romano attuale: una dimensione che ha, inoltre, come finalità il riconoscimento dell'importanza di una 'comparazione' (*Vergleichung*) di diversi sistemi giuridici — il raffronto tra diritto romano classico ed il diritto attuale costituisce così solo l'applicazione di un più ampio principio — nelle loro rispettive peculiarità (62).

(60) G. HUGO, *Naturrecht*, Berlin, 1798¹, pg. V-VI.

(61) Ad avviso di HUGO (*Naturrecht*, Berlin, 1799², pg. 27) non era possibile trovare nessuno che fosse in grado di filosofare sui diritti e gli obblighi « als einem Gegenstand der Erfahrung » in modo più acuto di lui; cfr. anche ID., *Naturrecht*⁴, cit., pg. 87 e vedi F. KAMBARTEL, *Erfahrung und Struktur*, cit., pg. 87 ss.

(62) Cfr. G. HUGO, *Naturrecht*⁴, pg. 41 e vedi J. BLÜHDORN, *Natur-*

Una comparazione rivolta all'individuazione, tanto quanto era il caso per la filosofia del diritto positivo, di un terreno più solido della pura validità, della pura fattibilità, d'una decisionalità che pure è qui riconosciuta come caratteristica irrinunciabile del diritto positivo.

Il criterio decisivo della scientificità di quelle due discipline consiste in definitiva nella loro comune contrapposizione al diritto positivo, nella comune vocazione ad enucleare quei 'Gründe' che renderanno la conoscenza del diritto positivo almeno più scientifica di quanto non possa esserlo la mera conoscenza del diritto vigente, alla ricerca di strutture giuridiche generali che si elevino al di sopra del diritto positivo e siano disponibili in ogni esperienza giuridica; in una parola di una « Allgemeine Rechtslehre »⁽⁶³⁾.

Proprio qui risiede la principale differenza rispetto alla Scuola Storica savignyana: con quell'articolazione delle discipline giuridiche nelle scientifiche filosofia del diritto e storia del diritto, da un lato, e in dogmatica non scientifica (se non nella pura forma della esterna classificazione), dall'altro, Hugo ha separato drasticamente l'elemento pratico da quello scientifico, distruggendo l'orientamento alla prassi peculiarmente caratteristico della dottrina giuridica tradizionale e particolarmente spiccato nella tradizione dell'*Usus modernus*⁽⁶⁴⁾.

È questo passo — un passo che non farà certo scuola nella giurisprudenza tedesca dell'800, nonostante le apparenze in contrario, ma che invece ritroveremo nella sua originaria purezza non a caso nel principale oppositore della Scuola Storica nella prima metà del secolo, e ci vogliamo qui riferire al giurista hegeliano Eduard Gans — il passo che la scuola storica non vorrà compiere (e abbiamo visto come Hugo l'avesse notato assai per tempo), limitandosi invece in generale a ricucire la spaccatura operata sul finire del '700: in una parola, intendendo con scienza giuridica

rechtskritik und « Philosophie des Positiven Rechts ». Zur Begründung der Jurisprudenz als positiver Fachwissenschaft durch Gustav Hugo, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XLI (1973), pg. 15.

⁽⁶³⁾ Cfr. J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « Praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 161.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. *supra*, cap. I, paragrafo secondo.

« storica » molto più una dogmatica — certo modificata nel suo concetto — del diritto vigente, pratico.

2. Il sottofondo di una simile contrapposizione, il più delle volte passata sotto silenzio nello sforzo di una ricerca di ‘ precursori ’ della Scuola Storica, che sembra trovare un suo momento di quiete proprio nella figura del giurista della ‘ scuola ’ di Gottinga essendo a volte sufficiente allo scopo una semplice smorzatura di toni sul suo ‘ pragmatismo ’⁽⁶⁵⁾, emerge più chiaramente ove si rifletta sull’*orientamento* di quelle dottrine, anche nei punti — e sono molti, dalla *Rechtsgeschichte* al riconoscimento di un diritto romano attuale e della consuetudine come fonte, alla stessa apparente riduzione di tutto il diritto a diritto privato⁽⁶⁶⁾ — che possono sembrare i più idonei ad indicare una convergenza sostanziale di intendimenti.

Uno dei punti qualificanti del programma di Hugo — e noi lo assumiamo qui anche solo a livello sintomatico, a prescindere quindi, per ora, da un’indagine su di una sua più o meno completa realizzazione — era infatti quello del collegamento del ‘ diritto naturale ’, ma più ampiamente della stessa disciplina giuridica di per sé, in quanto essa fosse suscettibile di una trattazione ‘ scientifica ’, con la ‘ Politica ’: non senza motivo abbiamo avuto modo di constatare che tra i settori della scienza giuridica che possono aspirare ad essere paragonati alle scienze esatte, proprio la ‘ Staatswissenschaft ’ ne viene a costituire parte integrante⁽⁶⁷⁾.

È questo un momento di particolare rilievo, se si vuole comprendere appieno come, al di là del tenore elogiativo della recensione savignyana alla *Rechtsgeschichte* di Hugo — e secondo la quale alla base di quest’ultima era da riconoscere la « höhere Idee zum Grunde, nach welcher die ganze Rechtswissenschaft selbst nichts Anderes ist als Rechtsgeschichte »⁽⁶⁸⁾ —, siano da osser-

⁽⁶⁵⁾ Sul concetto di pragmatico proprio della scuola di Göttingen cfr. *infra*, specialmente paragrafi terzo e quarto.

⁽⁶⁶⁾ Sotto questo profilo acquisterà un particolare rilievo il rapporto di Hugo con Schlosser.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. *supra*, pg. 191.

⁽⁶⁸⁾ F. C. VON SAVIGNY, *Rezension von: HUGO, Geschichte des Rö-*

vare fraintendimenti più o meno inconsapevoli, ed ancora più precise prese di distanza, che coinvolgono anche profondamente la concezione stessa del diritto romano attuale e della storia giuridica.

Hugo parla ancora a questo proposito di 'Grenzscheidung', di distinzione di ruoli, e stavolta anche di giuridico e non giuridico.

Così la linea di confine tra Politica e 'filosofia del diritto positivo' è agevole da tracciare, poiché alla prima appartiene la filosofia sulla 'Staatsverfassung', sulla costituzione statale, mentre alla 'nostra' scienza rimane consegnata come campo d'azione la filosofia del diritto privato: la politica come la possono insegnare i *non giuristi* è infatti ad avviso di Hugo semplicemente *politica del diritto pubblico*, mentre una scienza che in modo completo presuppone un collegamento di spirito filosofico e di conoscenza giuridiche, si può soprannominare soltanto politica del diritto privato, 'Wissenschaft der Civilgesetzgebung' (69).

Ma, come avremo occasione di osservare anche più oltre con specifico riguardo al problema della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato come fondamento delle sistematizzazioni (70), proprio la pretesa di Hugo di assumersi il ruolo di un Montesquieu del diritto privato (71) ha conseguenze tecniche precise, dirette ed indirette: e non ci si deve lasciare ingannare neppure dalla critica poco prima rivolta allo stesso autore dello 'spirito delle leggi', e intesa a rimproverargli di avere un po' troppo evitato di misurarsi con la vera e propria giurisprudenza (die *eigentliche* Jurisprudenz), ovverosia con il diritto privato, per dedicarsi completamente al diritto pubblico, suscitando così l'erronea impressione che il lato filosofico della giurisprudenza fosse stato da lui completamente esaurito (72).

Per quanto importanti si potranno rivelare infatti in prospettiva queste affermazioni, non si può dimenticare che abbiamo a che fare con una differenziazione tra i due campi solamente quantita-

mischen Rechts, 2. u. 3, Ausg 1799-1806), in *Vermischte Schriften*, Bd. 5, Berlin 1850, Neudruck Aalen 1968, pgg. 1-36, 2.

(69) G. HUGO, *Naturrecht*², cit., pg. 58.

(70) Cfr. *infra* parte II, volume secondo.

(71) Si veda A. BUSCHMANN, *Ursprung und Grundlagen der Geschichtlichen Rechtswissenschaft*, cit., pg. 110 ss.

(72) G. HUGO, *Naturrecht*², cit., pg. 28.

tiva, per quanto riguarda il profilo dell'applicazione della ' politica ' (più pubblicistica) al diritto (più privato), di grado quindi e non di qualità: ed è lo stesso autore che ce ne offre successivamente significativa conferma.

È necessario a questo punto aprire però come avvertenza preliminare una piccola parentesi che ci valga anche per il prosieguo, quando cioè dovremo espressamente riprendere, per analizzarlo più da vicino, il tema della funzione del diritto privato nel sistema di Hugo.

Ad un primo esame infatti il tenore delle espressioni tra la prima e la seconda edizione del ' *Naturrecht* ' — quelle che abbiamo immediatamente sopra addotto — e quelle che intendiamo usare come loro completamento interpretativo, ricavandole dall'edizione del 1819, sembra essere in qualche modo divergente.

Si pone cioè il problema di un mutamento, che, in relazione anche all'assenza nel volume del 1798 di ogni accenno alla insufficienza di tutte quelle distinzioni-separazioni (diritto pubblico-diritto privato, e così via) ⁽⁷³⁾, potrebbe far ritenere giustificata persino la supposizione che di fatto ci si trovi di fronte ad una variazione *radicale* di prospettiva.

Ed in realtà, tutto il *cursus* scientifico del nostro appare caratterizzato da una procedura per ' decisioni ', in ultima analisi non ulteriormente fondabile dal punto di vista scientifico ⁽⁷⁴⁾. Esso è contraddistinto quindi dall'esatto riconoscimento, per usare la terminologia di von Hippel, che non sia di fatto la scienza giuridica a ' scoprire ' dei concetti ' reali ' già impliciti nella esperienza giuridica, come nella prospettiva savignyana ⁽⁷⁵⁾, ma che il suo metodo consista invece in successive ' decisioni d'ordinamento ' ⁽⁷⁶⁾: la stessa collocazione della scienza giuridica in una condizione ' mediana ' tra filosofia e storia del diritto, fa sì, come vedremo, che il ' sistema ' di Hugo sia innervato da numerose aporie.

Tuttavia una tale assunzione verrebbe, in questo particolare caso, a cogliere più il dato di un mutamento di formulazioni —

⁽⁷³⁾ F. EICHENGRÜN, *Die Rechtsphilosophie Gustav Hugos*, cit., pg. 60.

⁽⁷⁴⁾ *Ibid.*, pg. 71.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, cit., pg. 173 ss.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. *supra*, *Introduzione*, pg. 14 ss.

postulando inoltre una aporia che nasce successivamente nel tempo, invece di rappresentarne la 'progressiva' esplicitazione e chiarificazione —, che non il tentativo costante di Hugo di approfondire lentamente, con successivi aggiustamenti, quella che è una prospettiva in lui sin dal principio presente.

Egli stesso e proprio fin dalla *Vorrede* alla prima edizione del *Naturrecht* aveva messo in guardia il lettore e possibile recensore da troppo frettolose conclusioni, collocandosi anche politicamente in una posizione di equidistanza dagli estremi, che non nascondeva il suo intimo sottofondo di fortissime tensioni, quasi punto di incontro di vettori di forze fisiche contrastanti: « Deve forse l'autore essere annoverato fra gli *Aristocratici* ed essere definito un sostenitore del partito degli Aristocratici? Egli ha difeso la schiavitù, la monarchia senza limiti, la nobiltà di nascita e la possibilità dell'arbitrario licenziamento dagli uffici pubblici. Lo si vorrà ritenere un *Democratico*, un giacobino, un vero e proprio *ultrarevolutionnaire*? Non ha forse biasimato la proprietà *privata*, e predicato la repubblica universale? Che egli sia un cieco appassionato sostenitore del diritto romano lo si lascia altrettanto bene dimostrare, come che egli rifiuti sempre ciò che è puramente esistente e comunemente accettato solo per il fatto di essere tale. Gioca a fare la parte del kantiano in modo addirittura così ridicolo che non si perita di trasferire nel diritto naturale stesso le 'qualità' della materia e la dottrina delle categorie, e tuttavia non c'è alcuno scrittore che sia tanto spesso elevato al rango di avversario, se non appunto lo stesso Kant. Se dovesse diventare difficile scegliere, fra così numerosi principii contrapposti l'uno all'altro, un motivo per un giudizio di condanna, ci si potrà sempre appigliare proprio a questa difficoltà, e dire che l'autore non sa lui stesso cosa vuole. Ma per un giudizio approfondito e, allo stesso tempo, per semplicemente capire questo libro si abbisogna di due tipi di sapere che certamente è assai più facile trovare in Germania l'uno separato dall'altro: giurisprudenza e filosofia. » (77).

Siamo allora in grado di comprendere come quando Hugo riprende nel 1819 l'argomento con maggior dovizia di particolari, abbia proprio l'intento non già di ritrattare, ma senz'altro di me-

(77) G. Hugo, *Naturrecht*¹, cit., *Vorrede*, pgg. IV-V.

glio precisare le espressioni, di accentuare con più forza, all'interno di un contesto sentito come particolarmente rilevante, quello che sin dal principio era il senso del suo sforzo metodico.

Uno sforzo metodico che per più rispetti costituirà l'esatto inverso della vicenda che la scienza civilistica al suo culmine vivrà nell'Ottocento: là lo sforzo di 'applicare' le conquiste e i metodi civilistici al diritto pubblico⁽⁷⁸⁾. Qui invece il tentativo di realizzare 'principalmente' per il diritto privato ciò che già era stato realizzato nel campo delle materie pubblicistiche: « Aus sehr vielen Gründen *muss diess, was bisber nur im Staatsrechte geschah, hauptsächlich im Privatrechte geschehen* »⁽⁷⁵⁾.

A tal punto Hugo rimane fermo e cosciente di una simile iniziale certezza, che già in una nota a questa sua affermazione poteva sottolineare come elemento differenziatore tra il suo 'Allgemeines bürgerliches Recht' e quello che nello stesso periodo Hufeland veniva proponendo nel suo tentativo di applicare il criticismo kantiano alla scienza giuridica, il fatto che quest'ultimo escludesse nel suo 'diritto civile generale' tutte le questioni politiche⁽⁸⁰⁾; invece il diritto privato non può essere visto se non nell'ottica dell'ultimo di tre stadi nei quali è possibile suddividere quell'antro-

⁽⁷⁸⁾ Per questa vicenda cfr. soprattutto M. FIORAVANTI, *Giuristi e Costituzione politica*, cit., *passim*.

⁽⁷⁹⁾ G. HUGO, *loc. ult. cit.*, pg. 10.

⁽⁸⁰⁾ *Ibid.*, pg. 11. In questo senso certo Hufeland si rivelava più vicino ai contemporanei tentativi borghesi di concepire la società civile esclusivamente come una *Privatrechtsgesellschaft*; non a caso egli esprimerà, portandolo più avanti di quanto lo stesso Schlözer non avesse già potuto fare, il principio della separazione tra Stato e Società civile come una proposizione assiomatica nel suo diritto naturale (cfr. *infra* pg. 294, nota 315). Hugo invece rimaneva piuttosto ancorato alla precedente dimensione « metapolitica », propria dello stesso Schlözer, non potendo superare interamente l'ipoteca del carattere tutto sommato ancora legato alle impostazioni aristoteliche che era proprio della sua concezione della politica. Non senza motivo Hugo avrà, altresì, a definire Schlosser come suo precursore; quello Schlosser cioè che, come vedremo, utilizzerà appunto ancor dopo la Rivoluzione Francese la politica di Aristotele come strumento interpretativo di quello stesso evento. Non saremo allora presi alla sprovvista quando sorprenderemo Hugo, che pure postulava la scienza del diritto privato come giurisprudenza 'vera e propria', a riaccogliere addirittura nella stessa definizione del concetto di obbligazione il momento giuspubblicistico come sua parte integrante.

pologia giuridica, che costituisce il fondamento e la propedeutica della 'critica' e della 'apologetica' del diritto privato: lo stadio nel quale si studia l'uomo in quanto « Bürger eines gegebenen Staats »⁽⁸¹⁾.

Il diritto privato è allora non casualmente, secondo un uso linguistico già a noi noto⁽⁸²⁾ « der Inbegriff von Wahrheiten über die Rechtsverhältnisse *der Mitglieder des Staats* gegeneinander »⁽⁸³⁾.

Possiamo ora ascoltare, senza il pericolo di proiettarvi immagini deformanti, le parole con cui Hugo difende e chiarifica, al di là di ogni possibile dubbio, il suo 'progetto' e, aggiungeremmo, l'eredità illuministica in esso contenuta, proponendo quasi una dichiarazione programmatica degli intenti che animavano le sue asserzioni più risalenti nel tempo: « La Politica è nel vero originario senso della parola ('Wissenschaft' della *Polis*, della *civitas*, dunque *civilis scientia*) proprio quella parte della filosofia della quale noi ci occupiamo, ed è un grosso travisamento del concetto se assai recentemente in Germania, nel momento in cui si è cominciato a contestare la filosofia del diritto positivo, si è voluto identificare la politica semplicemente con la *Klugheitslehre*, e la si è voluta contrapporre del tutto al diritto⁽⁸⁴⁾. Il confine più naturale tra

(81) G. HUGO, *loc. ult. cit.*, pg. 34 ss.

(82) Cfr. di nuovo *supra* premessa, pg. 67 ss.; 61, nota 17.

(83) G. HUGO, *Naturrecht*¹, pg. 44.

(84) Di qual è il senso e di quali sono le fonti — interpretate certo uniformandole in un'ottica secondo la quale il wolfiano Ickstadt e Rousseau sono all'occorrenza posti su uno stesso piano — di una simile presa di posizione è lo stesso Hugo a fornircene indicazione: « Von einem *Jus politicum* Sprach doch Griebner und Ickstadt; von *droit politique* Montesquieu, Rousseau, Letzter sogar gleich bey der Ueberschrift seines *contract social*, und so viele andere » (*Naturrecht*⁴, pg. 7).

La riduzione della politica a *Klugheitslehre* non era di per sé tuttavia qualcosa di scorretto e si rivelava anzi come dato corrente agli inizi del XVIII secolo; cfr. J. BRÜCKNER, *Staatwissenschaften, Cameralismus, Naturrecht*, cit., pg. 197 e vedi approfonditamente sul punto, *infra*, pg. 439 ss.

Ma Hugo intende qui, agli inizi dell'Ottocento, la novità dell'intrapresa che con quella distinzione concettuale veniva ora portata a termine. Riducendo la politica a quella dimensione la si riconosceva in ultima analisi come 'qualità' strutturalmente collegata ad una concezione assolutistica del diritto e dello Stato, respingendola conseguentemente al di fuori

la politica e la nostra filosofia del diritto positivo è quello che la Politica si riferisce *più* al diritto pubblico (*mehr auf das öffentliche Recht*) e la nostra scienza invece *più* al diritto privato (*mehr auf das Privatrecht*). In tal modo resta altresì inteso che la Politica può essere esposta anche molto bene da non giuristi »⁽⁸⁵⁾.

In sostanza, si potrebbe concludere, la contrapposizione tra politica e diritto, persino nell'ambito del diritto privato, non è una prospettiva che rientri tanto facilmente nell'ottica di Gustav Hugo.

Ricerca una motivazione più approfondita di questo atteggiamento significa incontrare anche in relazione al problema del 'diritto privato generale', della filosofia politica del diritto privato — problema, come si ricorderà, comune anche ad uno Zachariae⁽⁸⁶⁾ — l'influsso certamente esercitato sulla concezione di Hugo dalla scuola gottinghese di Pütter, il celebre pubblicista, consolidatore della tradizione dello 'Staatsrecht' sul finire del XVIII secolo, e specialmente dalla figura del 'geniale'⁽⁸⁷⁾ autore della « Enzyclopädie und Geschichte der Rechte in Deutschland », Johann Friedrich Reitemeier⁽⁸⁸⁾.

del diritto privato). Così come non rinuncerà mai del tutto al concetto di felicità, allo stesso modo Hugo ritiene ora di doversi opporre anche a questo troppo radicale modo di procedere.

Sul problema della *Klugheitslehre* e della configurazione che essa assume all'interno della tradizione wolffiana e thomasiana alla quale Hugo non casualmente si richiama (sul giurista thomasiano Griebner cfr. H. RÜPING, *Die Naturrechtslehre*, cit., pg. 119 ss.), si veda da ultimo R. SCHULZE, *Policey und Gesetzgebungslehre im 18. Jahrhundert*, Berlin, 1982, pg. 64 ss.

⁽⁸⁵⁾ G. HUGO, *Naturrecht*⁴, cit., pg. 6.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. *supra*, cap. II e vedi anche R. SCHULZE, *Policey*, cit., pg. 205.

⁽⁸⁷⁾ Così F. VON HIPPEL, *Gustav Hugos Arbeitsplan*, cit., pg. 29.

⁽⁸⁸⁾ Nato a Göttingen nel 1755, allievo di Heyne e Pütter, ed ivi professore dal 1783 al 1785: fu poi attivo a Francoforte sull'Oder, dove prese conoscenza con le strutture dello Stato prussiano, traendone nuove prospettive di ricerca. Dal 1805 fu professore a Kiel; morì ad Amburgo nel 1829. L'opera sua più celebre è senza dubbio l'*Encyclopädie* citata nel testo ed uscita nel 1785 a Gottinga. Ma è bene sottolineare, proprio perché quest'elemento è sfuggito nel suo rilievo persino ad un acuto lettore come Landsberg, che pure vi accenna meravigliandosi per l'accoglienza entusiastica cui quel volume sarebbe andato incontro nonostante l'elementarità della sua impostazione, è bene sottolineare, dicevamo, che la sua

Sarà questo un rapporto che si rivelerà decisivo in modo particolare per la configurazione della stessa struttura della *Rechtsgeschichte* e quindi del suo peculiare metodo di esposizione del diritto romano, che ci pare una 'spia' rilevante della appartenenza del 'progetto' del nostro all'epoca storica in cui emerge la dialettica 'Bürger-Staatsbürger': nel momento in cui, quindi, più viene avvertita la necessità di una sintesi, di una integrazione tra la componente *latu sensu* statale e quella privatistica, senza che le dimensioni della società civile e dello Stato, pur iniziando ormai a *distinguersi*, siano avvertite come alternative.

La politica non è cioè ancora divenuta monopolio tendenzialmente esclusivo dello Stato, fino a colorarsi di accenti negativi — anche se essa tende a concentrarsi nella 'sfera pubblicistica', questa non è guardata ancora con sospetto —; ma può ancora significativamente essere usata anche al livello del diritto privato.

attività rinnovatrice degli studi giuridici inizia con un lavoro sistematico, e precisamente il *Conspectus iuris Romani ad eius naturam ordine dispositi*, Göttingen, 1784, nel quale faceva proprie le suggestioni del suo maestro Pütter, che lo indirizzavano alla ricerca di una *Richtige Ordnung* del diritto. A questo piccolo scritto spetta tuttavia, come diremo, un'importanza tutta particolare proprio per la storia della storia giuridica (cfr. anche *infra*, pg. 215, nota 129).

Tra le sue opere più tarde possono essere ricordati: *Über die Redaction eines deutschen Gesetzbuches aus den brauchbaren aber unveränderten Materialien des gemeinen Rechts in Deutschland*, Frankfurt an der Oder, 1800; *Allgemeines Deutsches Gesetzbuch*, Frankfurt an der Oder, 1801; ed infine *Über Gesetzgebung insbesondere in den deutschen Reichstaaten*, Frankfurt an der Oder, 1806. Benché gli ultimi scritti del nostro fuoriescano dall'angolo visuale di questa ricerca, merita soffermarsi un attimo su di una considerazione. L'ottica del diritto positivo generale che era largamente un 'bene comune' della scuola di Gottinga lo spinge infatti a poco a poco a trasferire l'obbiettivo della sua lode (talvolta dai toni apologetici) dal Codice prussiano direttamente al Codice Napoleone: di fatto, una delle sue ultime opere significative reca il titolo veramente degno di nota, *Das NapoleonsRecht, als allgemeines Recht in Europa, insbesondere in Deutschland betrachtet*, Frankfurt, 1809; cfr. E. FEHRENBACH, *Traditionale Gesellschaft*, cit., pg. 73 e 162. Una testimonianza di più che il trapasso da ottiche 'assolutistiche' ad ottiche 'modernistiche' possiede dei confini assai più sfumati di quanto una prima impressione non renda percepibile.

Per ulteriori informazioni su Reitemeier è d'obbligo rinviare ancora a H.-U. STÜHLER, *Die Diskussion*, cit., pgg. 119-127.

Né può trattarsi qui di una immaginaria ricerca di 'precedenti', di indeterminati 'influssi' più o meno aleatori, nel tentativo di costruire astratte e continuistiche filiazioni: lo stesso Hugo ricorderà più volte riconoscente l'apporto all'elaborazione del suo pensiero fornitogli dalle mediazioni contenute nei volumi di Pütter⁽⁸⁹⁾ e battezerà il lavoro di Reitemeier, nella seconda edizione del *Naturrecht*, come il 'nucleo', il germe del suo sforzo attuale; non, come si potrebbe ritenere, rimanendo nel vago, ma indicando invece, accanto al contenuto globale dell'opera, la peculiare dottrina « eines allgemeinen positiven Rechts » come lo specifico tramite tra le riflessioni precedenti e la attuale loro ripresa ed originale sviluppo⁽⁹⁰⁾.

(89) Cfr. G. MARINI, *L'opera di Gustav Hugo*, cit., pg. 60.

(90) Si tratta di un riconoscimento estremamente significativo non solo perché Hugo, come pure è stato notato, ravvisa nel volume di Reitemeier il nucleo della sua attuale impostazione scientifica, ma proprio per la precisa individuazione all'interno dell'*Encyclopädie* di una determinata sezione, come quella che si era rivelata decisiva in questo senso; « Von Seite 21 bis 31 steht eine Skizze eines allgemeinen positiven Rechts und in ganzen Buche gar manches, weswegen ich dasselbe dankbar als den Keim des Gegenwärtigen erkenne » (*Naturrecht*², cit., pg. 35; la seconda sottolineatura è di Hugo). A quest proposito si rivela però di un qualche rilievo gettare una sguardo sulle date. La frase che abbiamo appena citato è del 1799.

Precisamente dieci anni prima però Hugo aveva avuto un'altra occasione di esprimersi sull'opera di Reitemeier, dal momento che direttamente essa non rientrava nello spazio temporale coperto dalla sua attività di recensore, che ebbe inizio nel 1788 —: quella sede era stata rappresentata da una recensione che aveva per oggetto la seconda opera che si era incamminata sulla strada additata da Reitemeier. Vogliamo alludere alla *Encyclopädie und Geschichte der Rechte in Teutschland* (1826) di quel Tafinger che abbiamo già avuto modo di incontrare. Anche allora il giudizio sul lavoro di Reitemeier era stato in generale positivo, perché vi veniva riconosciuto che egli era stato il primo a riunire la storia interna alla storia esterna del diritto ed a unificare la trattazione della storia delle fonti con quella delle dottrine.

Ma, e ci pare un dato che non è stato finora osservato nella sua giusta luce, il discorso di Hugo procedeva poi su binari diversi. A sua detta infatti l'opera di Tafinger si differenziava dalla precedente sotto tre profili: « Dass er die *allgemeine Geschichte aller Rechtssysteme* aus seinem Plane weglässt, und sich blos auf Diejenigen einschränkt, welche in Deutschland wichtig

Già Pütter — sia detto di passata, lodato, praticamente unico tra i giuristi del tempo, da Goethe per la chiarezza del suo stile ⁽⁹¹⁾ — aveva ritenuto di iniziare i suoi 'Contributi al diritto tedesco statuale e principesco' del 1777 con un articolo significativamente intitolato: « Del valore di *principii generali* (allgemeine Grundsätze) rettamente determinati od anche *di semplici ipotesi*

sind; dass er von der politischen Geschichte eines Volkes *weniger*, und von der Rechtsätzen *mehr* Detail hat, als Hr. R., und dass er nicht so ängstlich Jeden Schein von Literatur vermeidet. *Rec. stimmt ihm in allen drey Punkten bey! besonders haben die wenigen Blätter, welche Hr. R. einer juristischen Classification aller Völker gewidmet hatte, dem Ganze Buche geschadet* » (G. HUGO, *Beyträge*, cit., Bd. 1, pg. 161).

Questo passo è di estremo rilievo e merita alcune considerazioni. Sotto un certo profilo Hugo ritiene che Reitemeier abbia un po' ecceduto nel concedere spazio alla storia politica, ma non perché, come potrebbe sembrare, egli rifiuti quella dimensione — Savigny avrà occasione di rimproverarlo quasi negli stessi termini nella recensione del 1806 alla prima edizione della sua *Rechtsgeschichte*, e proprio sotto questo aspetto — bensì avendo riguardo ad un dato quantitativo: si tratta di dedicare più attenzione ai dettagli giuridici perché, come subito dopo aggiungerà, la storia politica dei romani costituisce una parte integrante e centrale del corso (*collegium*) sulla *Weltgeschichte* e si tratta quindi di armonizzare le prospettive. La terza critica non ha grande significato; è piuttosto il primo punto che sollecita invece la nostra attenzione.

La critica di Hugo del 1789 è certamente comprensibile solo nell'ottica della difesa delle stesse conquiste di Reitemeier contro la storiografia tradizionale; Hugo, cioè, non vuole che il giurista tradizionalista venga spaventato da una storia del diritto troppo ampia e che i sostenitori del metodo di un Heineccius traggano un pretesto contro il nuovo 'stile', nell'argomento « was doch die Calmücker ... in einer *Historia juris* Thun sollten » (*ibid.*). E tuttavia, sorprendentemente, « i pochi fogli che hanno danneggiato tutta l'opera » sono proprio le pagine che nel 1799 Hugo riconoscerà come il germe del suo lavoro: esse costituiscono infatti la sezione sul diritto positivo generale comune a tutti i popoli.

Bisognerà quindi assumere che Hugo abbia sul punto mutato tra il 1789 e il 1799 il suo precedente avviso, e che, se pure rimase sempre fermo, nell'ambito storiografico, alla storia romana, l'*Enciclopedia* di Reitemeier rappresenti tuttavia a partire da quel momento un decisivo banco di prova per il suo progetto globale. Un progetto che anzi proprio rispetto ad essa viene precisandosi.

⁽⁹¹⁾ J. W. GOETHE, *Dichtung und Wahrheit*, cit., lib. VII, pg. 277.

nella giurisprudenza e specialmente nel diritto dello Stato e dei principi territoriali »⁽⁹²⁾.

Per Pütter la legislazione ha come fine la 'completezza', la compiutezza (*Vollkommenheit*), seppure si tratti di un fine solo 'tendenziale': ogni legge potrà essere ritenuta tanto più completa quanto più essa sia concepita brevemente, e, nonostante questa sua qualità, quanto minor numero di casi riesca a lasciare irrisolti di quelli che via via si presenteranno e che siano astrattamente sussumibili sotto la sua normativa.

Ma una simile completezza sarà raggiungibile soltanto se il legislatore riuscirà nel difficile compito di promulgare non leggi che assumano, analizzate più da vicino, una forma simile a quella di una decisione di casi singoli — non quindi una forma di leggi- 'provvedimento', 'casistiche' —, ma di prescrivere invece come norme 'allgemeine richtig bestimmte Grundsätze', secondo le quali sarà possibile (ad altri) decidere giustamente più casi di uno stesso tipo⁽⁹³⁾.

Già dalle prime battute dello scritto di Pütter è possibile ricavare in controtuce quella che è una delle esigenze portanti di tutto il suo intervento. Egli è un autore che non manifesta alcuna fiducia in un diritto naturale alla Wolff, pur riconoscendone — elemento questo da non trascurare — gli indubbi meriti dal punto di vista della salvaguardia della 'razionalità' del procedimento argomentativo 'dogmatico'⁽⁹⁴⁾; un diritto naturale volto a esaurire le 'verità' giuridiche, che dovrebbero essere attinte da tutt'altre fonti, 'solo' a partire da dimostrazioni puramente filosofiche. E sono critiche che rivestono certo notevole significato anche per

⁽⁹²⁾ Per le notizie bibliografiche relative a Pütter (1725-1807), a torto assai più genericamente noto per essere stato tra i maestri di Hugo che non per i suoi specifici meriti, è indispensabile rinviare a W. EBEL, *Der Göttinger Professor Johann Stephan Pütter aus Iserlohn*, Göttingen, 1975, pgg. 7-52. Il saggio citato nel testo è il lavoro di apertura del primo volume dei già ricordati *Beyträge zum Teutschen Staats- und FürstenRechte*, Göttingen, 1777, pg. 1 ss.

⁽⁹³⁾ J. S. PÜTTER, *Von dem Werthe richtig bestimmter allgemeinen Grundsätze oder auch blosse Hypothesen in der Rechtsgelehrsamkeit, besonders in Teutschen Staats-und FürstenRechte*, cit., pg. 2 (d'ora in poi sarà citato come *Beyträge*).

⁽⁹⁴⁾ Cfr. sul punto W. NEUSÜSS, *Gesunde Vernunft*, cit., pg. 76-77.

Hugo, se egli riterrà di doverle stampare nella sua rivista⁽⁹⁵⁾: per un autore come il pubblicista gottinghese, dicevamo, si tratta invece di ricondurre la legge ad una prospettiva 'formale', generale. Non bisogna dimenticare che tutta la scuola dei pubblicisti di Göttingen, in forza del suo 'positivismo', tenne sempre fermo come punto di riferimento teorico il carattere statale del Reich⁽⁹⁶⁾, — di 'respublica composita'⁽⁹⁷⁾, formata a sua volta da altri Stati — e vedremo subito in che connessione questa 'stabilità' di premesse stia con il tentativo di Pütter di adeguare le vecchie strutture ed in qualche modo di rinnovarle dall'interno.

Ma lo stato attuale della legislazione è ben diverso, le leggi vengono per lo più determinate sulla base di singoli 'Vorfälle', di casi specifici solo apparentemente formalizzati a livello generale. In tal modo risulterà praticamente difficilissimo porre loro accanto con forza di legge unicamente dei principii generali: l'esperienza di quegli stessi pochi tentativi di emanare un 'codice generale' — significativamente Pütter nomina qui solo il processo e il diritto criminale come settori *generali* codificabili, ed in più fa solo riferimento alla possibilità di un codice « auch nur in *einem gewissen Fache* »; il diritto privato potrebbe al massimo essere implicitamente qui ricompreso, come 'branca specifica' —, quell'esperienza ha mostrato che quanto più il legislatore si premura di approntare principii generali, tanto più spesso di fatto risulta poi necessario emanare nuove e più specifiche leggi, talvolta per limitare, talaltra per estendere o correggere quegli stessi principii, evidentemente non 'giustamente' concepiti.

Proprio da questa difficoltà di individuazione dei principii 'generali' vediamo nascere qui quel certo 'illuministico' scetticismo nei confronti della codificazione che sarà proprio anche di Hugo, pur se con diversi fondamenti⁽⁹⁸⁾: esso giungerà notoriamente a Savigny, il quale, sebbene non sia forse impossibile collo-

(95) In *Civilistisches Magazin*, II (1797), pg. 55 ss., ma proprio inutile degli apprezzamenti positivi che Pütter tuttavia ancora riservava al Wolff, cfr. M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pgg. 411-2.

(96) Cfr. K. O. F. VON ARETIN, *Von Deutschen Reich zum Deutschen Bund*, Göttingen, 1980, pg. 12-13.

(97) Cfr. W. EBEL, *Pütter*, cit., pg. 100, nota 102.

(98) Vedi J. BLÜHDORN, *Positivität und Empirie*, cit., pg. 132.

carlo sul punto in una linea di accentuata continuità ' politica ', se ne distacca però in non poche questioni ' tecniche '.

Infatti — e proseguiamo qui nella disamina della logica del pensiero di Pütter — se tutto questo contribuisce a rendere impossibile di fatto anche sotto un profilo teorico la conoscenza delle leggi, non si può certo dire che la situazione migliori qualora ci si rivolga ai popoli che con poche leggi o addirittura con nessuna⁽⁹⁹⁾ si servono della consuetudine come fonte del diritto.

E non migliora perché anche la consuetudine ha per Pütter ' formalmente ' la stessa struttura della legge; anche qui sono decisivi sempre i casi singoli, sia pure nella loro iterazione.

Poiché quindi non è compito facile ricondurre un diritto, di qualsiasi specie esso sia, a fondamenti generali esatti ed utilizzabili, è indispensabile mettere in chiaro di quale procedimento concettuale sia opportuno servirsi: « Si tratta dapprima di porre una quantità di tali casi, così come sono stati *decisi* attraverso *le* leggi o *le* consuetudini, in una serie, a seconda che appartengano a certi settori o secondo certe attività; paragonare con questi casi così ordinati altri casi simili od opposti; riflettere sull'occasione che ha determinato la legge o il diritto consuetudinario e sui loro veri fondamenti; esaminare attentamente le conseguenze di ogni e ciascuna proposizione, se essa viene determinata in un modo o piuttosto che in un altro; chiamare in aiuto in ognuno di questi momenti *esperienze e osservazioni* (Erfahrungen und Beobachtungen) proprie ed altrui per poterne ricavare una giusta determinazione del principio generale che giace al fondo della materia indagata »⁽¹⁰⁰⁾.

Non è un caso se Pütter si richiama ad un tale metodo ' sperimentale ' ; la difficoltà di realizzazione di un simile procedimento ' scientifico ' e la sua stessa configurazione si attagliano difficilmente ad un legislatore.

Così lo scopo che doveva essere raggiunto è già contenuto implicitamente nelle premesse.

La ' scientificizzazione ' di queste ultime — promossa secondo un modello ' sperimentale ' che con tutta probabilità è da ricondurre ,attraverso la mediazione del ' Popular-und Erfahrungsphi-

⁽⁹⁹⁾ J. S. PÜTTER, *Beyträge*, cit., pg. 3.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibid.*, pg. 4.

losoph' Georg Heinrich Feder⁽¹⁰¹⁾, collega di Pütter e uno dei maestri di Hugo, alla *Inquiry* (1751) di David Hume, il quale per parte sua già aveva preso contatto in quell'opera con le tematiche dello 'Spirito delle leggi' montesquieviano⁽¹⁰²⁾ —, una tale scientificizzazione conduce, quasi necessariamente, alla semplice quanto secca conclusione: « *Das alles ist mehr das Werk eines Rechtsgelehrten als eines Gesetzgebers* »⁽¹⁰³⁾.

Indubbiamente in questo contesto il 'primato' della scienza giuridica che Pütter propone è un primato che, conformemente alla 'tradizione', non coinvolge solo il 'puro scienziato', ma 'ogni' giurista compreso il giurista pratico, sia esso giudice, avvocato o 'consiliator': ma già si profila un argomento significativo che è sintomo della 'espansibilità' di quella stessa scientificizzazione.

Senza principii generali è infatti *impossibile* sviluppare « ein *Rechtssystem, das den Namen einer Wissenschaft verdient* »⁽¹⁰⁴⁾: qui si fa luce allora al contempo l'esigenza che il sistema divenga criterio 'interno' di scientificità del diritto — un sistema che possa essere quindi identificato con la 'scienza' — ed inoltre l'aspirazione a che esso sia collegato a quei principii generali che è compito più del giurista-scienziato che del legislatore individuare.

Una tale acquisizione va di pari passo, però, con un tipo di argomentazione che già abbiamo avuto modo di incontrare come specifico di una tradizione assai viva anche nel tardo *Usus modernus*; l'attività del giurista conserva la sua autonomia di fronte a quella del legislatore proprio perché le proposizioni — 'dogmi' — da lui proposti non costituiscono proposizioni aventi forza normativa obbligatoria, neppure una volta assorbite all'interno di una 'codificazione': « *Freilich sind solche nur von Rechtsgelehrten aufgestellte Grundsätze keine Gesetze, noch von irgend einiger verbindlichen Rechtskraft* »⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰¹⁾ Su Feder, anch'egli tra gli insegnanti di Hugo, e da annoverare significativamente anche tra i seguaci di Adamo Smith in Germania, vedi A. NAHRGANG, *Die Aufnahme der wirtschaftspolitischen Ideen von Adam Smith*, cit., pg. 33 ss.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. sul punto J. BLÜHDORN, *loc. ult. cit.*, pg. 134 nota 23.

⁽¹⁰³⁾ J. S. PÜTTER, *Beyträge*, cit., pg. 4.

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibid.*, pg. 5.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibid.*, pg. 5 e cfr. pg. 16.

Essi possono essere lacunosi, erronei, da respingere, e addirittura, se proposti in modo scientemente erroneo con secondi fini, perseguibili penalmente. Ma queste 'allgemeine Grundsätze', proprio per la loro inizialmente inevitabile incompiutezza o erroneità, danno luogo ad un procedimento di successive 'falsificazioni', che al suo termine porterà, attraverso riflessioni e ripensamenti, altrettanto inevitabilmente « zu *völlig richtig* bestimmten Rechtsgrundsätzen ».

Il diritto romano stesso non ha infatti altro da mostrare 'für vorzüglichere Stellen' del suo codice se non proprio quei passi che nelle opere di Ulpiano e Papiniano inizialmente erano stati pensati soltanto come 'theoretische Rechtsgrundsätze' ⁽¹⁰⁶⁾.

Pütter giunge in sostanza espressamente a coniugare le 'allgemeine Rechtsätze', i dogmi del giurista con quelle che nelle altre scienze si definiscono ipotesi, cioè con quelle proposizioni che non si possono dimostrare fino al punto di ritenerle verità indubitabili; ma che, pure, sulla base di rilevanti fondamenti, si possono tuttavia temporaneamente assumere come vere, fintantoché non sopraggiunga in seguito un elemento che le possa 'falsificare', ponendò al loro posto qualcosa di meglio: che sia tale cioè da costringere il giurista (o lo scienziato) ad abbandonare l'ipotesi precedente oppure ad adattarla 'introducendovi' maggiori determinazioni e le necessarie correzioni.

Senza simili ipotesi né la fisica, né l'astronomia e neppure la filosofia avrebbero potuto raggiungere il livello di 'Aufklärung' nel quale attualmente sono venute a trovarsi ⁽¹⁰⁷⁾: è questo un segno sufficiente, ad avviso di Pütter, perché non si debba scorgere

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibid.*, pg. 6.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibid.*, pg. 7.; il riferimento ha un qualche significato, perché il rapporto tra ipotesi e sistema, o meglio l'identificazione di un sistema inteso come ipotesi generale, rappresenta, come vedremo, un nodo decisivo della storia della dottrina del sistema, proprio anche rispetto a Kant e alla 'via' che conduce verso il concetto di sistema *interno*; vedi per il momento F. KAMBARTEL, *System und Begründung als wissenschaftliche und philosophische Ordnungsbegriffe bei und vor Kant*, in *Philosophie und Rechtswissenschaft*, hrsg. von J. BLÜHDORN und J. RITTER, Frankfurt am Main, 1969, pg. 93 ss.

ostacolo alcuno a consigliare anche al giurista (*Rechtsgelehrte*) un analogo uso di ipotesi generali.

Sarebbe però in definitiva fuorviante accentuare soltanto il fenomeno dell'applicazione di prospettive 'induttivistiche' alla scienza giuridica senza cogliere il loro carattere 'strumentale' ad una ben specifica disciplina; bisogna certamente procedere nell'analisi di ogni oggetto 'bis auf dessen tiefsten Grund', un fondamento che si potrà rinvenire o nella natura della cosa⁽¹⁰⁸⁾, o nei costumi del popolo oppure nella stessa costituzione (*Verfassung*) di ogni paese, od anche in tutti questi elementi riuniti, secondo una prospettiva che tiene ancora non a caso il principio sistematico legato ad una concezione 'enciclopedica'⁽¹⁰⁹⁾ del sapere giuridico, una concezione che troverà proprio in Hugo uno degli ultimi rappresentanti di vero rilievo.

Tuttavia Pütter si affretta a modificare immediatamente la portata generale delle sue affermazioni in favore di una limitazione, in forza di ragioni oggettive, di quello stesso procedimento allo 'Staatsrecht': « Am allermeisten trifft das alles noch *ungleich mehr im Staatsrecht als in Privatrechten* ein, und vielleicht in keinem mehr, als in unserem Teutschen Staatsrechte »⁽¹¹⁰⁾, palesando chiaramente che si trattava di metodo pensato, in primo luogo, in riferimento alla situazione statuaria tedesca.

Se questo metodo appare così adeguato al 'diritto pubblico' del *Reich* tedesco è infatti a causa della caratteristica di accordo contrattuale (*vertragsmäßige Einwilligung*) tra più parti che le sue norme vengono ad assumere. Una tale caratteristica rende difficilissima l'individuazione delle 'allgemeine Grundsätze', poiché proprio il loro carattere politico le consegna alla stabilità: una volta poste, « non è così facile, come invece nel caso delle leggi concernenti il diritto privato, poterle rimuovere o cambiarle »⁽¹¹¹⁾. L'elemento 'politico' caratteristico del diritto pubblico appare quindi

(108) Cfr. H. MARX, *Die juristische Methode der Rechtsfindung aus der Natur der Sache bei den Göttinger Germanisten J. S. Pütter und J. F. Runde*, Diss. iur., Gottingen, 1967.

(109) Si veda sul punto W. NEUSÜSS, *Gesunde Vernunft*, cit., pg. 80.

(110) J. S. PÜTTER, *Beyträge*, cit., pg. 9.

(111) *Ibidem*.

fattore di stabilità più forte di quello che è raggiungibile dal diritto privato.

Quanto più quindi queste leggi rispecchiano gli interessi e le inclinazioni degli imperatori e dei principi elettori, dei semplici principi ecclesiastici o laici per finire alle più varie categorie e sud-distinzioni di ceti, e quanto più questi interessi sono contrastanti, tanto più l'accordo compromissorio faticosamente raggiunto sarà ritenuto definitivo: e tanto meno si sarà disposti ad esternare nelle 'Reichsgrundgesetze' dei principii generali, che da un lato non conterebbero sull'assenso dei contraenti e dall'altro impedirebbero loro di volgere a proprio favore le controversie che necessariamente in continuazione ne scaturiscono.

Ma se il giurista-teorico vuole (e deve) costruire una 'struttura' per lo 'Staatsrecht', in modo che esso possa essere trattato come una 'scienza', non può limitarsi a ricavare le scarse indicazioni che risultano dalle leggi stesse, qualora esse non siano frutto di un procedimento controverso o, in caso contrario, ad addurvi i fondamenti che una delle parti potesse richiamare in suo esclusivo favore.

L'impalcatura giuridico-scientifica ne risulterebbe in modo troppo insignificante separata dal suo oggetto: per scopi scientifico-didattici tutte queste perplessità possono essere invece lasciate da parte e i principii ricercati non soltanto all'interno delle leggi stesse, ma mediante un procedimento di 'comparazione' analogica direttamente nella 'Verfassung', nei principii politici che la informano, oppure anche « mit Zuziehung der Geschichte und des allgemeinen Staats - und Völkerrechts »⁽¹¹²⁾.

L'ipotesi — il procedimento di costruzione di proposizioni giuridiche estratte dall'esperienza e dalla storia, un procedimento che presuppone, in fondo, la postulazione della conformità della natura e della storia a regole o leggi⁽¹¹³⁾ — è quindi lo strumento idoneo a consolidare, su altre fondamenta da quelle di una pura e semplice analisi del dato, una struttura statale non dominabile scientificamente proprio per la sua eccessiva 'positività' e frammentazione: la 'critica' del diritto positivo, che per Hugo costi-

⁽¹¹²⁾ *Ibid.*, pg. 12.

⁽¹¹³⁾ *Ibid.*, pg. 15 e cfr. J. BLÜDHORN, *loc. ult. cit.*, pg. 135.

tuisse parte integrante della funzione del giurista 'scientifico', la considerazione del diritto positivo non in sé e per sé come pura 'datità' o come diritto nazionale, ma come discorso sopra « tutti i possibili diritti positivi », trae per espressa ammissione dell'autore del *Civilistischer Coursus* di qui la sua origine ⁽¹¹⁴⁾; e si ricorderanno certo le sue espressioni a proposito della storia del diritto romano come 'corso di esperimenti'.

Questa progressiva consolidazione mediante 'principi generali' viene perseguita da Pütter su più livelli: oltre che sul piano dell'unificazione sistematica del diritto, sul quale ci dovremo più diffusamente soffermare, non a caso essa emerge anche in relazione alla circoscrizione della finalità delle 'Landeshoheiten' — come di ogni altra potestà suprema — *soltanto* al benessere pubblico e al consentire a ciascuno il godimento del suo 'wohlerworbenes eigenthümliches Recht' ⁽¹¹⁵⁾.

Viene al contempo così limitato dall'interno — secondo un metodo che, abbiamo già visto, sarà proprio, anche se in misura più accentuata, del suo collega di facoltà Schlözer —, persino il concetto della 'polizia', che aveva subito un'estensione notevolissima nel sec. XVIII proprio sotto il suo profilo 'positivo' di promozione delle attività economiche mediante l'intervento dello Stato: la 'cura promovendae salutis' non è più compito 'proprio' della polizia ⁽¹¹⁶⁾. Tutto ciò, come pure la tensione critica che non lo spingeva a ritenere ogni proposizione del diritto positivo come l'unica 'possibile', rimane però in Pütter largamente nell'ambito dell'ordine giuridico esistente.

Il continuo ricorrere nei suoi scritti del solo termine *Untertan* e l'assenza di ogni spazio autonomo per l'emergere della categoria di *Bürger* ne costituisce già un buon indizio, confermato ancor più

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. G. HUGO, Articolo Pütter, in *Civilistisches Magazin*, III, (1814), pg. 36.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. J. S. PÜTTER, *Beyträge*, cit., pg. 317 ss. (*Bestimmung der Landesboheit nur zum Gemeinen Wohlfabrt*).

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. sul punto W. EBEL, Pütter, cit., pg. 103 ss. e vedi K. KROESCHELL, *Justizsachen und Polizeisachen*, in Id. (hrsg), *Gerichtslauben-Vorträge, Freiburger Festkolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme*, Sigmaringen, 1983, pg. 57.

dalla limitazione del metodo 'scientifico' principalmente allo 'Staatsrecht'.

Anche sotto il profilo metodologico, del resto, il riferimento all'elaborazione di Montesquieu è più 'mediato', che direttamente « compreso »⁽¹¹⁷⁾; pur se, specialmente a partire dalla seconda edizione della 'juristische Encyclopädie', il nesso si chiarisce offrendoci già la possibilità di scorgere lo 'scheletro'⁽¹¹⁸⁾ del programma realizzato successivamente del suo allievo Reitemeier: ne fa fede la sostanziale trascuranza — visibile nella tendenziale identificazione del concetto di 'comparazione' con quello di analogia — del punto di maggior novità nella dottrina montesquieviana, la sua teoria delle relazioni (*Rapport*) come 'tipi ideali' mediante i quali si rende possibile descrivere i diversi modelli di comportamento all'interno di una o più società, in quanto espressioni di strutture preformate⁽¹¹⁹⁾.

Strutture nelle quali tutti i fattori costitutivi, dalle forme di governo alle inclinazioni politiche dei cittadini, alla morale sociale, al processo economico, si pongono in un rapporto strettamente correlativo, senza tuttavia essere necessariamente riscontrabili nei concreti Stati e periodi storici: ponendo quindi esigenze 'normative', piuttosto che non descrizioni esaurienti di forme di Stato o di società storicamente esistenti.

3. Se siamo ora quindi in grado di comprendere l'affermazione di Hugo, secondo la quale si trattava in ultima analisi di applicare al diritto privato ciò che fino ad esso era stato realizzato nell'ambito dello *Staatsrecht*, possiamo altresì renderci conto di come anche il richiamo specifico dello stesso Hugo alla dottrina del 'diritto positivo generale' di Reitemeier riceva qui tutta la sua completa giustificazione.

Reitemeier infatti nel 1785 dà una svolta decisiva al processo di 'trasferimento' di quel metodo anche al diritto privato, por-

⁽¹¹⁷⁾ Sul rapporto di Pütter con Montesquieu, cfr. H. MARX, *Natur der Sache*, cit., pg. 112 ss.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. A. BUSCHMANN, *Encyclopädie und Jurisprudenz*, in *Archiv für Kulturgeschichte*, hrsg. von H. GRUNDMANN und F. WAGNER, 51. Bd., Köln-Wien, 1969, pg. 314 nota 69.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. W. NEUSÜSS, *Gesunde Vernunft*, cit., pg. 59 ss.

tando a maturità gli spunti di Pütter, ma con un ben più consapevole rapporto con le teorie di Montesquieu; tanto che a buon diritto può essere designato se non come il primo che ne abbia tentato l'applicazione alla sfera giuridica, certamente come il primo giurista che abbia reso in prospettiva fruttuose quelle teorie per la giurisprudenza tedesca ⁽¹²⁰⁾.

Pur rimanendo in linea di massima legato ad un sottofondo giusnaturalistico, parte anch'egli dall'avvertita insufficienza del persistere della giurisprudenza presso la miope raffigurazione che il diritto naturale sia l'unica fonte 'generale' del diritto positivo. Se infatti il diritto positivo si riferisce ad oggetti del mondo 'concreto', ovverosia agli Stati considerati nella loro 'individualità', e su questa base viene a formare una sezione della conoscenza storica ⁽¹²¹⁾, non si è allora in grado di scoprire in misura integrale lo 'spirito delle leggi' partendo dagli assiomi contenuti nella « abstrakte Theil » — nel rigoroso diritto naturale —, poiché essi contengono appunto unicamente i fondamenti generali e non forniscono invece alcuna indicazione sulla 'parte individuale' del diritto, e neppure su qual grado di 'generalità', universalità le compete ⁽¹²²⁾. Il tentativo dei giuristi inclini al metodo matematico di dedurre i fondamenti delle *leges* romane da 'allgemeine Grundsätze' e quindi soltanto dal diritto naturale in senso stretto, ha voluto significare pertanto un incamminarsi su di una strada senza sfondo: piuttosto che giocare a fare i filosofi nella giurisprudenza sul modello di quei 'naturalisti', è allora preferibile lasciar da parte del tutto la ricerca dei fondamenti, e seguitare ad elaborare il diritto positivo, secondo il vecchio metodo, come una scienza 'mnemonica' ⁽¹²³⁾.

Già da queste prime notazioni risulta che Reitemeier, pur riconoscendone tuttavia l'esistenza, non riesce a dichiararsi del tutto soddisfatto con il tipo di formulazione della dottrina dei principii

⁽¹²⁰⁾ Per i primi tentativi di giuristi come Strube, Heumann o Michaelis di rendere utilizzabili le idee di Montesquieu per la giurisprudenza, cfr. A. BUSCHMANN, *Ursprung und Grundlagen der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, cit., pg. 116 ss.

⁽¹²¹⁾ J. F. REITEMEIER, *Encyclopädie*, cit., *Vorrede*, pg. XVI.

⁽¹²²⁾ *Ibid.*, pg. XVII.

⁽¹²³⁾ *Ibidem*.

generali che era proprio del suo maestro Pütter, il quale riteneva di poter lavorare esclusivamente con queste proposizioni giuridiche generali, pur distaccandosi dalla pretesa di raggiungere il livello di un sistema giusnaturalistico 'chiuso' di carattere materiale: esplicita è la critica a quei giuristi che, pur dedicandosi all'osservazione (Beobachtung) dei diritti ricorrenti tra i vari popoli, rimangono troppo sulle generali. Essi si servono in ultima analisi di un procedimento argomentativo ridicibile ad una 'Folge von Hypothesen', alle quali cercano di adattare, per trovare sostegno alle loro opinioni, un florilegio di 'fatti' disparati, astratti dal contesto delle storie dei più diversi popoli, senza prendere in considerazione allo stesso tempo le 'radici' che quei fatti traggono con sé: le differenze di condizioni, tempi ed occasioni che su di essi esercitano una serie di effetti ⁽¹²⁴⁾.

Reitemeier aveva cioè esattamente individuato un punto debole che poteva rendere l'argomentazione di Pütter apparentemente vicina a quella dei suoi avversari, ed è significativo osservare come egli subito prima avesse voluto far riferimento al 'tesoro ancora nascosto e finora lasciato inutilizzato dai giuristi in senso stretto' nell'esplicazione del diritto vigente in Germania ⁽¹²⁵⁾: quel tesoro costituito dal metodo enucleato da Montesquieu per giungere ad una definizione dei 'Gründe' delle leggi positive: « Um den vollen Aufschluss vom Geist der Gesetze zu erhalten, darf man sich mit den allgemeinen Grundsätzen des abstracten Rechts nicht begnügen sondern man muss auch die Gründe, die aus den individuellen Lagen und Beschaffenheiten der Staaten auf die Bestimmung der Gesetze wirken, aufsuchen und bey der Erklärung dieser Verordnungen zu Hilfe nehmen » ⁽¹²⁶⁾.

Il punto debole era costituito in realtà, come abbiamo visto, al di là della precisa comunità di intenti, testimoniata da chiari precorrimenti testuali ⁽¹²⁷⁾, dall'assenza nel ragionamento del pubblicista di Gottinga del riferimento ad una 'struttura preformata' che

⁽¹²⁴⁾ *Ibid.*, pg. XX.

⁽¹²⁵⁾ *Ibidem.*

⁽¹²⁶⁾ *Ibid.*, pgg. XVIII-XIX.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. J. S. PÜTTER, *Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie*, cit., pg. 66 ss. e vedi J. F. REITEMEIER, *loc. ult. cit.*, pg. XLI.

fosse in grado di catalizzare la stessa 'comparazione' attorno ad un nucleo costituito da un anche se rudimentale 'tipo ideale', da un criterio di giudizio capace di articolarsi secondo i diversi periodi storici; in modo che si rendesse possibile un superamento del semplice rapporto intrastatuale tra legge e sua interpretazione, sia pure condotta a termine mediante procedure analogiche che aspirassero ad includere anche riferimenti a legislazioni straniere.

Un problema che non a caso trascorrerà, mediante mediazioni culturali certo diversificate in dettaglio, ma anche tutte riconducibili a questo comune denominatore, fino all'audace, ma poco fortunato tentativo gansiano di abbozzare una 'Weltgeschichte des Rechts', una storia universale del diritto⁽¹²⁸⁾.

Reitemeier ha consapevolezza di questa esigenza e ritiene di poterla soddisfare schizzando una dottrina tripartita delle epoche della storia dell'umanità, da lui stesso, forse con qualche deformazione, definita non nuova, ma ricondotta significativamente all'analogia teoria dei tre stati (*status libertatis*, *status familiae*, e *status civitatis*) che ricorre nella trattazione dei giuristi romani sulla *capitis deminutio*⁽¹²⁹⁾, quasi a volerne fondare l'adeguatezza a costituire un'intelatiatura idonea nel lavoro di strutturazione dei dati dell'esperienza giuridica.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. E. GANS, *Das Erbrecht in Weltgeschichtlicher Entwicklung. Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte*, 4 Bde., Berlin, 1824 (Neudruck, Aalen, 1963), Bd. 1, *Vorrede*, pg. XXXVIII.

⁽¹²⁹⁾ J. F. REITEMEIER, *Encyclopädie*, loc. ult. cit., pg. XXXIV. Qui risiede tutta l'importanza del primo lavoro di Reitemeier a cui si accennava ed al quale egli stesso farà ad altro proposito riferimento nella *Vorrede* (cfr. pg. XXXVIII). In sostanza Reitemeier si serve qui — nel momento cioè che si rivela decisivo per lo spostamento dell'attenzione dello storico — per costruire la struttura sulla quale si baserà tutta la sua concezione innovativa, proprio della stessa partizione sistematica che aveva utilizzato nella sua opera d'esordio; cfr. *Id.*, *Conspectus*, cit., pg. 5 e 16.

Così la *Status-Lehre*, che ancora grande rilievo svolgeva nella preoccupazioni sistematiche dell'epoca (cfr. M. LIPP, « *Persona moralis* », « *juristische Person* » und « *Personenrecht* ». *Eine Studie zur Dogmengeschichte der « juristischen Person » im Naturrecht und frühen 19. Jahrhundert*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XI-XII (1982-3) t. 1 pg. 254-5), diviene, nel caso di Reitemeier, anche il fondamento di un nuovo orientamento all'interno della storia del diritto.

Questa dottrina dei tre stati (*drei Stände*), nella quale possono essere forse scorti anche i sintomi di una crescente ma ancora vaga coscienza della imminente separazione tra Stato e società civile, si articola in uno stato della libertà o stadio pre-sociale, ladove non è possibile riscontrare la 'parte individuale' ⁽¹³⁰⁾ del diritto positivo, ma soltanto un dominio del diritto naturale astratto che preserva un'eguaglianza quasi indifferente alle distinzioni che potrebbero essere aperte sulla base della 'disuguaglianza naturale' ⁽¹³¹⁾; in uno stato della famiglia ed infine nello stadio della società civile, detto anche 'der öffentliche Stand' ⁽¹³²⁾. È negli ultimi due stadi che si concentra invece la possibilità di enucleare un diritto positivo generale: non altrimenti che sul fondamento della considerazione « delle differenze di luoghi, delle grandezze, delle ricchezze, della costituzione, della religione, dei costumi e della cultura in queste società, circostanze e rapporti (*Verhältnisse*) sempre disuguali e variabili, che danno luogo pertanto anche a leggi variabili e disuguali » ⁽¹³³⁾, leggi che possono essere formulate (e comprese) soltanto secondo la natura delle situazioni che di volta in volta si presentano e secondo le regole della *Politica* adeguata a quelle stesse situazioni.

Così la profondità dello sguardo nella storia (*Geschichte*) e nella politica (*Politik*) permette di scoprire quei fondamenti individuali, storici nel senso dell' *'historisch'* usato a più riprese da Hugo, che formano la sostanza stessa del diritto positivo generale.

Questo diritto positivo generale, inoltre, assolve di fatto la funzione di mostrare come lo stesso diritto positivo statuale non si costituisce sulla base del 'puro arbitrio' del legislatore, ma risponde ad una logica obiettiva, riscontrabile anche negli interventi di quest'ultimo. Si tratta infatti di ritornare indietro al primo stato della società e di osservare le lente e progressive mutazioni assieme alle cause che le hanno ingenerate: « Die Vorstellungsart, die ich bey der Geschichte dieser in Deutschland geltenden Rechte

⁽¹³⁰⁾ J. F. REITEMEIER, *Encyclopädie*, cit., pg. XVII.

⁽¹³¹⁾ *Ibid.*, pg. XIX.

⁽¹³²⁾ *Ibid.*, pg. XXVIII.

⁽¹³³⁾ *Ibid.*, pg. XIX.

gewählt habe, stimmt mit den Grundätzen des allgemeinen positiven Rechts überein und lässt sich in der Geschichte der Gesetzgebung bey einem jeden Volke anwenden. Die Geschichte des Staats nach den verschiedenen Graden der Cultur oder die Beschreibung von dem Zustande und den Veränderungen der Nation in der Volksmenge und Landesgrösse, in der Wohlhabenheit und Armuth, in der Stärke und Schwäche, in der Roheit und Verfeinerung, in der Aufklärung und Unwissenheit macht die Grundlage aus, auf welche die Geschichte der Gesetze als auf ihren eigentlichen Boden gebauet ist. In jeder Periode dieser Bildungsgeschichte habe ich in einem *Systematischen* Abrisse den Zustand der Gesetze in ganzen Umfange vorzustellen gesucht » ⁽¹³⁴⁾.

È su questa via che si lasceranno scoprire i fondamenti tramite i quali si sarà in grado di chiarire la peculiarità delle legislazioni di tutti i popoli e di tutti i tempi. Si tratterà di una storia che procederà di gradino in gradino verso il più alto livello della cultura (*Cultur*). Si tratta quindi di armonizzare l'evoluzione delle forme giuridiche con la più generale 'Culturgeschichte' dei popoli.

La meta ultima di Reitemeier sarebbe in realtà consistita — un dato che fa già di per sé ritenere inesatta la ascrizione della sua figura tra quelle dei percursori della Scuola Storica ⁽¹³⁵⁾ —, sulla base di questa sua teoria del diritto positivo 'generale', nella più ampia raffigurazione di una storia delle legislazioni presso i singoli popoli: una tale raffigurazione non sarebbe dovuta espressamente rimanere limitata alla legislazione dei popoli tedeschi, ma invece estendere a tutte le nazioni ed ad ogni epoca, abbozzando « eine Universalgeschichte der Gesetzgebung » ⁽¹³⁶⁾.

Il programma di storico di Reitemeier viene cioè ad incarnare in definitiva un progetto di « allgemeine Historie » ⁽¹³⁷⁾, una storia che va incontro tuttavia, sul momento, a difficoltà di realizzazione, ad avviso dell'autore insormontabili soprattutto per man-

⁽¹³⁴⁾ *Ibid.*, pg. XIV.

⁽¹³⁵⁾ Così però E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt. 3, Halbband 1, *Testo*, pg. 496 ss.

⁽¹³⁶⁾ J. F. REITEMEIER, *Encyclopädie*, cit., pg. XXIII; cfr. anche *infra* per l'analogo punto di partenza precedentemente fatto proprio da un Leibniz.

⁽¹³⁷⁾ *Ibidem*.

canza di lavori preparatori che avessero procurato di raccogliere i materiali idonei e di fornirne una prima elaborazione.

Non si tratta di osservazione di poco conto, perché ci permette di individuare il carattere ' residuale ', di realizzazione di una sezione soltanto del progetto complessivo, che consegue alla riduzione della prospettiva alla storia della legislazione nel diritto romano, tedesco, e canonico, o meglio del diritto « im Römischen Kirchenstaat »; la sostanziale novità del tentativo di Reitemeyer, che implica già in qualche modo uno scioglimento della trattazione storica dalle esigenze e dall'egemonia del diritto attuale — le considerazioni sullo spirito delle leggi, se le si vogliono ' soltanto ' utilizzare praticamente, invitano a circoscrivere il ' proprium ' di quello spirito nel diritto romano ed in quello tedesco, per poi di nuovo tra loro paragonarli: un procedimento troppo indeterminato ancora per poter essere di immediata fruizione da parte del giurista pratico ⁽¹³⁸⁾ — balza all'occhio ove si ripercorrono, anche del tutto fuggevolmente, le tracce di un'interesse nella giurisprudenza tedesca del secolo per una esplicita attività comparativa, per l'inclusione dell'orizzonte dei diritti stranieri entro il sistema del giurista.

Non può essere casuale appurare che questo interesse emerge soprattutto nella letteratura enciclopedica, un genere letterario che viene sintomaticamente a trovarsi in un declino di dignità scientifica proprio a partire dalla affermazione come movimento della Scuola Storica ⁽¹³⁹⁾. D'altra parte, un genere letterario connesso in modo molto stretto con la focalizzazione stessa del problema del sistema nella scienza giuridica. La convergenza dei concetti di Enciclopedia e Sistema ⁽¹⁴⁰⁾ non può però far trascurare il fatto che con le enciclopedie ci troviamo innanzi ad opere introduttive allo studio globale di *tutti* i rami del sapere giuridico e delle scienze collegate (Hilfswissenschaften) ⁽¹⁴¹⁾; un genere più aperto perciò dei

⁽¹³⁸⁾ Cfr. *Ibid.*, pg. XLI.

⁽¹³⁹⁾ Vedi A. BUSCHMANN, *Encykopädie und Jurisprudenz*, cit., pg. 315.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. per ora J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 127.

⁽¹⁴¹⁾ Vedi sul punto L. ADAM, *Joseph Kohler und die Vergleichende Rechtswissenschaft*, in *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, XXXVII (1919), pg. 4.

vari sistemi cui si ha abituato la scienza giuridica ottocentesca: un vero e proprio sistema di sistemi. Un genere quindi particolarmente adatto a riferimenti o divagazioni che vengono a costituire spesso più proposte di modificazioni dei piani di studio universitari che non ad avere un vero e proprio riscontro nell'effettiva pratica o praticabilità delle procedure esaminate: carattere di sommario dell'esistente e inflessioni progettuali vengono strettamente ad unificarsi.

È nell'ultimo quarto del secolo XVIII infatti che è già dato reperire persino in questi lavori introduttivi, da pochi decenni diffusi appunto sotto il nome di enciclopedia⁽¹⁴²⁾, degli accenni, per vero non numerosissimi, alla necessità di una certa confidenza del giurista almeno con il diritto vigente negli Stati vicini; non però, come sulla base delle precedenti osservazioni era del resto non impossibile immaginarsi, nelle prima opera che venne, almeno ufficialmente, ad inaugurare questo filone e lo rese presto popolare tra i giuristi, l'« Entwurf einer juristischen Encyclopädie » di Pütter, pubblicata a Göttingen nel 1757: soltanto nel 1772, nell'enciclopedia di Schott, da noi già ad altro proposito incontrata, si intravede — certo entro confini assai ristretti, solo in parte determinati dagli scopi e dalla struttura stessa di simili volumi — un affiorare del problema.

In limiti ristretti, dicevamo; infatti Schott, nella lunga enumerazione degli strumenti ausiliari veri e propri per la spiegazione delle leggi e delle raccolte giuridiche germaniche e per l'analisi del diritto 'tedesco' in generale — già la *sedes materiae* è indicativa del precedente ulteriore cammino di questa 'quasi'-disciplina⁽¹⁴³⁾ — ricorda all'ultimo posto la necessità di essere forniti di

(142) Per solito come a prima opera inaugurale di questo filone si fa riferimento all'Enciclopedia di Pütter nella sua originaria edizione del 1757. Già Hugo aveva però osservato come questa tradizione si potesse far risalire più indietro nel tempo, e tendeva pertanto a scorgere nel *Collegium Iuris Praeparatorium* (1737) di Schmauss un primo esempio in questa direzione, cfr. L. ADAM, *loc. ult. cit.*, pg. 3 nota 1 e vedi ancora *infra*, pg. 366 ss.

(143) Schott si riferiva come a unico esempio di fonte letteraria alle *Gelehrte Anzeige* di Johann Peter von Ludewig, che, nell'elaborare il diritto tedesco, diede un notevole impulso a quella che si potrebbe definire *Differentiae-Wissenschaft*, mediante la quale si cercava di stabilire i caratteri

« alcune conoscenze dei diritti dei popoli vicini e confinanti quali i francesi, olandesi, inglesi, svedesi, danesi e prussiani, come pure delle loro lingue » (144).

È un esempio, a riprova delle osservazioni che andavamo esponendo, che non sarà quasi mai seguito nelle enciclopedie contemporanee e successive: esse già in riferimento alla molteplicità e sempre crescente complicazione degli specifici settori nei quali la scienza giuridica veniva differenziandosi e alla lenta caduta di interesse anche didattico del genere letterario, lasceranno il problema ampiamente fuori del raggio delle loro osservazioni. Un problema che Schott, pur mantenendolo aperto anche ai diritti vigenti — nel senso dello *historisch* di Reitemeier e Hugo — presso diversi popoli (non racchiudendolo quindi a livello di puro interesse storico erudito), intendeva in una accezione puramente pratico-interpretativa, e ne poteva perciò consigliare un esame non diversamente da come auspicava la conoscenza della geografia per la risoluzione di questioni giuridiche nelle quali si trattasse di applicare leggi o consuetudini in certi luoghi o fosse parola di controversie insorte su latifondi e possessi fondiari, che sono da decidere « fra l'altro anche in base a fondamenti geografici ».

Se quindi la finalità pratica permetteva in ogni caso la considerazione « fino ai nostri giorni » del diritto straniero, la crescente attenzione al passato come precipua caratteristica dello studio « storico », almeno in quanto questo fosse inteso in una prospettiva specificatamente scientifico-didattica, aveva come conseguenza uno spostamento d'accento dell'attenzione « comparativa »: un tale spostamento d'accento si rende visibile, ma appunto solo a partire dalla più tarda edizione della sua Enciclopedia (1767), in particolar modo nelle osservazioni di Pütter sugli studi da eventualmente affiancare al diritto romano, canonico e al diritto mosaico, che erano — non si dimentichi — in parte ancora diritti vigenti.

A questo proposito Pütter — individuando chiaramente l'effetto teorico o meglio « semplicemente » teorico, che ad un tale

peculiari dei vari diritti vigenti in Europa, partendo dalla convinzione che l'elemento che accumulava tutti i sistemi giuridici privatistici in questa regione del globo, fosse appunto la loro differenziazione da determinati istituti romanistici; cfr. N. HAMMERSTEIN, *Jus und Historie*, cit., pgg. 175-176.

(144) A. F. SCHOTT, *Encyclopädie*, cit., § 393, pgg. 267-278.

studio è normalmente conseguente⁽¹⁴⁵⁾ — afferma che, se un giurista non vuole restare ancorato soltanto a quelle scienze giuridiche (*Rechtswissenschaften*) per le quali è da prevedere una utilizzazione immediata nella prassi giuridica vera e propria, sarebbe allora forse la cosa migliore iniziare lo studio della giurisprudenza *secondo la cronologia* con il diritto di antichi popoli ormai estinti, al fine di appropriarsi almeno del loro nocciolo concettuale: in questo contesto vengono ricordati specialmente il diritto mosaico, egiziano ma soprattutto quello greco: per tutto il resto però il diritto romano deve conservare il netto sopravvento di cui gode⁽¹⁴⁶⁾.

Risulta evidente allora, dinanzi a queste sparse osservazioni, non connesse in una struttura unitaria, ma piuttosto limitate a sia pur precoci presentimenti, il carattere innovatore dell'esigenza reitemeriana di una « *Allgemeine Historie* »: la dottrina dei tre stati acquista qui, traducendosi insensibilmente in una teoria delle « epoche storiche » secondo le quali ordinare la storia del diritto, il carattere di una precisa struttura di riferimento della scansione temporale.

Questo elemento sistematico-tipologico introdotto nell'analisi storico-giuridica, fino a quel punto rimasta assai spesso raccolta di sparsi « flores » o elenco di esempi, questa congiunzione di filosofia e storia in un'unica struttura spazio-temporale emerge nel modo più chiaro ancor più che nella *Vorrede*, nel breve schizzo — al quale non a caso esplicitamente si riferisce Hugo nella sua citazione precedentemente ricordata⁽¹⁴⁷⁾ — che viene dedicato alla più ravvicinata disamina del concetto di « *allgemeines positives Recht* »⁽¹⁴⁸⁾.

Che il ruolo giocato da Reitemeier per la trattazione storica del diritto privato — in generale per la stessa concezione della scienza giuridica come rapporto tra parte filosofica e parte storica — e quindi per la scelta di Hugo a favore del metodo « sincroni-

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. L. ADAM, *Die Vergleichende Rechtswissenschaft*, cit., pg. 11.

⁽¹⁴⁶⁾ J. S. PÜTTER, *Neuer Versuch*, cit., § 45, pg. 24; § 66, pg. 36 e § 131, pg. 75.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. però quanto osservato *supra*, nota 90. È questo un dato che è sfuggito ai più. H.-U. STÜHLER, *Die Diskussion*, cit., non dedica specifica attenzione alle pagine richiamate da Hugo.

⁽¹⁴⁸⁾ J. F. REITEMEIER, *Encyclopädie*, cit., pgg. 21-31.

stico » nella esposizione della storia del diritto romano — una scelta destinata come vedremo tra breve a suscitare la congiunta polemica di Thibaut e Savigny — sia un ruolo estremamente significativo, lo attesta del resto, di nuovo, lo stesso Hugo quando riterrà di poter affermare che proprio Reitemeier « si può ben dire, ha per primo creato la storia del diritto privato » (149).

Prima tuttavia di volgerci ad esaminare più attentamente questo rapporto, ci pare necessario, proprio in riferimento alla « Allgemeine Historie » proposta da Reitemeier, soffermarci ancora, sotto un altro punto di vista, sulla precisazione del significato del termine « storico »; come abbiamo cercato precedentemente di dimostrare, uno dei problemi più rilevanti a cui l'impostazione di Hugo (e la sua nuova suddivisione della giurisprudenza) davano origine era quello della « dignità », della gerarchia che veniva a spettare all'interno del sistema di partizioni alle singole discipline. Secondo una diffusa comprensione, dogmatica e teoria si potevano collocare l'una accanto all'altra su di uno stesso piano, in contrapposizione a prassi e storia. Una contrapposizione determinata, in certa misura anche nella tradizione di Göttingen, dal carattere delle rispettive procedure conoscitive: la scienza intenta a mediare e fornire conoscenze su « verità generali » (le *allgemeine Wahrheiten*), la storia per parte sua prevalentemente concentrata sulla conoscenza delle cose singole, individue e come tale impossibilitata ad essere ritenuta una scienza, perché nel suo metodo d'insegnamento non si era in grado di percepire quei fatti come conseguenze necessarie di proposizioni più generali.

La storia rimane, in questa ottica, rappresentazione puramente narrativa, ed il suo metodo non consiste nell'esposizione di proposizioni generali condotte sino alle loro conclusioni in modo che si sia poi capaci di applicarle a singoli casi.

Ancora secondo Spittler, al quale Hugo dedicava il suo *Civillistischer Coursus*, la politica poteva, ad esempio, essere intesa come un dato soggetto ad evoluzione scientifica e non storica, proprio perché non si trattava in quel campo di enumerare semplicemente singoli fatti e dimostrare come gli uomini si fossero comportati ed avessero agito in un luogo od in un altro: si trattava invece di

(149) G. Hugo, *Beyträge*, cit., Bd. I, pg. 7.

prendere in considerazione dei « fixierte Data » applicandovi poi i « Grundsätze » che si sono ricavati dalla stessa natura della cosa, sviluppandoli nell'applicazione a questi oggetti predeterminati ⁽¹⁵⁰⁾.

Sarebbe tuttavia fornire una immagine parziale della comprensione storiografica della scuola di Göttingen, arrestarsi alla osservazione che, secondo una simile prospettiva, la dogmatica resta ancorata al dato della conoscenza scientifica mentre la storia si situa invece dalla parte della semplice « narrazione », quanto si voglia erudita. Le perplessità di Hugo, e la sua finale sopraordinazione della storia alla semplice dogmatica ne sono un indizio probante.

In realtà, come è stato opportunamente sottolineato ⁽¹⁵¹⁾, non si può comprendere adeguatamente il trapasso verso la Scuola Storica se si rimane nella prospettiva, caratteristica della Scuola Storica stessa e fatta propria largamente dalla storiografia posteriore, dell'avvicendamento di una concezione storica ad una « astorica » nella giurisprudenza: nemmeno se si tenta di negare questo disconoscimento di consapevolezza storica all'epoca precedente, e di ricercare in definitiva le tracce di quello storicismo nella 'astoricità' del '700, si riesce a sottrarsi del tutto al fascino di quella contrapposizione.

Si tratta invece di interpretare quel contesto alla luce di un'altra coppia concettuale. Ebbene, l'allontanamento del giurista storico dal modello di pensiero « non storico » non è costituito in ultima analisi altro che dal trapasso da un tipo di pensiero « generalizzante » ad una visuale « individualizzante »; pensiero storico e non storico, considerazione individualizzante o generalizzante sono di fatto le note 'caratteristiche', i concetti che indicano uno stesso contesto metodico: esse sono descrizioni non soltanto esteriormente apparentate, oppure, se si vuole, anche strettamente collegate, ma invece identiche.

Esse danno luogo effettivamente alle stesse contrapposizioni: il criterio del pensiero storicistico consiste nel concepire e riconoscere i fatti della vita umana, nel modo in cui essi vengono alla

⁽¹⁵⁰⁾ L. T. von SPITTLER, *Vorlesungen über Politik* (1796), in *Sämtliche Werke*, Bd. 15, Stuttgart-Tübingen, 1838, pg. 5, cfr. anche M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 366.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. A. BUSCHMANN, *Ursprung und Grundlagen*, cit., pg. 68.

luce nella storia — secondo le note espressioni savignyane — in una « indissolubile comunità con il passato », come « articolazioni di un tutto più elevato », e come « prosecuzione e sviluppo dei tempi passati ».

Al contrario, il criterio del pensiero non storico si risolve nella comprensione di quegli stessi fatti storici al di fuori di una loro esclusiva riconduzione al passato e nel rifiuto di una rinuncia a scoprire leggi generali nel divenire storico: nel rifiuto di considerare il fatto storico nella sua pura « individualità »⁽¹⁵²⁾, senza indagarne invece, e prevalentemente, la sua conformità a leggi.

Una storia intesa quale concretamente è: una riunificazione di fatti diversi attraverso i quali quelle leggi generali si manifestano.

Siamo di fronte in sostanza a due diverse teorie generali della storia, condizionate dai loro rispettivi luoghi di radicamento storico.

Queste riflessioni ci saranno di una certa utilità nello sfatare in qualche modo la raffigurazione tradizionale di un Hugo che, tramite il suo empirismo pragmatico, introduce la svolta verso la giurisprudenza storica.

Secondo l'antica terminologia non si poteva, d'altro canto, parlare di una « geschichtliche Rechtswissenschaft »: una simile designazione sarebbe stata una contraddizione in termini, dal momento che la storia era conoscenza dell'individuale, mentre la scienza si poteva occupare al contrario solo dell'elemento generale⁽¹⁵³⁾.

Se il contrasto tra scuola storica e non storica si risolve allora in quello tra concezione individualizzante e generalizzante della storia, è chiaro però che non ci si potrà rifare al pragmatismo storico, all'empirismo rivolto all'analisi dell'individuale — in una parola a quella storia, che, per usare le parole di Gatterer⁽¹⁵⁴⁾, è data dalle occasioni e dalle cause, e non dai principii — per costruire una

⁽¹⁵²⁾ *Ibid.*, pgg. 81 e 86-7.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. *supra*, par. I, le considerazioni di Hugo sulla denominazione della Scuola Storica.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. G. VALERA, *Scienza dello Stato*, cit., pg. XCIII nota 178; su Gatterer (1727-1799), professore di storia a Göttingen, cfr. P. H. REILL, *Johann Christoph Gatterer*, in *Deutsche Historiker VI*, hrsg. von H.-U. WEHLER, Göttingen, 1980, pg. 7 ss.

linea di sviluppo continua tra due concezioni storiche e individualizzanti. Una linea di sviluppo in ultima analisi condizionata in senso negativo soltanto da una eccessiva persistenza, poi accantonata dal pensiero organologico, di quello che costituisce comunque un valido strumento di lotta contro l'astrattismo della scuola wolfiana, ovverosia appunto lo stesso elemento pragmatico.

In realtà potrebbe sembrare una conferma di questa impostazione la stessa complessità di posizioni presente all'interno della scuola storiografica di Gottinga, dettata proprio dallo sforzo di andare al di là della raffigurazione tradizionale, mai completamente superata, della storia come disciplina non scientifica, di definirla invece come scienza ponendola sullo stesso piano di ogni altro ramo del sapere scientifico.

Ma qui è necessario intendersi proprio sul concetto di *pragmatico*, sotto il cui segno si svolge la tensione fra una storiografia descrittiva di fatti ed una storiografia scientifica, senza lasciarsi sedurre dalla moderna interpretazione che vede proprio in quel pragmatismo la misura ed il limite del lavoro storico a Gottinga, e più in generale della stessa storiografia dell'*Aufklärung*.

Il punto di osservazione che Reitemeier ci fornisce è particolarmente adatto, perché già la stessa formulazione di una storia generale indica il tentativo di superamento del concetto di storia come semplice raccolta di fatti slegati senza un principio coordinatore.

Una tale formulazione è comprensibile appunto sullo sfondo del distacco dall'utilitarismo, al quale per solito si è inclini a ricondurre il termine stesso di « pragmatico »: come osserva già nel 1768 Gatterer « il pragmatico nella storia *non consiste senz'altro nella sua utilità*, ma nell'applicazione dello spirito filosofico, che ovunque con acuto sguardo tenta di ricercare e di svolgere con chiarezza il congegno che muove gli eventi » (155).

Svolgere l'elemento pragmatico della raffigurazione storica viene a significare in buona sostanza svolgere il *sistema* cui il fatto in oggetto appartiene (156): non vi è dunque un unico rapporto causa

(155) J. C. GATTERER, in *Allgemeine Historische Bibliothek*, VII (1768), pg. 89, citato secondo G. VALERA, *Scienza dello Stato*, cit., pg. XCV.

(156) ID., in *Allgemeine Historische Bibliothek*, III (1767), pg. 335, ancora in G. VALERA, *loc. ult. cit.*, pg. LXXXIV. Un simile modello storiografico

ed effetto che si possa definire il principio unificatore su cui costruire una lettura scientifica degli eventi storici, ma una serie possibile di organizzazioni sistematiche dei fatti secondo diversi principii che privilegiano assieme al contesto cronologico (diacronico) ⁽¹⁵⁷⁾ la connessione reale dei fatti in spaccati verticali (sincronici).

Questa esigenza di procedere nell'ambito della 'Universalrechtsgeschichte' a costruire una complessa articolazione di sistemi di popoli caratterizzati ciascuno da una propria individualità — intesa come rapporto che li lega allo schema generale dello sviluppo storico globale, e descritti quindi spesso secondo i canoni della 'statistica' in tutte le componenti relative al territorio e alla sua organizzazione giuridico-economica —, rilevando diacronie e sincronismi e valorizzando il metodo della « Vergleichung », comporta il completo superamento della vecchia *historia universalis*.

Infatti ora la *Weltgeschichte* e la sua concretizzazione giuridica viene completamente mondanizzata e intesa come storia di *Stati*; e, d'altro canto, siamo di fronte ad una integrazione della storia umana in quella del suo ambiente naturale. Una concezione di storia quasi come 'natura modificata' che segnala come l'equiparazione fra il mondo umano e quello delle cose — operata anche sulla base di suggestioni provenienti da una rinnovata attenzione verso le scienze naturali ⁽¹⁵⁸⁾ — non avvenga tanto nel senso di un'applicazione diretta di principii assoluti di tipo matematico, quanto nella convinzione che l'uno e l'altro siano conoscibili, riconducibili ad un comune denominatore di pensiero, secondo procedimenti conoscitivi analoghi: qui si rivela l'importanza della possibilità di arrivare a rappresentare 'sistematicamente' i fatti, emancipandoli dalla pura condizione di componenti di una raccolta di

grafico risponde in generale alla concezione diffusa anche tra gli altri storici della scuola, ed in particolare proprio a quelle che erano le opinioni di Spittler, al quale Hugo fu sempre profondamente legato (cfr. G. Hugo, *Beyträge*, cit., Bd. 1, pg. 25 e 32; Bd. 2, pgg. 110-112), poiché anche egli aveva di mira di « condurre il lettore in quel luogo nel quale l'*insieme* ed il *rapporto* delle singole parti fossero meglio percepibili »; vedi ancora G. VALERA, *loc. cit.*, pg. LXXXV nota 156.

⁽¹⁵⁷⁾ M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 362.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. anche K. HUNGER, *Die Bedeutung*, cit., pg. 23 ss.

dati, per arrivare alla costruzione di un *nexus rerum (universalis)* di uno *Zusammenhang*, al pari delle altre discipline scientifiche.

Se quindi nella tensione fra la storiografia descrittiva e la costruzione di un « sistema » oggettivo — corrispondente a principii di unificazione e classificazione scelti di volta in volta, non più prevalentemente in relazione ad un fine di pratica utilità ma in connessione con l'oggetto al quale l'indagine si rivolge — viene allora superato effettivamente l'ostacolo concettuale rappresentato dalla non scientificità dell'elemento storico, e pertanto dalla sua incapacità di coniugarsi in modo dotato di senso anche con la (*Rechts*-*wissenschaft*), non si può dire però che questo superamento avvenga nella direzione che sarà poi propria della Scuola Storica.

Esso si compie infatti nel senso di una 'generalizzazione' della storia, di una connessione tra i *facta*, tra i *data* considerati ancora nella loro empiricità, ed il momento *pragmatico* che consiste nel riportare ogni evento singolo ad un sistema.

Siamo cioè nel centro di un delicato momento storico nel quale il criterio settecentesco, assolutistico, dell'utilità della indagine scientifica e del suo orientamento verso uno scopo specifico, non viene posto in discussione radicalmente ma, diremmo, relativizzato, sospinto nel sottofondo e piuttosto integrato mediante l'emergere di un dato sistematico.

Non è un caso se in autori come Pütter, Reitemeier od Hugo — a prescindere dalle sfumature politiche più o meno conservatrici del loro pensiero — emerge ancora assai spesso l'espressione di *Polizei* ed una considerazione dello Stato secondo moduli settecenteschi non propriamente « liberali », accanto a contenuti più specificamente aperti verso il futuro. Sono contesti questi segnalati da espressioni come *Staatsbürger*, *Mitglieder des Staats*, che sostituiscono la qualifica di *Untertan* distinto da *Bürger*; o dalla stessa esigenza di fondazione di una scienza del diritto che — contro un'assoluta 'storicizzazione' del diritto, abbandonato quindi a quelle discipline, come la *Reichs-Historie*, la storia costituzionale, che venivano a costituirsi allora come discipline non più giuridiche, come pure contro l'astrazione del *Naturrecht* — va di pari passo con il delinarsi di una concezione dello Stato come sovrastruttura, in un momento nel quale lo Stato cessava di essere sentito come categoria giuridica che esprimesse i rapporti tra le diverse com-

ponenti sociali — e fosse quindi tutt'uno con la società — e cominciava a spostare lentamente il suo campo d'applicazione sino a divenire una categoria astratta del diritto pubblico⁽¹⁵⁹⁾.

Siamo ora in possesso degli strumenti che ci permettono di renderci conto di quale ruolo possa essere attribuito in questo processo storico di scientificizzazione allo 'Allgemeines positives Recht' di Reitemeier. Un diritto positivo generale costruito in prima istanza accanto al diritto naturale, ma assai chiaramente, come abbiamo veduto, con l'intenzione di circoscriverlo, e che in prospettiva assumerà anche la funzione di impedire la identificazione senza residui della dogmatica e della scienza giuridica con la storia del diritto, secondo la nota espressione savignyana.

Nella condizione 'individuale' e duratura nella quale le persone, le famiglie e gli Stati si vengono a trovare nei rapporti esterni ed interni, i fondamenti del diritto naturale ricevono infatti una determinazione positiva, ma attraverso la 'cosiddetta consuetudine' e, negli Stati caratterizzati da un più alto grado di civilizzazione (*gebildete*), per mezzo di leggi espresse.

Eppure questa determinazione positiva è destinata, frequentemente, a subire dei mutamenti tanto spesso quanto quelle condizioni abbiano a cambiare.

Secondo Reitemeier le diversità di queste situazioni sono causate, al di fuori degli influssi del clima, della religione e della costituzione dello Stato, principalmente dalla diversità di cultura, di civiltà; diversità che normalmente inizia con la prosperità economica del popolo e cresce gradatamente col crescere di questa: « perciò la storia della cultura generale dei popoli deve costituire la base e il punto di partenza in una storia filosofica del diritto positivo generale »⁽¹⁶⁰⁾.

Il concetto di *Bildung*, di *Cultur*⁽¹⁶¹⁾ è un concetto centrale nel processo di trasformazione e nel trapasso che avviene verso la

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. G. VALERA, *Scienza dello Stato*, cit., pg. LXXV.

⁽¹⁶⁰⁾ J. F. REITEMEIER, *Encyclopädie*, cit., pg. 20.

⁽¹⁶¹⁾ Si veda in proposito R. VIERHAUS, voce *Bildung*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., I, spec. pg. 512 ss.; cfr. dello stesso autore *Montesquieu in Deutschland. Zur Geschichte seiner Wirkung als politischer Schriftsteller im 18. Jahrhundert. Collegium philosophicum. Studien J. Ritter, zum 60. Geburtstag*, Basel-Stuttgart, 1965, pgg. 403-437.

fine del secolo dalla storia statale ad una storia sociale, e che si sviluppa, proprio a Gottinga, sulle premesse poste in base a diverse vicende intellettuali: questa storia sociale in seguito al processo di depoliticizzazione della stessa società civile che ne formava l'originale oggetto, comincia a perdere il suo carattere propriamente politico e tende a risolversi in una storia semplicemente letteraria e puramente culturale; un'evoluzione che avrà il suo culmine appunto nella predilezione savignyana per la storia letteraria del diritto.

Le conseguenze di questo processo saranno evidentissime infatti nello sviluppo che la storia giuridica subisce in quello stesso torno di tempo e di cui la polemica sul metodo di realizzazione della storia del diritto romano — e di riflesso sulla stessa concezione del diritto romano attuale — costituirà una delle punte più sintomatiche.

Con Reitemeier, nonostante che le sue espressioni già indichino quella linea di tendenza, la *Cultur* rimane però ancora connessa al dato specificamente sociale, e qualche anno più tardi egli non avrà alcuna difficoltà ad affermare che la fonte vera e propria dalla quale si devono ricavare i fondamenti delle leggi è costituita « dal mondo reale, dalla società civile esistente e dai rapporti economici dei cittadini tra loro »⁽¹⁶²⁾. Del resto la sua stessa storia del diritto non assume ancora come elemento discriminante — e quindi esclusivo di quelle società o Stati che non si siano ancora elevati, appunto, oltre una certa soglia minima di civiltà⁽¹⁶³⁾ — la cultura nel suo senso più ristretto, benché essa costituisca il parametro ad un tempo valutativo ed immanente al suo schizzo del diritto positivo generale.

Dalla condizione di 'incultura', nel quale secondo l'esperienza e la tradizione si sono venuti a trovare originariamente tutti i popoli conosciuti, quelli che tra essi sono riusciti ad elevarsi verso un livello di *Aufklärung*, di costumi più raffinati, hanno infatti,

⁽¹⁶²⁾ J. F. REITEMEIER, *Allgemeines Deutsches Gesetzbuch*, cit., Vorrede, pg. VI.

⁽¹⁶³⁾ Cfr. G. VALERA, *Scienza dello Stato*, cit., pg. LXXIX, nota 148, per la posizione di Eichhorn.

ora più ora meno lentamente, tutti seguito « in un ordine ben determinato »⁽¹⁶⁴⁾ i diversi stadi della cultura.

Dallo stato di selvatichezza a quello di civilizzazione si devono cioè individuare dei passaggi obbligati, il cui primo gradino è rappresentato dalle popolazioni non-stanziali, cacciatori e poi nomadi⁽¹⁶⁵⁾, ed il secondo dai popoli stanziali, che a loro volta sono da suddividere — nell'articolazione di questa struttura a stadi successivi — in popoli coltivatori ed in popoli invece che, tramite la trasformazione dei prodotti naturali e l'esercizio del commercio e dell'industria, sono in grado di raggiungere un più alto grado di complicazione sociale, fino alla loro caduta.

In ognuno di questi mutamenti di condizione sociale e statale anche il diritto positivo attraversa « neue Verwandlungen » e le prime codificazioni divengono lentamente inutilizzabili nelle situazioni successive nelle quali il popolo viene a trovarsi.

Ad ognuna di queste distinzioni Reitemeier fa seguire una breve descrizione dello specifico « allgemeines Recht ». Uno sguardo alle ulteriori divisioni tramite le quali queste espressioni — il tono di rapido sommario che l'analisi assume è del resto strettamente collegata alla stessa struttura del genere letterario « enciclopedia » — vengono offerte al lettore mostra però che non si tratta soltanto di un compendio a carattere sistematico del diritto positivo, ma che al fondo di questa evoluzione vi è una idea che l'autore aveva già accennato nella *Vorrede*⁽¹⁶⁶⁾.

Fintanto che, cioè, sono predominanti lo stato di libertà e quello della famiglia, che presi assieme formano « den Privatstand », il collegamento con il diritto pubblico resta aleatorio e le azioni umane sono dominate dalla « Willkür ». Ma attraverso il sorgere ed il consolidarsi dello Stato, « lo stato » privato perde la sua condizione di separatezza e viene gradatamente connesso « mit dem öffentlichen Stande »: l'influsso che lo stato « pubblicistico » esercita su quello privato si mostra diverso a seconda delle divergenze tra le singole costituzioni statuali.

⁽¹⁶⁴⁾ J. F. REITEMEIER, *Encyclopädie*, cit., pg. 25.

⁽¹⁶⁵⁾ *Ibid.*, pg. 21-3.

⁽¹⁶⁶⁾ *Ibid.*, pg. XXIX ss.

Proprio dal punto di vista sistematico il terzo degli stadi, che formano l'articolazione della teoria del diritto positivo generale nella *Vorrede* alla *Encyclopädie*, può tuttavia, ad avviso di Reitemeier, a sua volta sottostare a una ulteriore distinzione dicotomica: da un lato, « den Inbegriff der höchsten Gewalt »; dall'altra, troviamo invece gli effetti che derivano dall'applicazione di questa *Gewalt* « zum Besten des Staats » e che si esprimono in parte nella legislazione ed in parte in 'Anstalten und Anordnungen'.

Tutto ciò che appartiene alla prima sezione costituisce il contenuto del 'diritto dello Stato' (167).

Gli elementi costitutivi della seconda, che contiene il diritto di Polizia, il diritto « finanziario » ed altre piccole ramificazioni disperse e distaccate l'una dall'altra, sono invece consapevolmente riuniti da Reitemeier — in conformità a quel processo centripeto di unificazione e delimitazione delle varie « sfere » giuridiche che corre parallelo ai più vasti sviluppi storici cui sopra accennavamo — sotto l'unica categoria dello 'Staatspolizeyrecht' (un termine formato sulla falsa riga di quelli da noi già incontrati di *Staatsbürger* e *Staatsgesellschaft* pure usati da Reitemeier) (168); per il Nostro una simile unificazione porta con sé un « grosso guadagno »: guadagno riscontrabile « nel chiarimento del diritto privato e criminale, i cui principii e fondamenti debbono essere per la più gran parte derivati dallo stesso Staatspolizeyrecht » (169).

Qui Reitemeier non propone soltanto un principio sistematico per il diritto vigente — non a caso, in ossequio allo sviluppo scientifico che già conosciamo, egli definisce il suo un *sistema pragmatico* (170) — ma, come diviene chiaro a livello dell'abbozzo sul

(167) *Ibid.*, pg. XXXII.

(168) Cfr. ad es. ancora J. F. REITEMEIER, *Über Gesetzgebung insbesondere in den Deutschen Reichsstaaten*, cit., pg. 12 e 14.

(169) J. F. REITEMEIER, *Encyclopädie*, cit., pg. XXXII.

(170) *Ibid.*, pgg. XXV-XXVI: « Soll aber der Gewinn von diesen systematischen Schilderungen des Rechts vollständig, und das Licht, welches die vorausgeschickte Geschichte aus jeder Periode auf dieselben werfen kann, hell genug seye, so müssen die Theile des Abrisses nicht registermässig oder alphabetisch, sondern in einem pragmatischen Systeme, wodurch die Gründe der Gesetze und der Einfluss der Sitten auf dieselben dem Auge einleuchten, geordnet seyn. Für ein solches System kann man gewiss nicht die Ordnung

diritto positivo generale, adombra anche un principio di evoluzione storica.

Il passaggio dall'una all'altra condizione implica infatti una moltiplicazione dei rapporti che devono essere inclusi nell'osservatorio del giurista.

Mentre nel diritto dei popoli nomadi — e quindi del gradino inferiore dell'evoluzione — incontriamo solamente la distinzione tra diritto dello stato pubblico dello stato privato ed inoltre il riferimento al problema dei delitti, al momento del trapasso al diritto generale dei popoli coltivatori la partizione si complica e lo stato pubblico inizia ad ospitare una sezione sulla *Staatspolizey* e sulla religione: nello stato privato, a sua volta, cominciano a diventare oggetto di crescente considerazione le « *Einschränkungen* », le limitazioni della libertà di movimento economico-giuridico del soggetto privato⁽¹⁷¹⁾.

Lo stato nomadico è caratterizzato da relazioni deboli, dalla prevalenza della libertà naturale dei capi famiglia, appena ristretta dalla necessità di difesa comune, una proprietà limitatissima e soltanto su cose mobili; la volontà individuale nelle disposizioni testamentarie non ottiene alcun forte rilievo⁽¹⁷²⁾.

A partire dallo stanziamento e dalla coltivazione, le cose cambiano; il diritto generale dei popoli coltivatori, numerati con cura da Reitemeier secondo le distinzioni geografiche in Asia, Africa, Europa — tra questi sono ricordati i romani dalla fondazione della Città sino alle guerre puniche —, America, ed India orientale, costituisce una condizione di mediazione tra una società con potere diffuso e società invece dotata di una « *überlegene Macht* », che si identifica dal punto di vista culturale con il fenomeno dell'« *Aufklärung* »: la loro monarchia moderata è per lo più guidata dal ' *Volkshaupt* ' in unione col popolo stesso o con l'aristocrazia, mentre gli antichi popoli europei del Sud potevano inserire fra popolo e sovrano un potere intermedio, il senato⁽¹⁷³⁾.

der Justinianischen Institutionen und die im Geist derselben entworfenen Plane der Neuern halten ».

⁽¹⁷¹⁾ *Ibid.*, pg. 26.

⁽¹⁷²⁾ *Ibid.*, pgg. 22-3.

⁽¹⁷³⁾ *Ibid.*, pg. 25.

La sfera di intervento dello Stato (*Staatspolizey*) ha ancora dimensioni ristrette e si limita all'aspetto negativo di difesa del paese e del mantenimento della quiete pubblica. Nel diritto privato si comincia a mostrare l'influsso del potere sovrano mediante l'emanazione di leggi « *welche die Rechte bestimmen* » e dalle quali sorgono limitazioni, tramite l'approntamento delle categorie più generali dei contratti, l'introduzione di ' *Rechte und Verbindlichkeiten* ' che non sorgono da alcun contratto, e mediante prescrizioni riguardanti la proprietà, ed in particolare la proprietà di nuova costituzione, la proprietà fondiaria.

A livello dello stato della famiglia assistiamo invece ad un processo di mobilitazione, sempre ad opera del potere pubblico: le connessioni tra le « case » appartenenti ad una medesima « gens », ad una medesima stirpe, vengono indebolite e lo stesso accade per la potestà del capo famiglia all'interno di ciascuna « οἶκος »⁽¹⁷⁴⁾.

Si assiste ad una distinzione crescente dei rapporti derivanti dal matrimonio da quelli similari ma extra-matrimoniali; un tale processo avviene in ogni caso sotto forme e condizioni diverse « in den neuen und alten Asien und Afrika » rispetto allo sviluppo europeo. Soprattutto però aumentano in misura crescente le differenze tra famiglie aristocratiche e famiglie non nobili, che divengono più importanti in relazione all'« origine dei patrimoni familiari ».

Diritto ereditario familiare e le forme di tutela vengono « confermate » dal potere sovrano che si cura anche di far dare applicazione alle disposizioni del testatore e di portarle a compimento⁽¹⁷⁵⁾.

Lo stato intermedio dei coltivatori si caratterizza così per Reitemeier, nonostante che il processo di consolidazione dello Stato e le sue capacità di intervento siano riconosciuti ancora in una fase iniziale, proprio e prevalentemente per l'unitarietà della prospettiva sotto la quale lo sguardo « sincronistico » verso le varie branche del diritto si realizza, e che è quella delle modificazioni apportate ai diritti e alle obbligazioni privati dalla potestà pubblica, la quale si rivela sempre come motore, nella sua assenza o nella sua presenza, della periodizzazione stessa.

⁽¹⁷⁴⁾ *Ibid.*, pg. 26.

⁽¹⁷⁵⁾ *Ibid.*, pg. 27.

La storia « sociale » del diritto si rivela quindi ancora possibile, non a caso, solo sullo sfondo della sua originaria identificazione con la « storia statale »; il passo avanti compiuto da Reitemeier nei confronti di Pütter è certo, come si accennava, assai importante, ma l'apertura dell'orizzonte a tutti i fenomeni della *Cultur* si dimostra in ultima analisi ipotecata — usiamo il termine senza intenzioni valutative — sotto il profilo contenutistico da un identico punto di avvio.

Siamo così arrivati vicino ad un nodo centrale: il superamento della prospettiva, ancora in sé poco evoluta, della 'Staatsgesellschaft', come della precedente logica assolutistica — una prospettiva, la prima, che sostituendo la nozione di *societas civilis* ne sottolineava tuttavia ancora, insieme alla presenza dei due momenti distinti Stato e società, anche il reciproco rapporto — non doveva condurre nel campo (storico)-giuridico ad una accentuazione dell'aspetto sociale od economico della considerazione del diritto, ma, attraverso l'eliminazione nella prospettiva statale, proprio all'accantonamento di quest'ultima dimensione.

Questo soprattutto perché, alla base della riflessione dei giuristi di Göttingen, la problematica della società civile e della emersione graduale di una sua autonomia, sia pure fra avanzamenti e ristagni, si era sempre sviluppata parallelamente a quella del concetto di Stato; fino a giungere ad un preciso ricollegamento di quest'ultimo, nella disciplina della « Statistik »⁽¹⁷⁶⁾ — dalla quale del resto la 'Storia statale' traeva origine —, con il concetto seicentesco di Stato. Uno Stato che è determinato dalla consistenza di tutto quanto si trova oggettivamente, realmente al suo interno; territorio e popolazione « Land und Leute ».

E se quella disciplina si ampliava con il crescere del processo di differenziazione delle strutture materiali e dei concreti rapporti vigenti all'interno di un paese, sino a divenire scienza dello Stato in quanto scienza della società e della sua organizzazione, delle sue basi materiali e delle sue sovrastrutture istituzionali, non è diffi-

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. sul problema dell'emersione della scienza della statistica M. RASSEM, J. STAGL, (hrsg.), *Statistik und Staatsbeschreibung in der Neuzeit vornehmlich im 16.-18. Jahrhundert*, Paderborn, München, Wien, Zürich, 1980, e ivi specialmente A. SEIFERT, *Staatenkunde. Eine neue Disziplin und ihr Wissenschaftstheoretische Ort*, pgg. 217-248.

cile comprendere come la lotta contro il concetto di Stato proprio dell'assolutismo, contro gli abusi di quella stessa scienza e della politica, atte più a porre impedimenti all'industria che a favorire le 'classi produttive' (177), dovesse spingere anche alla dissoluzione del nesso tra elemento sociale ed elemento giuridico, tra considerazione 'sociologico'-materiale, economica, e considerazione giuridica (178) all'interno stesso di un sistema giuridico ormai ben lontano dal poter essere definito *pragmatico*.

Una prospettiva che risulta confermata dall'ultima sezione del diritto positivo generale; quella relativa ai « *Kunstreiche und gebildete Völker* » (175). Il raggiungimento di un simile stadio è determinato dalla trasformazione dei prodotti naturali « *mit Kunst, Handel und Eroberungskriege* », in una parola dal raggiungimento da parte della popolazione dei coltivatori di una 'ricchezza della

(177) Così ad esempio lo storico ed economista gottinghese A. F. LUEDER, uno dei principali diffusori del pensiero di Smith in Germania, che pure aveva preso le mosse da una convinta utilizzazione della Statistica, pochi anni dopo (*Kritik der Statistik und Politik nebst einer Begründung der politischen Philosophie*, Göttingen, 1812, *Vorrede*) dichiarava che i frutti della politica e della stessa statistica gli sembravano negativi proprio perché entrambe le discipline creavano ostacoli sul cammino dello sviluppo dell'industria, essendo nate insieme allo scopo di sopperire ai bisogni della ideologia dello Stato di polizia.

E tuttavia egli stesso nella sua precedente e più impegnativa opera *Über Nationalindustrie und Staatswirtschaft nach Adam Smith bearbeitet*, Berlin, 1800-1802, non riusciva a superare l'equivoco statistico dell'interferenza fra società civile e stato, un'interferenza che nella maggior parte dei casi si realizzava, in ultima analisi, tutta a vantaggio dello Stato; cfr. G. VALERA, *Scienza dello Stato*, cit., pg. XLIX-L, nota 91; G. MARINO, *I Maestri della Germania*, cit., pgg. 340-344 e A. SEIFERT, *loc. ult. cit.*, pgg. 239-241.

La sua figura ci pare resti caratteristica e sintomatica delle contraddizioni nelle quali restava impigliata la scuola di Göttingen, e non è senza rilievo il fatto che lo stesso Hugo ne utilizzasse l'opera maggiore, a testimonianza di una affinità di vedute più che epidermica; cfr. G. HUGO, *Naturrecht*⁴, pg. 179.

(178) Cfr. G. HUGO, *Naturrecht*¹, cit., pg. 164; J. N. WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, Landshut, 1821, pg. 245 (sul problema della *Rechtsempirie*, cfr. *infra*, pg. 318 ss., nota 337).

(179) J. F. REITEMEIER, *Encyclopädie*, cit., pg. 27.

nazione ' che è, tra l'altro, causa immediata delle « gelehrte Kenntnisse »⁽¹⁸⁰⁾. Nello 'Stato pubblico ' infatti la forma di governo può mutare dopo sommovimenti interni o per cause esterne, spesso ancora nella fase di trasformazione della popolazione dei coltivatori, ma se il dispotismo è forma di governo che si diffonde soprattutto in Asia, ciò non significa negare anche al cambiamento costituzionale che si verifica in Europa — manifestandosi sotto forma di democrazia, aristocrazia, governo misto o, appunto, dispotismo — una caratteristica comune.

Il punto fondamentale è infatti che in questa ultima fase si ampliano in generale le ' dimensioni ' del potere pubblico sovrano « über *Privatsachen* »⁽¹⁸¹⁾. La « Staatspolizei » si diffonde ed estende le sue competenze nella stessa misura che il potere sovrano amplia la sua « Macht », e le ormai numerose leggi ed istituzioni non sono dirette alla meta del semplice mantenimento delle condizioni di quiete e di equilibrio della società (« bloss Erhaltung »), ma mirano alla « Vervollkommung des Staats und des Bürger »: le capacità d'intervento dello Stato divengono così da meramente passive e di salvaguardia che erano, positive, facoltà promozionali.

Il movimento ascensionale della storia non conduce quindi per Reitemeier ad una diminuzione della sfera d'influenza dello Stato, come sarà caratteristica peculiare, sia pur con diverse sfumature, dall'ideologia liberale, ma anzi al suo contrario. La stessa religione, specialmente quella che consiste esclusivamente nello sfarzo esteriore, riceve un nuovo splendore, ma perde — ed in misura ancora maggiore se è fondata sopra uno specifico sistema di credenze — « durch die Aufklärung einen Theil des Einflusses auf den Staat »⁽¹⁸²⁾; sono i fattori condizionanti la crescente autonomia e separatezza dello Stato che cominciano ad incorrere in un deperimento.

Nello ' Stato privato ' tutti i rami del diritto raggiungono il loro grado massimo di maturazione, e, allo stesso tempo, in parte attraverso i variegati costumi, ma in parte mediante « l'incomparabilmente più grande influenza della potestà pubblica sovrana sulla

⁽¹⁸⁰⁾ *Ibid.*, pgg. 27-8.

⁽¹⁸¹⁾ *Ibid.*, pg. 29.

⁽¹⁸²⁾ *Ibidem.*

libertà dei cittadini » — diversa certamente a seconda della forma di governo — sorgono « *neue Grundsätze im Privatrecht* »: infatti nello « *Stände der Freyheit* » accanto alle persone di sesso femminile anche i bambini e i servi si elevano « *zu öffentlichen Rechten* », i contratti ricevono una più precisa determinazione e si moltiplicano « *die unmittelbaren Rechte und Verbindlichkeiten* »⁽¹⁸³⁾.

Nello stato della famiglia poi vi è un rapporto di precisa corrispondenza tra la crescita e l'aumento della forza della « *höchste Gewalt* » e la perdita di consistenza del potere familiare, della sua capacità coesiva, ed in generale dello stesso « *Geist der Familie* »; le persone non sono più del tutto sottomesse all'autorità del capo della 'casa', esse dipendono ora in parte immediatamente dallo stesso potere sovrano e sia le donne che i bambini ottengono un ampliamento della loro sfera di libertà. Anche la tutela e la successione ereditaria, che erano state sinora in gran parte regolate in modo da confermare le disposizioni del padre di famiglia, vengono quasi del tutto modellate secondo le prescrizioni del potere pubblico⁽¹⁸⁴⁾.

Benché ad un occhio moderno questo dato possa a tutta prima sfuggire e simili riflessioni possano apparire in una luce in alcuni momenti opacizzata, non si può fare a meno di notare la loro sconcertante 'modernità' — non sfuggita ai contemporanei ed immediatamente successivi osservatori —, la loro capacità di rottura, rispetto ad una tradizione culturale che non si era mai posta il problema della 'profondità' prospettica dell'analisi storico-filosofica del diritto.

Il punto focale di questa teoria del diritto positivo generale non è tanto, come pure è stato costantemente sottolineato⁽¹⁸⁵⁾, il

⁽¹⁸³⁾ *Ibid.*, pg. 30.

⁽¹⁸⁴⁾ *Ibid.*, pg. 31.

⁽¹⁸⁵⁾ E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. 3 Halbband 1, *Testo*, pg. 499; cfr. anche L. MARINO, *I maestri della Germania*, cit., pg. 253, certamente inesatto in quanto vuol fare risalire a Reitemeier, la suddivisione in tre fondamentali questioni del problema del diritto che è peculiare della dottrina di Hugo; laddove, casomai, si rivela più agevole rinvenire delle assonanze con l'analoga partizione di cui si faceva promotore Hufeland; cfr. *supra*, pg. 179, nota 20.

tentativo di conciliazione tra le convinzioni storiche dell'autore e la tradizione giusnaturalistica, ma consiste nell'aver messo a completo frutto il concetto montesquieviano di 'rapporto' e nell'aver individuato per primo la necessità di andare al di là del metodo 'cronologico' e di unificare in una trattazione per 'periodi' l'esame della storia politico-sociale da un lato, con quella del diritto pubblico (e delle sue fonti) e del diritto privato dall'altro. Tutto ciò non si realizza soltanto, come vuole Landsberg⁽¹⁸⁶⁾, a dispetto di questa teoria del diritto positivo generale, ma essa invece ne costituisce il modello formale e dà luogo, nella sua struttura a tre stadi, anche ad un'anticipazione della stessa filosofia del diritto positivo di Gustav Hugo; com'egli ebbe del resto a notare, riannodando lo sviluppo ed il rinnovamento della scienza giuridica tedesca già a matrici non-kantiane⁽¹⁸⁷⁾.

È in questa unificazione di analisi 'politica' e giuridica (filosofia del diritto positivo) e, in quest'ultima sfera, nel tentativo di dar luogo ad una storia del diritto privato 'diversa'; in una storia del diritto che portasse alla riunificazione del settore delle fonti e della 'storia dello Stato' con quelle del diritto privato, che bisogna ricercare la peculiarità dell'atteggiamento di Hugo, al di là della ricorrente accusa di quietismo alla quale vien fatto segno e che circostanze storiche diverse, ma prima fra tutte la sua attenzione nei confronti del diritto 'rivoluzionario' francese⁽¹⁸⁸⁾, indurrebbero perlomeno a ripensare.

Un atteggiamento che si rivela decisivo anche per comprendere in quale rapporto si possa collocare la 'dogmatica' del diritto romano attuale con la ricerca storica. È la misura di questo rapporto che sola può condurre a stabilire il ruolo e la 'dimensione', il campo di applicazione spettante alla scienza del diritto privato attuale. In questo senso è necessario approfondire l'analisi delle reazioni alle quali l'assunzione da parte di Hugo del metodo e della concezione proposta da Reitemeier dette luogo.

⁽¹⁸⁶⁾ E. LANDSBERG, *loc. ult. cit.*

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr. *supra* nota 90 e vedi G. HUGO, *Naturrecht*², cit., pg. 34.

⁽¹⁸⁸⁾ Cfr. G. REXIUS, *Studien zur Staatslehre der historische Schule*, in *Historische Zeitschrift*, CVII (1911), pg. 511; vedi altresì O. MEJER, *Gustav Hugo, der Begründer der historischen Juristenschule*, in *Preussische Jahrbücher*, Bd. 44 (1879), pg. 479 ss.

Che non si tratti di un profilo marginale la dimostra il fatto che lo stesso Landsberg, ritenendo di dover considerare Hugo come il padre della nuova scienza giuridica storica tedesca, fu logicamente costretto ad assegnare a Reitemeier la palma di precursore della Scuola Storica; un precursore al quale sarebbe mancata soltanto una formulazione espressa di quel programma.

In realtà invece non è semplicemente il carattere giusnaturalistico della teoria di Reitemeier — come avveniva del resto anche nel caso di un Pütter — che lo differenzia dal programma della Scuola Storica, ma il rapporto che la sua specifica concezione della storia del diritto istituisce tra le varie componenti di questo; la critica ad Hugo sul punto varrà infatti consapevolmente altresì come critica indiretta al suo precursore ⁽¹⁸⁹⁾.

4. Proprio per i motivi che abbiamo sottolineato, quella forma particolare di diritto naturale che è costituita dalla filosofia del diritto privato si colloca, per Gustav Hugo, nella più intima connessione con la storia del diritto, e tanto meglio si potrà arrivare a comprendere la prima, quanto più ci si sia dati la pena di studiare in precedenza quest'ultima; del resto, al contrario, un simile principio è valido anche per la storia del diritto, perché essa diverrà ben più chiara se vista attraverso le lenti approntate da questo tipo anomalo di « Naturrecht » ⁽¹⁹⁰⁾.

Un rapporto, quindi, tra storia del diritto romano ed 'uso odierno' del diritto, come quello che abbiamo veduto scaturire dalle analisi di Weber, un'analisi del diritto romano volta a ricercare la vera immagine che dei concetti giuridici potevano avere gli stessi Romani, istituito per istituto, in stretta connessione alla problematica dell'applicabilità di singoli luoghi e passi del *Corpus iuris*, per ritornare con nuovi strumenti sulle questioni pratiche, un tipo di rapporto di questo genere, dicevamo — benché sia testimonianza di una rilevante evoluzione all'interno stesso della tradizione dell'*Usus Modernus* — sarebbe invano da ricercare nei lavori di Hugo.

⁽¹⁸⁹⁾ (R. von JHERING), *Die historische Schule der Juristen*, III., in *Literarische Zeitung*, 1844, n. 27, col. 241.

⁽¹⁹⁰⁾ G. HUGO, *Encyclopädie*², cit., pgg. 86-7.

Ce lo attestano sin da ora, indirettamente ma significativamente, molteplici indizi.

Il fatto stesso, ad esempio, che pur nella loro reciproca autonomia, storia del diritto e ' filosofia del diritto positivo ' intrattengono un rapporto privilegiato fra loro sulla base del comune denominatore della scientificità, fa sì che tra le ' fonti ' della seconda storia del diritto romano sia senz'altro da preferire al ' semplice ' diritto romano attuale, proprio dal momento ch'essa ha in comune con i diritti stranieri, dal russo al francese, utilizzabili mediante la ' comparazione ', la ' maggiore distanza possibile da ciò cui adesso siamo abituati ' ⁽¹⁹¹⁾.

Indubbiamente, infatti, fintantoché la domanda a cui la storia giuridica doveva fornire risposta era costituita dal problema di come il diritto vigente forse divenuto (« wie ist Rechtens geworden? »), allora la dogmatica del diritto attuale doveva rappresentare perlomeno il punto di partenza, anche se non necessariamente un punto al quale occorresse poi ritornare.

Ma dal momento che Hugo intende limitare il modo stesso di porre il problema storico al diritto « trascorso », egli dà vita in realtà ad un processo di emancipazione, fonda un'indipendenza della storia del diritto, della « Rechtsgeschichte » dalla dogmatica.

L'emancipazione dalla dogmatica, la chiara *actio finium regundorum* crea però ancora una volta la questione di come le discipline appena separate, e proprio in forza di questa separazione, si debbano reciprocamente comportare: di come, conseguentemente, ne debbano essere modificati i campi d'azione e i rispettivi metodi di lavoro. Ci troviamo così di fronte alla necessità di chiarire in che cosa consista la ' novità ' che Hugo ritiene di dover apportare al modo stesso di condurre a termine il ' racconto ' della storia del diritto romano.

L'autore del *Civilistischer Cursus* a più riprese vuole infatti sottolineare come la partizione tradizionale sull'argomento vada ripensata e nuovamente riformulata secondo la cosiddetta — o meglio, proprio a partire da lui, cosiddetta — dicotomia storia ' ester-

⁽¹⁹¹⁾ G. HUGO, *Naturrecht*⁴, pg. 41; cfr. anche ID., *Beiträge*, cit., Bd. 1, pg. 49.

na' — storia 'interna' del diritto romano⁽¹⁹²⁾; una distinzione nell'ambito della quale l'accento cadrà a preferenza sulla seconda. Ma in quest'affermazione, come è noto⁽¹⁹³⁾, si compie già un rilevante passo in avanti — o, perlomeno, in una direzione diversa — proprio rispetto a quella partizione 'tradizionale', chiamata in causa da Hugo.

In realtà la distinzione tra storia interna e storia esterna del diritto non corrisponde esattamente a quella che, fino a pochi anni prima, era la suddivisione abituale tra i giuristi, e non ne costituisce, pertanto, una semplice 'riformulazione': anche se bisogna tenere fin da adesso presente che l'ambizione a sostituire ad una partizione dicotomica un'altra dello stesso segno varrà in ultima analisi a determinare anche una certa continuità tra le due coppie concettuali.

Hugo, infatti, nella scelta di questa denominazione non si richiama alla partizione ricorrente nel XVIII secolo — quella tra storia delle fonti e storia del diritto nel senso vero e proprio⁽¹⁹⁴⁾ — ma utilizza, a testimonianza del suo profondo legame metodico col filosofo-giurista lipsiense, una terminologia risalente ancora una volta a Leibniz⁽¹⁹⁵⁾; d'altro canto però il contenuto al quale egli riferisce la partizione non è nuovamente, a prima vista, quello che Leibniz aveva dato alla sua distinzione.

Ed anzi Hugo, nel tradurre il passo leibniziano della *Nova Methodus* (1667), non lo riporta nella sua interezza, tralasciando la definizione di 'storia esterna'.

⁽¹⁹²⁾ Cfr. TARANOWSKY, *Leibniz und die sogenannte äussere Rechtsgeschichte*, cit., pg. 207.

⁽¹⁹³⁾ Si veda sul punto L. RAGGI, *Storia esterna e storia interna del diritto nella letteratura romanistica* (1959), in *Id.*, *Scritti*, Milano, 1975, pg. 73 ss.

⁽¹⁹⁴⁾ Su questo tema ancora ricco di suggestione si rileva il risalente saggio di E. von MOELLER, *Die Trennung der deutschen und der römischen Rechtsgeschichte*, Weimar, 1905, pg. 50 ss.

⁽¹⁹⁵⁾ Nel già citato articolo *Leibnitz* in *Civilistisches Magazin* I (1791) pg. 23-34. Poiché però, come subito mostreremo, Hugo non riporta per intero il passo leibniziano, per la sua citazione utilizzeremo G. W. LEIBNIZ, *Nova Methodus descendae docendaeque iurisprudentiae ex artis didacticae principiis*, in *Thesaurus iurisprudentiae iuvenilis opuscula*, Neapoli, 1754. Faremo inoltre riferimento a G. W. LEIBNIZ, *Textes inédits, Publiés et annotés par Gaston Grua*, vol. 1. e 2., Paris, 1948, con l'abbreviatura GRUA.

Leibniz

Hugo

§ 29. *Tantum de iurisprudentia didactica, nunc ad historicam pes promovendus. Iurisprudentia historica est vel interna, vel externa: illa ipsam iurisprudentiae substantiam ingreditur, haec adminiculum tantum est & requisitum. Historia iuris interna est, quae variarum rerumpublicarum iura recenset; qualia exstabant olim opera Aristotelis, & Theophrasti, sed quibus ad nostram usque aetatem vita non superfuisset. Habemus leges mosaicas in sacra Scriptura, quarum cum romanis comparationem paullo post Iustinianum graeculus aliquis instituit; hodie vero diligentius ea in re operam Zepperus navavit. Legum aegyptiarum, persicarum, scythicarum exstant reliquiae apud Herodotum, in fragmentis Ctesiae, & Diodoro Siculo. Graecorum instituta diligentissime persecutus est Pausanias, & nostri aevi velut alter Pausanias Meursius. Iura Romanorum satis cognosci ex variis eorum monumentis possunt, de quo mox. Gentium primo barbararum postea excultarum iura, scilicet Longobardorum, Gothorum Francorum, leges salicae, aliaque id genus vetustatis monumenta collegit, unoque volumine edidit Lindenbrogius. Nihil*

« Das historische bey der Jurisprudenz ist theils die innere theils die äussere Geschichte. Jene ist ein Theil der Wissenschaft selbst, diese ein Hilfsmittel. Die innere Rechtsgeschichte erzählt die verschiedenen Rechte der Staaten.

dicam de Bullariis Pontificum, nihil de gallico codice *Landrecht*, & *Weichbild* Saxonum, statutis Polonorum, corpore iuris prutenico, consuetudinibus Italarum magnam partem collectis a cardinali Tusco, nihil de iuribus Saxonum, Hungaricorum, consuetudinibus marchicis, aliisque id genus gentium moribus prope infinitis. Ex his aliisque omnibus undecumque collectis, Deo dante, conficiemus aliquando Theatrum Legale, & in omnibus materiis, omnium gentium locorum, temporum placita $\pi\alpha\rho\alpha\lambda\lambda\acute{\epsilon}\lambda\omega\varsigma$ disponemus. Historia iuris romani in specie etsi a *Forstero* in *Historia Iuris*, & *Iac. Gothofredo* in *Manuali* adumbrata sit; desidero tamen specia-liorem recensionem, quid a quolibet tribuno per plebis scita, aut a quolibet consule per senatus consulta, praetore per edicta, & imperatore per constitutiones ordine innovatum sit, donec in hanc formam ius romanum crevit. Hoc igitur nos, libello de *Auctoribus Iuris Romani*, aliquando exsequamur, qui libenter ab aliis neglecta aggredimur.

§ 30. *Historia externa* ad iurisprudentiam necessaria est: *historia romana* ad intelligendum ius civile: *ecclesiastica* ad intelligendum ius canonicum:

Bei der Geschichte des Römischen Rechts vermisste ich nach Forster's und Godefroi's Grundrissen, doch noch eine genauere Angabe, welche Rechts-sätze von den Tribunen, Prä-toren, Consuln: und Kaisern in verschiedenen Zeiten aufgestellt worden sind, bis zuletzt das Ganze diese Gestalt bekam ».

medii aevi ad intelligendum ius feudale: *nostrorum temporum* ad intelligendum ius publicum.

L'originalità di Leibniz — nella sua tensione verso l'ideale umanistico di unificazione sistematica delle fonti del sapere — era indubbiamente consistita, più che una 'scoperta', nell'applicazione al terreno storiografico del *locus* 'esterno-interno', una distinzione di largo uso nella giurisprudenza umanistica che si richiamava agli schemi dialettici⁽¹⁹⁶⁾.

Anche se, in conseguenza dell'accezione di *locus externus* — inteso come luogo 'aggiunto' al di fuori di una stretta inerenza all'oggetto studiato —, la storia esterna appare assumere per Leibniz una collocazione di 'secondo piano' che verrebbe lumeggiata dalla sua condizione di 'scienza ausiliaria', non ci si può lasciare ingannare da questa sola considerazione.

Il significato metodologico della individuazione leibniziana della 'storia esterna' non è infatti semplicemente quello di indicare nella conoscenza della storia generale un elemento necessario per la comprensione del fenomeno giuridico. Certamente la storia generale è necessaria per intendere appieno la storia interna, concepita come *historia mutationum iuris* — laddove, elemento questo da tenere presente, si vuol far riferimento in prima istanza alla storia delle origini, degli autori, dei mutamenti e dell'abrogazione delle leggi⁽¹⁹⁷⁾ —, ma non però certo nella misura in cui essa venga a costituire « solamente la cornice entro cui il diritto si sviluppa secondo la sua propria natura, ma una cornice che non si rivela determinate del contenuto del quadro »⁽¹⁹⁸⁾.

Leibniz, infatti, specifica concretamente in che cosa consista quella necessità per il giurista: per lui la storia romana è indispensabile per l'intima comprensione (*ad intelligendum*) del diritto civile, la storia della chiesa per il diritto canonico, la storia medievale per il diritto feudale e la storia contemporanea per il diritto pub-

⁽¹⁹⁶⁾ L. RAGGI, *Storia esterna*, cit., pgg. 76-77.

⁽¹⁹⁷⁾ G. W. LEIBNIZ, *Nova Methodus*, cit., § 29, pg. 42 ss.

⁽¹⁹⁸⁾ Così invece L. RAGGI, *loc. ult. cit.*, pg. 83.

blico (199). Risulta allora evidente che è possibile una comprensione del diritto sotto tutti i suoi aspetti soltanto se il giurista ha fa-

(199) G. W. LEIBNIZ, *loc. ult. cit.*, pg. 43 e vedi nel testo il § 30; non diremmo poi con RAGGI, *loc. cit.*, che l'idea leibniziana rispecchi qui esclusivamente la convinzione delle estraneità dello *Jus publicum* al Diritto Romano, dal momento che lo *Jus publicum* è considerato solo in relazione alla storia moderna e non anche in relazione alla storia romana.

Il problema si riferisce molto più alla concreta situazione del *Reich* tedesco e all'opinione conseguentemente diffusa nella *Reichspublizistik*, ma ripresa poi anche da Savigny, che il diritto pubblico romano non fosse stato recepto in Germania.

Anzi si potrebbe affermare che sia proprio il nesso — un'impostazione del resto che trovava riscontro anche negli atteggiamenti di un Conring — che si stabilisce nella dottrina leibniziana tra *Reichstaatslehre* e *scientia politica*, a determinare la peculiare presa di posizione sulla storia del diritto. Sintomaticamente Leibniz poteva affermare: « *Jus publicum: id est mere publicum; ea quae statum publicum tangunt seu quae pertinent ad summam potestatem eiusque species et partes, originem; modificationem, dissolutionem. Publica in genere, quae comprehendet politica et Jus publicum* » (*GRUA*, 2., pg. 837).

E come l'*interpretatio* della legge non può essere che 'duplex': giuridica e politica (e necessariamente, senza che sia possibile concepire un'alternatività in senso moderno tra i due procedimenti); così anche la storia si manifesta in un duplice aspetto agli occhi di Leibniz. E l'interpretazione politica, esterna — che trae i suoi argomenti *ex facto* — non è qualcosa di rinunciabile o secondario, ma anzi sorge dal fatto, proprio perché « *ex facto cum sophismata politica et arcanos affectus rimamur, legum specie velatos, et in causas inquirimus, quibus ad legem ferendam impulsu fuisse* » (citato secondo O. KLOPP, hrsg., *Die Werke von Leibniz*, Hannover, 1864, I, 1, pg. 393 in N. HAMMERSTEIN, *Historie und Jus publicum bei Leibniz, in Leibniz als Geschichtsforscher, Studia leibniziana, Sonderheft 10, cit.*, pg. 150).

Anche la sfera privata in ultima analisi soggiace alla funzionalizzazione dello *jus publicum* nei confronti della *salus publica*, e non a caso Leibniz può proseguire, in una logica che è ben lontana dallo svalutare il diritto pubblico, come entità mutevole, rispetto alla stabilità dello *ius privatum*: « si deve trattare ogni situazione privata *come se fosse pubblica* poiché è di interesse pubblico che la giustizia si realizzi » (citato in N. HAMMERSTEIN, *loc. ult. cit.*, pg. 153).

Già in Leibniz quindi la storia esterna reca un'impronta *latu sensu* pubblicistica e non sarà casuale la prosecuzione di una simile tradizione da parte della scuola dei pubblicisti di Gottinga e al livello della scienza dello Stato.

miliare lo studio dell'ambiente storico immediato nel quale il singolo sistema giuridico si è venuto a sviluppare⁽²⁰⁰⁾.

Il rapporto tra le due storie si può quindi così riassumere: la storia interna, che contiene un elemento dinamico che la differenzia dalla disciplina della statistica, quale Conring l'aveva iniziata ad insegnare proprio poco tempo prima⁽²⁰¹⁾, sviluppa la conoscenza delle continue mutazioni che il diritto subisce, ma solo in quanto esse siano considerate indipendenti dagli altri aspetti della vita sociale; la storia esterna invece ricollega questi cambiamenti con la totalità del processo storico ed introduce ad una comprensione del diritto attraverso lo studio del suo 'ambiente' storico-politico.

Del resto, che l'intuizione di Leibniz sia oscurata solo in parte dalla qualifica della sussidiarietà attribuita alla storia esterna — una qualifica che si situa, d'altro canto, in conformità ad una 'gerarchia' che, sotto l'imperio della concezione assolutistica della scienza, viene a regolare le relazioni tra le singole discipline a seconda della loro più o meno diretta vicinanza allo scopo pratico da raggiungere — è dimostrato, ci sembra, innanzitutto dalla specificità dell'uso linguistico leibniziano di esterno-interno. Un uso da lui introdotto addirittura nell'ambito dello *ius naturale*⁽²⁰²⁾, allo scopo di sottolineare — di contro alle prese di posizione di un Pufendorf o di un Thomasius — una diretta connessione fra diritto (inteso come regolante le azioni umane esterne) e teologia (regolatrice delle azioni umane interne): se su di una connessione deve basarsi l'intento di costruire una unitaria *iusprudentia universalis*⁽²⁰³⁾, appare chiaro che, per parafrasare una celebre espressione, siamo di fronte ad un 'distinguere per unire'.

Ma, di più, è la stessa locuzione, da Leibniz usata in un più ampio contesto, per definire quel che modernamente ma forse im-

⁽²⁰⁰⁾ Sotto questo profilo convincente TARANOWSKY, *Leibniz und die sogenannte äussere Rechtsgeschichte*, cit., pg. 193.

⁽²⁰¹⁾ Cfr. sul punto A. SEIFERT, *Staatenkunde*, cit., in M. RASSEN, J. STAGL (hrsg.), *Statistik*, cit., spec. pg. 217-223.

⁽²⁰²⁾ Cfr. L. RAGGI, *Storia esterna*, cit., pg. 84, nonché J. BLÜHDORN, *Positivität und Empirie*, cit., pg. 128.

⁽²⁰³⁾ Vedi H. P. SCHNEIDER, *Justitia Universalis. Quellenstudien zur Geschichte der « Christlichen Naturrecht » bei Gottfried Wilhelm Leibniz*, Frankfurt am Main, 1967, spec. pg. 424 ss.

propriamente ci vien fatto di esprimere come ' sussidiarietà ' e che Hugo traduceva semplicemente « Hilfsmittel », che verrebbe fraintesa ove si tendesse a ravvisare nel movimento storico generale un « mero *adminiculum* riunificato alla storia del diritto solo sul piano classificatorio »⁽²⁰⁴⁾.

Che *adminiculum* — unito non dimentichiamolo a *requisitum*, nel senso di collegamento necessario⁽²⁰⁵⁾ — nella terminologia dell'epoca e immediatamente successiva non venisse obbligatoriamente caricato di un significato restrittivo volto a diminuire la dignità, ma restasse in un certo senso neutro è infatti attestato autorevolmente, in un passo per più versi significativo, da un giurista al quale compete un ruolo di rilievo nella storiografia giuridica del '700, per il suo collegamento culturale con Thomasius⁽²⁰⁶⁾, il professore francofortese Christian Gottfried Hoffmann: « Paucis multa dixi: nam quae generaliter in tractatione Historiae juris observanda sunt, ea pene in cujusvis legis explicatione sunt atten-

(204) Così però ancora L. RAGGI, *Storia esterna*, cit., pg. 84.

(205) Ci pare necessario a questo punto riportare un altro contesto segnalatosi all'attenzione di Hugo. Leibniz al par. 3 della stessa *pars specialis* affermava: « ex his didactica et polemica proprie sunt partes jurisprudentiae, historica vero et exegetica sunt requisita tantum. Haec theorica, illa practica. Jurisconsultus enim qua talis satis habet, si sciat, quid in proposito casu sit iuris, quod potest etiam mere pragmaticus assequi, imo qui ne latina quidem novit, sed difficulter, imo inutiliter; nam si quis negare audeat, non poterit ex historia legibusque demonstrare: (ideo empyrici magis nomen merebitur, quam ejus qui veram in iure philosophiam sit assecutus). » (*Nova methodus*, cit., pg. 22).

Hugo, *Civilistisches Magazin* I (1791), pg. 29 così traduce *requisitum tantum*: « Die Dogmatik und Polemik machen eigentlich die Rechtsgelehrsamkeit aus, die Geschichte und Exegese sind die *unentbehrlichen* Mittel, dazu zu gelangen ». Si potrebbe forse nuovamente sospettare una traduzione infedele a proposito di quel mezzo « irrinunciabile », se il testo leibniziano non terminasse appunto — e questa volta non possono esservi dubbi di sorta sulla traduzione di Hugo — « ... weil man *keinen Beweis* führen kann, als aus der Geschichte und den Texten ».

Per un'ulteriore analisi di questi due testi si può rinviare a M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 357 ss.

(206) Su Hoffmann (1692-1735) cfr. N. HAMMERSTEIN, *Jus und Historie*, cit., pg. 321, 330; nonché E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. 3, Halbband 1, Note, pgg. 115-6.

denda: inde Historiae juris et Historiae legum differentia dependet, quae quidem arcitissimo vinculo sibi invicem junctae sunt. *Nulum certe caput in jure nostro est, quod absque historiarum administriculis recte intelligi quaeat*, ita ut illis destitutum caecutire oporteat, quod experientia et innumera pene Jctorum scripta testantur, in quibus non leges, sed verba et communes opiniones explicatas deprehendes »⁽²⁰⁷⁾.

La profondità di quel ‘ presentimento ’ è da ricercare quindi nella pretesa a che il giurista-storico del diritto ‘ amplii ’ l’orizzonte della sua ricerca fino a ricomprendervi lo studio dei fattori sociali delle mutazioni interne. Siamo di fronte, in ultima analisi, almeno *in nuce*, ad una concezione che, esprimendo anche una tendenziale contrapposizione tra giuridico ed extra-giuridico, e conferendo dignità e capacità di influire sulla sostanza del diritto a quest’ultimo elemento, si rivela di carattere non formale; che non tende, cioè, a risolvere tutte le contraddizioni all’interno del fenomeno giuridico stesso.

Potrà sembrare, allora, che sia proprio questa l’esigenza che va perduta con Hugo, nel momento in cui egli non ritiene più necessario far menzione della significazione leibniziana di storia esterna; che il suo « zurück zu Leibniz » metodologico non si riveli fondato⁽²⁰⁸⁾. In realtà, non si può disconoscere che Hugo apra una prospettiva nuova: ma si tratta appunto d’individuare rispetto a chi questa ‘ novità ’ si sviluppa.

Si è voluto infatti ravvisare le premesse per un primo superamento della posizione leibniziana — un superamento che investe, come subito vedremo, anche il concetto di sistema giuridico — nella distinzione, che si rinviene negli ‘ *Initia historiae litterariae iuridicae universalis* ’ pubblicati da Nettelbladt in prima edizione ad Halle nel 1764⁽²⁰⁹⁾.

Nettelbladt di fatto afferma che la storia della giurisprudenza trova la sua collocazione adeguata nella storia letteraria del diritto,

⁽²⁰⁷⁾ C. G. HOFFMANN, *Historia iuris Romano-justinianeae*, cit., *Praefatio* (senza indicazioni di pagina, ma pg. 5).

⁽²⁰⁸⁾ Cfr. TARANOWSKY, *Leibniz und die sogenannte äussere Rechtsgeschichte*, cit., pg. 208.

⁽²⁰⁹⁾ Noi citiamo comunque dalla seconda edizione, D. NETTELBLADT, *Initia historiae litterariae iuridicae universalis*, Halae Magdeburgicae, 1774.

la quale, essendo a sua volta parte della stessa più ampia storia letteraria, è estranea alla storia del diritto vera e propria. Una storia del diritto, quella 'vera e propria', che sarebbe perciò possibile identificare solo ove la si riconosca collocata sotto il segno della volontà e della autonomia individuale, giusta la definizione nettelbladtiana di essa come 'historia iurium et obligationum per leges positivas constitutarum' (210). Se quindi la giurisprudenza non può incidere sul *proprium* della fenomenologia giuridica incarnato dal 'sistema dei diritti soggettivi', un sistema insuscettibile di essere condizionato dall'interpretazione del giurista, ma viene considerata 'esterna' a quel sistema, essa può venire nettamente contrapposta, invece che subordinata, alla storia delle istituzioni giuridiche.

La storia della giurisprudenza acquisterebbe così una funzione non più di cornice: ci si avvierebbe a considerare la storia esterna e la storia interna come due storie parallele, di pari dignità.

Una tale interpretazione, sebbene individui opportunamente l'influsso che il ruolo e la collocazione della storia del diritto nel contesto delle discipline giuridiche esercita specificatamente sul 'sistema', modificandone i contorni, non è però atta a rendere conto adeguatamente del processo che da Leibniz conduce fino ad Hugo; né, tantomeno, ad illuminare il senso della ripresa, al di là della stessa terminologia, dell'esigenza leibniziana da parte del giurista gottinghese.

Che si possa parlare di 'superamento' di Leibniz a proposito della considerazione separata della giurisprudenza dalla *historia juris* proposta da Nettelbladt, appare già dubbio, allorché si rifletta che la stessa coppia 'iura et obligationes' rimanda ad una lunga tradizione che, a partire dalla riflessione della Seconda Scolastica spagnuola arriva sino a Leibniz, dal quale Nettelbladt poi la mutuerà (211). Abbiamo già inoltre veduto come, più tardi, Zachariae, considerando appunto la definizione della scienza giuridica come 'Wissenschaft der Rechte und Verbindlichkeiten' una de-

(210) Così in sostanza L. RAGGI, *loc. ult. cit.*, pg. 89. Il testo è in D. NETTELBLADT, *Initia*, cit., *Praecognita historiae iurisprudentiae*, pg. 202.

(211) Così anche L. RAGGI, cit., pg. 87; in generale cfr. W. RÜFNER, *Verwaltungsrechtsschutz in Preussen von 1749 bis 1842*, Bonn, 1962, pg. 27 ss.

finizione tradizionale, le attribuisca un carattere tutt'altro che univoco o chiaramente determinato: dal momento che, se diritto ed obbligo sono, come sono, 'Wechselbegriffe', l'aggiunta è superflua; se questa identità venisse invece negata, allora la definizione metterebbe in crisi proprio l'unità della scienza⁽²¹²⁾.

Per Leibniz — che, non a caso, a questo proposito modifica i suoi predecessori scolastici⁽²¹³⁾ — la solidarietà tra diritto e obbligo è estremamente stretta, e questa simmetria logica può concernere tanto i medesimi soggetti — con una sfumatura particolare, naturalmente, per quanto riguarda Dio —, quanto gli stessi oggetti, persone o cose⁽²¹⁴⁾. Diritto e obbligazione sono qualità morali perché sono riferiti ad un sostrato *obbiettivo* ben preciso, perché sono le qualità non di un soggetto astratto titolare di diritti, ma dell'uomo in quanto *giusto*, prudente e saggio, al giudizio del quale Aristotele e i giuristi romani potevano rimettere la decisione su punti dalla legge non ben definiti: gli atti contrari ai *boni mores* sono impossibili e una tale impossibilità in diritto equivale ad una impossibilità assoluta⁽²¹⁵⁾, proprio perché il principio e la causa efficiente dell'obbligazione nella sua stretta connessione con gli *iura* è da ricercare nella natura delle verità eterne contenute nella essenza e *intelligenza* divine, comunicate alla nostra ragione⁽²¹⁶⁾.

Così in Leibniz come in Wolff, maestro di Nettelblatt, la categoria del soggetto giuridico appare — e sul punto dovremo tornare — di uso limitato a certi diritti e a certe obbligazioni; in ogni caso, per più versi distante dal concetto moderno che evochiamo quando facciamo menzione di un sistema 'intangibile' di diritti soggettivi, soprattutto a causa della sua intima connessione con la *Status-Lehre*.

⁽²¹²⁾ Cfr. *supra* cap. II, pg. 156.

⁽²¹³⁾ Cfr. per ora W. SCHNEIDERS, *Naturrecht*, cit., pgg. 79-83, nonché G. GRUA, *Jurisprudence Universelle et Théodicée selon Leibniz*, Paris, 1953, pg. 223.

⁽²¹⁴⁾ Cfr. G. W. LEIBNIZ, *Nova methodus*, cit., *Pars specialis*, § 16, pg. 31.

⁽²¹⁵⁾ Cfr. G. GRUA, *loc. ult. cit.*, pg. 228.

⁽²¹⁶⁾ *Ibid.*, pg. 229.

Ma se nella dottrina leibniziana, come del resto accadeva anche a Grozio, in ogni modo l'oggettività metafisica lasciava in una condizione di sottinteso 'les permissions legales' (217), noi ci accorgiamo invece che ora per Nettelbladt, e sin dalla definizione che abbiamo riportato, esse vengono a porsi in primo piano come elemento costitutivo, come origini degli *iura et obligationes* (218).

Per Nettelbladt infatti anche la sfumatura riferentesi agli *iura et obligationes*, l'oggetto della storia del diritto vera e propria, rimaneva praticamente nell'ambito dell'orizzonte che abbiamo visto esprimere da Hoffmann, come ci palesa chiaramente la prima, e quindi più 'comprensiva', definizione da lui proposta: « *Historia iuris, quae est complexus veritatum singularium de legum factis, sicque potius historia legum dicenda* » (219). La separatezza della storia della giurisprudenza non consegue quindi dall'aver individuato l'oggetto della storia giuridica, il sistema, in un sistema di diritti subiettivi privati intangibili, ma dal fatto che l'oggetto della storia giuridica resta sempre in ultima analisi l'attività del legislatore, questa sì non sottoponibile a sindacato da parte della giurisprudenza, che viene situata quindi in una dimensione totalmente 'altra'. Che la storia della giurisprudenza come storia letteraria (*Historia literaria*) fosse separata dalla *Historia iuris* è, a partire da queste premesse, dato evidente e diffuso nella coscienza dei giuristi del tempo assai prima del Nettelbladt (220), come viene testi-

(217) *Ibid.*, pg. 230.

(218) È interessante osservare inoltre che nella seconda edizione Nettelbladt chiarisce il testo precedente che parlava di « *Historia iurium et obligationum per leges positivas constitutarum...* » (citato secondo RAGGI, pg. 87) e la restituisce in una forma ben altro che soggettivistica; la storia in questione non è storia di « diritti soggettivi » o semplicemente del loro sistema, ma « *Historia quae Historia dogmatum iuridicorum dicenda*, in qua recensetur vicissitudines iurium et obligationum, per leges positivas diversis temporibus latas, constitutarum, in singulis doctrinis iuridicis in quibus tales vicissitudines obveniunt... » (D. NETTELBLADT, *Initia*, cit., § 195, pg. 202; significativa è anche la citazione in nota, a conferma della sua impostazione, di I. G. WOLFII, *Brevis historiae iuris publici delineatio*, Halae 1749, comparata con una *delineatio historiae litterariae jurispublici*).

(219) D. NETTELBLADT, *loc. cit.*, pg. 3 (§ 2); cfr. *ibid.*, pg. 305 (§ 3).

(220) Vedi ad esempio A. R. I. BÜNNEMANN, *Historiae litterariae iuris primae lineae*, Hannoverae, 1750 ed ivi letteratura; cfr. inoltre J. N. WENING, *Encyclopädie*, cit., pg. 277.

moniato dalla numerosa letteratura precedente e contemporanea sulla cosiddetta « juristische Gelehrten-geschichte », che aveva a che fare con gli sforzi attraverso i quali i giuristi elaboravano la loro 'scienza' ⁽²²¹⁾, e quindi anche con la storia della metodologia ⁽²²²⁾.

Per rendersi conto allora del perché Hugo non ritiene di riportare la definizione leibniziana di storia esterna, bisogna innanzitutto osservare, invece, che è la stessa distinzione leibniziana che non ha alcun seguito, né letterale né tantomeno sostanziale nella dottrina giuridica successiva; le espressioni in questione non vengono mai usate neppure nella letteratura specialistica storico-giuridica del secolo XVIII ⁽²²³⁾.

L'esigenza espressa intuitivamente da Leibniz la ritroviamo ripresa, non a caso, soltanto a partire dai rappresentanti della 'scuola' di Göttingen e la sua *sedes materiae* sarà ancora una volta fornita da quegli abbozzi 'metodologici', che già ben conosciamo sotto il nome di enciclopedie. Non si potrà parlare di un 'superamento', ma piuttosto di mancata recezione della partizione leibniziana anche a livello terminologico.

Questa non-recezione richiede un supplemento di spiegazione nel quale ricercare la risposta sul modo in cui Hugo riconduce alla partizione leibniziana, da lui ripresa, un contenuto in parte diverso: « Auch die Rechtsgeschichte ist entweder eine äussere — più tardi ed inversamente preciserà, rispetto alla definizione di 'storia delle fonti' « *besser*: äussere Rechtsgeschichte » ⁽²²⁴⁾ — welche sich bloss mit den Schicksalen der Quellen des Rechts beschäftigt, ohne auf den genaueren Inhalt derselben zu sehen; oder eine *innere* welche die Entstehung und Umbildung der Lehren selbst, *des Systems*, vorträg. Jenes ist die Rechtsgeschichte im gewöhnlichen

⁽²²¹⁾ Il termine *scienza* a designare l'attività del giurista al posto di giurisprudenza appare usato per la prima volta da J. C. ESTOR, *Bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen*, Marburg, 1757, I, pg. 3 e poi diffuso dal suo allievo Pütter.

⁽²²²⁾ Cfr. A. F. SCHOTT, *Encyclopädie*, cit., pg. 207-8; A. R. I. BÜNNEMANN, *Historiae litterariae iuris*, cit., pg. 10 ss.

⁽²²³⁾ TARANOWSKY, *Leibniz und die sogenannte äussere Rechtsgeschichte*, pg. 199 ss.

⁽²²⁴⁾ G. HUGO, *Encyclopädie*⁵, cit., pg. 34.

Sinne des Worts; dieses aber nennt man die Rechtsalterthümer, oder die *iurisprudentia chronologica* »⁽²²⁵⁾.

Risulta allora che la storia esterna viene qui identificata, in un senso diverso da quello che Leibniz intendeva, con la storia delle fonti ed in via aggiuntiva della giurisprudenza: la storia dello 'Studium' infatti, la storia della giurisprudenza, della elaborazione di questa sulle fonti, la 'Literairgeschichte des Rechts' appartiene anch'essa — egli ci dirà poi —, secondo l'uso abituale, a questa prima sezione come 'dipendente' dalle fonti⁽²²⁶⁾. La storia interna viene a sua volta a 'coincidere' con le cosiddette *Antiquitates iuris*; è in apparenza un riempire otri nuovi con vino vecchio, poiché la distinzione tra storia del diritto da una parte e 'antichità' dall'altra è proprio ciò che ad Hugo è consegnato dalla precedente riflessione⁽²²⁷⁾.

Di fatto, e lo abbiamo già di sfuggita veduto a proposito di Hoffman e Nettelbladt, nel XVIII secolo la storia del diritto era strettamente determinata dall'assoluto predominio del quale godeva la legge come fonte del diritto. Una storiografia che si dichiarava soddisfatta nel restituire la descrizione delle circostanze generali in cui le leggi erano state emanate (*conditio, status legum*), una descrizione seguita per lo più da una cronaca dei 'destini' della legislazione (*fata legum*): essa era accompagnata senza soluzione di continuità dall'elencazione dei nomi delle leggi o legislazioni (*series legum*), delle rispettive *occasiones legum* ed intenzioni del legislatore, dall'epoca della loro promulgazione; nonché, naturalmente, da brevi accenni sul loro contenuto e finalità, integrati spesso anche dal preciso tenore delle disposizioni e dalle cause del loro venir meno o delle loro mutazioni⁽²²⁸⁾.

Una storiografia insomma a tipologia palesemente 'normativa' per quello che attendeva ai confini del suo oggetto, e che come tale non poteva completamente soddisfare le esigenze della dogmatica, assai poco interessata per parte sua ad una valutazione sto-

⁽²²⁵⁾ G. Hugo, *Encyclopädie*, Berlin, 1792¹, pgg. 2-3.

⁽²²⁶⁾ G. HUGO, *Encyclopädie*², cit., pg. 15; *Encyclopädie*⁵, cit., pg. 34.

⁽²²⁷⁾ Cfr. E. von MOELLER, *Die Trennung*, cit., pg. 8 ss.

⁽²²⁸⁾ Cfr. C. G. HOFFMANN, *Historia juris Romano-justiniani*, cit., pg. 15.

riografica delle *series* offerte; e tutto ciò, nonostante il carattere prevalentemente obiettivo che la stessa narrazione assai di frequente assumeva, se si fa per un momento eccezione per la scuola storiografica di Halle. Nell'atmosfera che infatti vi si respirava, era più che naturale far capo alle impostazioni del Thomasius e si tendeva quindi a riunire per solito un simile procedimento cronologico con considerazioni di politica della legislazione.

Considerazioni finalizzate a giudicare la conformità della legislazione esaminata, in relazione alla sua adeguatezza a raggiungere scopi funzionali alle condizioni politiche di volta in volta esistenti (*Judicium de hiis legibus*)⁽²²⁹⁾; unificando, in definitiva, il genere letterario della *historia iuris* tradizionalmente intesa con il diffuso tipo di trattati storico-giuridici sulle cosiddette *naevi* (difetti, errori) *iurisprudentiae*⁽²³⁰⁾.

Com'è evidente, infatti, il dogmatico doveva restare parzialmente inappagato, poiché una simile forma di storiografia non offriva che scarsi lumi, in stretta connessione al contenuto e alla specifica occasione legislativa, sulle difficoltà dogmatiche concernenti un determinato 'istituto' dal punto di vista 'materiale'.

A partire quindi da Heineccius si cominciò a sentire l'esigenza di affiancarvi una disciplina particolare: le « Rechtsalterthümer », appunto. Benché Hugo nella sua distinzione richiami questa disciplina anche sotto il nome di giurisprudenza cronologica, bisognerà osservare che la materia vi veniva ritagliata in realtà staticamente sullo schema delle istituzioni giustinianee, schema del quale era poi fornito un commentario storiografico cronologicamente ordinato secondo il ' sorgere e mutare di singole dottrine ' (231): lo schema dell'utilità e dell'applicazione pratica rimane uno schema adeguato ad entrambi i procedimenti.

Da un lato, infatti, la conoscenza delle ' antichità giuridiche ' è in grado di mostrare la « natura e le mutazioni delle antiche istituzioni (*Einrichtungen*) e di altre antiche circostanze, alle quali sia nuove che antiche leggi si richiamano — in modo tale da ricavarne

(229) *Ibid.*, pg. 61.

(230) Cfr. TARANOWSKY, *loc. cit.*, pg. 205, con riferimento al lavoro del Thomasius che reca lo stesso titolo.

(231) G. HUGO, *Beyträge*, Bd. 1, pg. 307.

un chiarimento —, come ad esempio l'antica costituzione statale e i suoi cambiamenti, l'antico ordinamento giudiziario, tutte le specie di negozi giuridici, matrimoni, contratti, atti di ultima volontà, osservati anche secondo la prospettiva del loro 'uso' »⁽²³²⁾.

Dall'altro, alla storia del diritto 'vera e propria', come storia che mostra l'origine, lo sviluppo e le mutazioni delle leggi e delle altre fonti della 'scienza' giuridica, rimane consegnato in via principale il compito di palesare l'essenza e la natura esteriore delle fonti sulle quali il giurista deve lavorare, il modo con cui una legge nuova può essere spiegata mediante il riferimento alle antiche alle quali non di rado si richiama, poiché 'spesso' la vera *ratio* di una singola legge come pure di un'intero codice può essere ricavata « aus historischen Umständen »: in ultima analisi, rimane consegnata proprio alla storia del perdurare o del venir meno delle singole leggi (romane) nel corso della loro vicenda la possibilità per l'interprete di rendersi conto dell'uso e della considerazione « welches die ältern Gesetze noch heute zu Tage haben oder nicht haben »⁽²³³⁾.

L'introduzione delle antichità giuridiche quindi non si rivela di per sé tuttavia in grado di incrinare il primato della storia delle leggi, alla quale sempre il giurista dovrà richiamarsi per giudicare della 'formale' attualità o meno del diritto romano; ma certamente innesca, per lo meno in principio, un processo che rimette in discussione l'omogeneità del quadro del rapporto tradizionale tra le fonti del diritto, permettendo che si conduca ora a termine una, sia pur rudimentale, storia dei 'dogmi', delle sole dottrine, separata da quella delle loro fonti.

In tal modo non ci troviamo adesso più di fronte soltanto al criterio di reciproca esclusione legge-giurisprudenza; ma anche alla possibilità di usare la coppia concettuale formale-materiale, come tendenziale sinonimo di quella esterno-interno, allo scopo di riordinare il sistema dei rapporti tra le discipline. Sulla base di questo schema allora la giurisprudenza sarà da situare *accanto* alla legge, naturalmente non ancora in veste di fonte, e tuttavia recuperando potenzialmente in dignità; entrambe sul lato 'formale': ed 'ester-

⁽²³²⁾ A. F. SCHOTT, *Encyclopädie*, cit., pg. 206.

⁽²³³⁾ *Ibid.*, pg. 204.

no' infatti diverrà nell'uso di Hugo sinonimo di considerazione ' non-contenutistica ' (234).

Ma una simile modificazione del panorama ' geografico ' della suddivisione in discipline lasciava ancora impregiudicata e senza risposta la questione, sollevata da Leibniz, di come lo sviluppo interno alla scienza giuridica potesse essere messo in relazione con il suo ambiente, al fine di evitare l'illusione che i principii della evoluzione giuridica solo da questa potessero essere ricavati. Di fatto, anche l'analisi delle dottrine nel suo carattere ' materiale ' rimaneva una risposta ' provvisoria ' orientata a colmare una lacuna dell'orizzonte storiografico ed esegetico tradizionale.

Come doveva osservare più tardi lo stesso Hugo, a giustificazione delle necessità di riproporre in traduzione *excerpta* dello scritto leibniziano, neppure la ripubblicazione curata da Wolff della *Nova Methodus* (1748) era riuscita a scuotere l'ambiente giuridico dal perseguimento dei suoi tradizionali procedimenti (235).

Non sarà allora sorprendente riscontrare una certa ricomparsa dell'esigenza leibniziana proprio negli scritti enciclopedico-metodologici di Pütter: egli non casualmente collocava la *Nova Methodus* in testa alla elencazione di quelle opere che potevano, per la comunità d'intento da cui erano caratterizzate, essere annoverate a modello del suo ' Versuch ', e quindi inserite nell'ambito del ' nuovo ' genere letterario dell'Enciclopedia (236).

Per Pütter, infatti, che, a questo proposito, distingue — più accentuatamente degli autori precedenti — tra ' diritto pubblico statale ' e diritto privato, la storia delle leggi è insufficiente a determinare una conoscenza adeguata del fenomeno giuridico: lo stesso ' Staatsrecht ' non può immergersi immediatamente nella descrizione ed analisi dei diritti « der höchsten Gewalt », del diritto positivo, se prima non ci si rende conto del fenomeno, in sé non del tutto giuridicamente circoscrivibile, rappresentato dallo Stato (237). Stato e ' diritto statale ' (« Staatsrecht ») non si risol-

(234) G. HUGO, *Encyclopädie*¹, cit., pg. 3.

(235) G. HUGO, *Civilistisches Magazin*, I (1791), pg. 23.

(236) J. S. PÜTTER, *Entwurf einer Juristischen Encyclopädie*, Göttingen, 1757, pg. 3 (d'ora in poi *Encyclopädie*¹).

(237) *Ibid.*, pg. 41.

vono l'uno nell'altro anche perché per Pütter l'esigenza fondamentale è quella di uscire fuori dall'ottica di un susseguirsi puramente cronologico di leggi e legislazioni che si sostituiscono l'una all'altra.

Quanto più infatti un diritto positivo si avvicina alla completezza, « Je eher lässt es sich *in ein System von richtigen Begriffen und Sätzen bringen* »⁽²³⁸⁾: una considerazione del diritto come susseguirsi nel tempo di sistemi sempre più compiuti che si avvicinano al loro coronamento (un sistema 'giusto'), non appare compatibile con la a-sistematicità immanente, implicita in una 'narrazione' della cronologia delle leggi, che come tali sono dipendenti da un atto di posizione arbitrario⁽²³⁹⁾.

È tuttavia proprio lo stesso diritto privato — giacché il legislatore, « *der ein privatrecht errichtet* », ricava le linee direttive principali delle sue disposizioni dalla natura dello stato di volta in volta esistente — che non può essere conosciuto nella sua essenza, « *aus seiner Gründen* », senza la familiarità con il fenomeno dello Stato⁽²⁴⁰⁾, con il dato unificatore 'esterno' della molteplicità della vita culturale del diritto.

Si sarebbe però facilmente potuto obiettare, a questo punto, che una simile necessaria presa di contatto preliminare con la 'realtà' dello Stato dovesse appunto limitarsi alla realtà attualmente esistente; che, quindi, fosse più in gioco un ruolo esclusivo della Politica, di una 'prudencia legislatoria' come scienza delle intenzioni e dei comportamenti del legislatore o della adeguatezza della normazione al raggiungimento dei suoi scopi⁽²⁴¹⁾. L'obiezione, in sostanza, che si potesse — per quanto riguardava il diritto privato — rimanere fermi a quello stadio del collegamento tra *Rechtsgeschichte* e giudizio politico sulle leggi (*naevi*), che era proprio delle realizzazioni storiografiche della scuola di Halle. Uno

⁽²³⁸⁾ J. S. PÜTTER, *Neuer Versuch* (1767), cit., pg. 68 (d'ora in poi *Encyclopädie*²).

⁽²³⁹⁾ *Ibidem*.

⁽²⁴⁰⁾ J. S. PÜTTER, *Encyclopädie*¹, pg. 42.

⁽²⁴¹⁾ Cfr. C. THOMASIIUS, *Lectiones de prudentia legislatoria* (1702) *cum praef. Gottlieb Stolle*, Frankfurt und Leipzig, 1740 e vedi sull'intera problematica R. SCHULZE, *Policey*, cit., pg. 60 ss.

stadio, questo, che certamente rappresentava un passo innanzi, poiché spingeva ad includere nella *Rechtsgeschichte* anche la considerazione dello 'status rei publicae', in quanto la sua descrizione fosse funzionale alla valutazione politica, e a 'movimentare', quindi, la piatta sequela delle leggi e dei loro contenuti: del resto gli stretti rapporti tra le Università di Halle e Göttingen non fanno escludere una specifica continuità d'intenti⁽²⁴²⁾.

Ma Pütter ha in mente anche qualcosa di — almeno in certa misura — diverso, che sia in grado di dissolvere il pericolo che una *Historie* siffattamente intesa potesse essere in ultima analisi 'giuridicizzata'⁽²⁴³⁾, vista, cioè, esclusivamente dal punto di osservazione 'finale' del giurista dogmatico, e messa 'immediatamente' a contatto con un'*unico* momento della vita dello Stato: una storia che deve rendere conto del fenomeno Stato, non può essere nemmeno una « besondere Rechtsgeschichte »⁽²⁴⁴⁾. Sotto il primo profilo « Es entstehen weder die Grund-Gesetze noch die Privat-Rechte, noch selbst die übrigen Umstände eines Staats leicht dergestalt auf einmal, dass man nur aus einem Gesichtspuncte eine einige Zeit des Staats übersehen dürfte »⁽²⁴⁵⁾. Lo stesso Stato ha subito così numerosi mutamenti « che è necessario conoscere *tutti insieme*, nella loro totalità, adducendo sempre prima il momento antecedente per la comprensione del successivo »⁽²⁴⁶⁾.

Il diritto dipende quindi da tutte le altre condizioni, e non solo politiche, della vita dello Stato: non è facile pensare un diritto positivo, soggiunge subito dopo il giurista gottinghese, per l'approfondita conoscenza del quale non venisse dapprima (« zuvor ») richiesta quella della 'Historie des Staats', che si può intendere solo come « *pragmatische Geschichte* »⁽²⁴⁷⁾.

⁽²⁴²⁾ Il campo è ancora largamente da indagare; cfr. comunque adesso N. HAMMERSTEIN, *Jus und Historie*, cit., pg. 234 ss., 241.

⁽²⁴³⁾ Su di una comprensione della politica molto legata alla dimensione giuridica in Thomasius, cfr. J. BRÜCKNER, *Staatswissenschaften, Kameralismus und Naturrecht*, cit., pg. 166 ss., 193 ss.

⁽²⁴⁴⁾ J. S. PÜTTER, *Encyclopädie*¹, pg. 43.

⁽²⁴⁵⁾ *Ibid.*, pg. 42.

⁽²⁴⁶⁾ *Ibidem*.

⁽²⁴⁷⁾ *Ibid.*, pg. 43.

Il diritto dello Stato non ha così bisogno di nessuna storia del diritto 'particolare' e specifica, proprio nella misura in cui gli sia premessa una storia pragmatica (non esclusivamente giuridica) di tutte le condizioni che determinano di volta in volta l'esistenza storica dello Stato stesso⁽²⁴⁸⁾. Ma a sua volta — e qui incontriamo certo uno dei punti nei quali Pütter più innova rispetto alla stessa tradizione della 'storia dello Stato' — il diritto privato e gli altri rami particolari del diritto hanno bisogno di una storia del diritto 'specifica' solo se ed in quanto questa storia non possa essere convenientemente inserita « in die Historie des Staats selber »⁽²⁴⁹⁾.

Pütter non procederà personalmente alla realizzazione dell'invito, implicito in queste parole, a riunificare la considerazione storica, interna ed esterna, del diritto, edificandola in struttura unitaria.

Nonostante che, del resto, nella costante menzione tra le 'fonti' anche di ciò che « Gewohnheit oder Herkommen mit sich bringet »⁽²⁵⁰⁾ già si annunciava una relativizzazione della posizione del legislatore, la storia del diritto in senso stretto rimane per lui ampiamente « eine besondere Geschichte der Gesetze »⁽²⁵¹⁾, seppur se ne ampli, perlomeno nella definizione, l'oggetto anche alla consuetudine⁽²⁵²⁾: ancora non si fa parola, cioè, in questa sede della collocazione della storia delle dottrine.

Sarà invece una volta di più Reitemeier a portare a termine quanto nel lavoro del suo maestro rimaneva, soprattutto per quello che riguardava il diritto privato, ancora allo stadio di intuizione metodologica. Abbiamo appena osservato, in particolare, come per Pütter la necessità di riconoscere una 'legge di sviluppo' verso il sistema, un progredire di ogni diritto verso una perfezione che consiste nella sua sempre crescente capacità a lasciarsi ricondurre « in un sistema di concetti e proposizioni adeguati, la cui stessa comparazione nella così detta *analogia del diritto* può costituire una nuova sorta di fonti del diritto » (« eine neue Art von Rechts-

⁽²⁴⁸⁾ Cfr. J. S. PÜTTER, *Encyclopädie*², pg. 70.

⁽²⁴⁹⁾ J. S. PÜTTER, *Encyclopädie*¹, pg. 43-46.

⁽²⁵⁰⁾ J. S. PÜTTER, *Encyclopädie*², pg. 68.

⁽²⁵¹⁾ *Ibid.*, pg. 70.

⁽²⁵²⁾ Cfr. *ibid.*, pg. 78.

quellen ») ⁽²⁵³⁾ fosse tale da spingerlo sì a riconoscere inadeguata la vecchia bipartizione storia delle leggi-storia della giurisprudenza ed ad auspicarne un superamento in direzione di una storia ' esterna ' pragmatica, ma anche ad interrogarsi esplicitamente soltanto di sfuggita sul punto se quel sistema di « Begriffe » e « Sätze » dovesse in qualche modo modificare lo stesso metodo di rappresentazione della storia del diritto ⁽²⁵⁴⁾.

Un simile problema doveva invece insorgere allorché non ci si fosse più limitati a premettere la storia pragmatica ' statuale ' come indispensabile punto d'avvio, ma si fosse cercato di condurre completamente a termine quella unificazione prospettica, che la condizione di ' dipendenza ' del diritto privato dalle altre ' storie ' faceva intravedere come realizzabile.

In tal senso Reitemeier applica la periodizzazione già sviluppata per scandire i tempi del suo ' diritto positivo generale ' anche alla concreta descrizione storiografica del diritto romano, suddividendola in « Zeiträume », in periodi storici: dal primo periodo nel quale i romani sono poveri coltivatori ⁽²⁵⁵⁾, al periodo in cui essi divengono, con le guerre puniche, un popolo potente e civilizzato ⁽²⁵⁶⁾, fino a giungere al momento della decadenza culturale ed economica; un processo che trova il suo avvio, dopo la vittoria di Azio, nella riduzione dei cittadini dalla dignità di *Bürger* al rango di « *blasse Unterthanen* » ⁽²⁵⁷⁾. All'interno di ciascun periodo troviamo descritta la storia ' politico-sociale ' dello Stato e delle mutazioni costituzionali globalmente intesa, la storia esterna leibniziana; al termine della quale, sempre nell'ambito della più generale partizione per periodo, Reitemeier fornisce dei « *systematische Abrisse* » della storia del diritto pubblico, privato, penale: la storia degli istituti (storia interna) è quindi analizzata *sistematicamente* nella sua connessione con la precisa struttura storica nel suo stadio *finale*, sia esso lo stato del diritto al termine della repubblica o la

⁽²⁵³⁾ *Ibid.*, pg. 68; cfr. J. BLÜDHORN, *Positivität und Empirie*, cit., pg. 136 ss.

⁽²⁵⁴⁾ *Ibid.*, pg. 79 ss.

⁽²⁵⁵⁾ J. F. REITEMEIER, *Encyclopädie*, cit., pg. 33 ss.

⁽²⁵⁶⁾ *Ibid.*, pg. 47 ss.

⁽²⁵⁷⁾ *Ibid.*, pg. 69.

descrizione sistematica del diritto imperiale-pretorio nell'imminenza del processo di decadenza della « Despotie »⁽²⁵⁸⁾.

La storia delle dottrine viene quindi inserita nel quadro generale, non interrogandosi sulla nascita e lo sviluppo delle singole dottrine nel loro sviluppo 'diacronico', ma raccogliendo in sistema tutti i fatti riferentisi ad un determinato momento storico: si viene così a dar conto di quell'esigenza, da Pütter implicitamente espressa, d'intendere il diritto positivo come sistema 'progrediente', del procedere, di volta in volta, di struttura in struttura temporale, di tutto il sistema giuridico. Un metodo che in contrapposizione all'usuale metodo cronologico — il quale, per parte sua, non difficilmente, è bene sottolinearlo, poteva trasformarsi in *genealogico*⁽²⁵⁹⁾ — si definiva come 'sincronistico'.

Ci si chiederà a questo punto perché attribuire un tale rilievo ad una differenziazione che a tutta prima appare una disparità di vedute su di un semplice modo di 'rappresentare' la sola storia giuridica.

In realtà il problema coinvolge aspetti assai più ampi. Tra l'altro, un simile 'metodo' — che condurrà Hugo all'identificazione del suo programma di elaborazione del diritto romano 'attuale' — postula infatti una concezione del rapporto tra sistema ed istituto giuridico, e, più in generale tra storia del diritto e dogmatica giuridica, che doveva risultare inaccettabile per la Scuola Storica: essa sul punto si verrà invece a trovare in singolare, ma non troppo sorprendente, accordo con la vecchia 'école dogmatique'⁽²⁶⁰⁾.

5. Di fatto Hugo, nel momento in cui modifica la portata dei termini leibniziani di storia esterna e storia interna, lo fa proprio anche in riferimento alla Enciclopedia di Reitemeier, sottolineando come il modello di enciclopedia che egli andava a proporre si segnalasse per una minore ricchezza di contenuto rispetto a quella

⁽²⁵⁸⁾ *Ibid.*, pg. 84 ss.

⁽²⁵⁹⁾ Cfr. J. S. PÜTTER, *Encyclopädie*², pg. 107.

⁽²⁶⁰⁾ Per l'espressione cfr. M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 359 nota 69, che richiama un *Bericht* di Klimrath (in *Revue encyclopédique*, vol. 55, pg. 107 ss.) secondo il quale appunto a quella 'scuola' si trovava vicino Thibaut (*ivi*, pg. 111).

del suo predecessore, « weil ich die *innere Rechtsgeschichte*, d.h. die *Alterthümer* ganz weggelassen und bei jedem Rechte *nur die Quelle* und eine *Übersicht des Jetztigen System* geben werde »⁽²⁶¹⁾. La terminologia leibniziana viene sottoposta quindi ad una torsione, secondo la quale la storia interna del diritto si identifica in ultimo con le tradizionali ' Antichità giuridiche '.

Anche qui vediamo però che l'interesse prevalente di Hugo si rivolge ad una rinnovata definizione della storia ' interna '.

Gli interpreti hanno per lo più osservato, a ragione del resto, che in tal modo la storia ' esterna ' finiva per essere identificata con la storia delle fonti: indubbiamente sotto questo profilo la distinzione leibniziana viene piegata a costituire un riflesso della dicotomia fattualmente esistente nella letteratura storica della seconda metà del secolo XVIII tra storia del diritto ' in senso stretto ' e « *Rechtsalterthümer* ». Con l'ulteriore conseguenza, inoltre, che mediante l'atteggiamento critico nei confronti della storia ' formale ' della legislazione nel suo ' meccanico ' susseguirsi di riferimenti all'intenzione del legislatore e le sue spiegazioni delle variazioni successive delle leggi — altrettanto statiche quanto se fossero da applicare a norme tuttora vigenti nella loro globalità — le stesse fonti correvano il rischio di non essere più riconosciute come appartenenti all'essenza stessa del diritto⁽²⁶²⁾.

Ma sarebbe fuorviante ritenere che Hugo, riducendo la storia esterna a storia delle fonti, dimentichi completamente l'esigenza che abbiamo vista espressa da Leibniz o da Pütter. L'accento per Hugo non cade su questo punto, e uno sguardo anche sommario alla prima edizione della sua *Rechtsgeschichte* è sufficiente per convincerene: il metodo di Reitemeier vi è recepito in pieno, se si eccettuano le differenti estensioni della partizione in periodi; e la storia delle fonti non consiste appunto soltanto in una storia « di chi, e di come, in quelle fonti abbia potuto introdurre mutamenti », se non nel senso che ad essa « appartiene naturalmente la storia dello Stato stesso »⁽²⁶³⁾, in quanto venga ad esercitare un'influsso sul diritto.

⁽²⁶¹⁾ G. HUGO, *Über die Vorlesungen des Herausgebers im Winter 1790-91*, in *Civilistisches Magazin* I (1791), pg. 388.

⁽²⁶²⁾ TARANOWSKY, *loc. cit.*, pg. 213.

⁽²⁶³⁾ G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, Ber-

A questo, che costituisce l'elemento esterno della storia del diritto, si congiungono la storia del sistema (« Geschichte des Rechtssystems, - Inhalt der Quellen systematisch geordnet ») e la storia dell'elaborazione del diritto ad opera dei giuristi⁽²⁶⁴⁾: anche qui, come per Reitemeier, la storia del sistema viene trattata nella condizione in cui esso viene a trovarsi al termine di ogni periodo⁽²⁶⁵⁾.

Il momento fondamentale di innovazione terminologica — o meglio, di spostamento d'accento — rispetto al filosofo lipsiense è infatti rappresentato per Hugo dalla storia delle dottrine; successivamente, ritornando sulla partizione in storia interna ed esterna, osserverà che Leibniz aveva usato per primo l'espressione ma non del tutto nel senso in cui noi l'intendiamo, bensì in un senso nel quale ci sarebbero venute a mancare le informazioni per la storia interna del diritto⁽²⁶⁶⁾. Ed in effetti, se nel testo leibniziano la storia interna si scindeva in due rami, uno attinente alla storia universale della legislazione, una storia universale del diritto, e l'altro alla storia giuridica di uno specifico popolo o Stato, tuttavia l'accento rimaneva collocato con una certa prevalenza — pur non mancando accenni nella direzione battuta da Hugo — sulle fonti.

In sintesi, il problema del rapporto tra storia esterna, storia dello Stato e storia del diritto privato non si poneva ancora del tutto chiaramente.

Hugo non poteva quindi dichiararsi neppure soddisfatto con quel certo collegamento, successivamente istituito, tra storia delle fonti e « juristische gelehrte Geschichte » che « per lungo tempo erano state da sole elaborate sotto il nome di storia del diritto »⁽²⁶⁷⁾, una concezione che si armonizzava del resto assai bene

lin, 1790¹, pg. 2. Il titolo esatto è comunque *Lehrbuch der Rechtsgeschichte bis auf unsre Zeiten*.

⁽²⁶⁴⁾ *Ibid.*, pg. 4.

⁽²⁶⁵⁾ Cfr. *ibid.*, pg. 14 ss.

⁽²⁶⁶⁾ G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*⁸, cit., pg. 2 nota 1.

⁽²⁶⁷⁾ G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, Berlin, 1799², pg. 2. Mentre in campo germanistico le ricerche specificatamente storico-giuridiche sono state sottoposte ad analisi globali volte anche a specificarne la funzionalità socio-politica (e basterebbe rimandare qui ai lavori di E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche Verfassungsgeschichtliche For-*

con una raffigurazione meccanicistica di una società sottoposta all'onnipotenza del legislatore; dietro le rarefatte controversie sulla esistenza o meno di un nesso tra la storia delle dottrine e quella delle fonti ed il problema del loro rapporto gerarchico, è già possibile osservare in controluce quella graduale emersione di uno spazio autonomo della società civile ⁽²⁶⁸⁾, nella quale ci siamo più volte

schung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellung und Leitbilder, Berlin, 1961, trad. it. a cura di P. Schiera, Milano, 1970 e di E. SJÖHOLM, *Rechtsgeschichte als Wissenschaft und Politik. Studien zur germanistischen Theorie des 19. Jahrhundert*, Berlin, 1972), nell'ambito giuridico-romanistico la situazione è assai diversa. A tutt'oggi non è infatti disponibile un'analisi dettagliata del problema, che colga, ad esempio, lungo il corso dell'evoluzione o di segmenti di essa, i nessi che legano la storia letteraria del diritto o la disciplina delle *Antiquitates* ai mutamenti del rapporto del ceto dei giuristi con le strutture politiche, od ancora il mutamento di prospettiva con il quale gli istituti vengono presi in considerazione a seconda delle diverse immagini della realtà giuridica romana che ci si è formati.

Per quanto concerne il primo profilo, oltre alle indicazioni già fornite nel corso dell'esposizione, utile a livello generale si rivela G. WIRTH, *Die Entwicklung der alten Geschichte an der Philipps-Universität Marburg. Eine Untersuchung zu Entstehung, Inhalten und Funktion einer historischen Disziplin*, Marburg, 1977, spec. pg. 63 ss.

⁽²⁶⁸⁾ Cfr. G. Hugo, *Encyclopädie*², cit., pgg. 6-7; ID., *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*¹, cit., pg. 33 ss. e spec. pg. 51 ss., per la dura critica contro coloro che « zum Grundsatz in der ganzen Rechtswissenschaft annehmen, man müsse nicht nur nie gegen förmliche Befehle und Verordnungen, sondern auch immer nach ihnen entscheiden, höchstens könne noch das Natur-Rechts aushelfen, weil dies Verordnungen Gottes enthalte, die sich zu den Gesetzen jedes einzelnen Staats verhalten, wie Reichsgesetze zu Landesgesetzen. Da sie sahen, dass im prätorischen Rechte nicht bloss Lexe und allgemeines Naturrecht enthalten sey, und da sie wissen, dass der Prätor nicht das Recht hatte, Grund-Regierungs- und Strafgesetze zu machen, so bleibt ihnen kein anderer Ausweg als alle Prätoeren für meyneidige Betrüger und alle Nicht-Prätoeren, auch die, welche selbst es gewesen waren, und auch die Rechtsgehlerten, für die einfältigsten Kinder zu halten, die man glauben machen konnte was man wollte, so bald man der Sache einen neuen Nahmen gab, oder eine Fiction brauchte, oder mit Exceptionen und Restitutionen sie blendete. Noch scharfsinnigere Köpfe bemerken dass eigentlich nur die Plebejer betrogen wurden, obgleich die 30 ersten, also die einzigen bloss patricischen, Prätoeren schwerlich schon ein edictum ordinarium gehabt haben, und obgleich nicht eine einzige Änderung des neuren oder prätorischen Rechts die Patricier vorzüglich begünstigt » (pgg. 51-52).

imbattuti: « soltanto in modo del tutto improprio si possono definire tutte [le fonti] con il termine leggi » (269).

Da questo testo scritto in difesa della figura del pretore emerge chiaramente quello che si potrebbe definire — richiamandosi ad una formula analoga, volta a lumeggiare la figura del Savigny della *Methodenlehre* nella sua qualità di figlio del '700 tedesco, sottoposto agli influssi kantiani e sostenitore dei dogmi della completezza e razionalità della legge, ma nel quale tutti questi elementi si convertono in un anti-illuminismo di fatto (così M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit., pg. 27) — come un atteggiamento di (apparente) anti-illuminismo 'teorico' nella critica al predominio della legge come unica fonte del diritto, un anti-illuminismo che è basato però, a sua volta, su di un illuminismo (conservatore) di fatto (cfr. Id., *Encyclopädie*², cit., pg. 7).

Il punto da rilevare, infatti, è che qui Hugo risponde alla critica storica 'illuministica' *immediatamente* sullo stesso terreno: ma il contenuto più importante dell'esperienza giuridica illuminista consiste certamente nell'aver posto per la prima volta in termini decisamente politici il problema del diritto, nell'aver aperto le porte ad una critica teorica dell'esistente (cfr. R. AJELLO, *Formalismo e storia del diritto moderno* e *La rivolta contro il formalismo*, entrambi in Id., *Arcana juris. Diritto e Politica nel Settecento italiano*, Napoli, 1976, rispettivamente pgg. 111-146 e 275-358). Sotto questo profilo si può allora astrarre per il momento dalla 'qualità' di questa critica; in ogni caso ci parrebbe unilaterale sottolineare, pur nella giustificata esigenza di respingere il rimprovero di quietismo anche 'legislativo' mosso alle dottrine della Scuola Storica, solo « die entschiedenen quietistische Tendenz seiner Kritik » (così però H. SINGER, *Zur Erinnerung an Gustav Hugo*, in *Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentlichen Recht der Gegenwart*, XVI (1889), pgg. 296-97 nota 28; cfr. anche le importanti pgg. 303-311 alla nota 42). Si può ricordare soltanto, oltre a quanto già messo in risalto *supra*, nota 188, che ancora all'età di 73 anni egli ebbe energicamente a protestare contro il ritiro da parte del sovrano della costituzione nello Stato di Hannover (cfr. O. MEJER, *Gustav Hugo*, cit., pg. 484 ss.). Se, quindi, è il rapporto di immediatezza nel quale l'aspetto politico e quello dei bisogni sociali ed economici viene posto rispetto al dato giuridico che caratterizza l'esperienza giuridica illuminista, anche le successive affermazioni di Hugo sul significato del crescente predominio del ruolo del pretore non possono non attrarre l'attenzione. Il passo ci pare assai significativo e speriamo che ci sia perdonato se lo riportiamo ancora una volta in originale: « Doch dies möchte alles noch so hingehen, das Edict des Prätors möchte als Gewohnheitsrecht, und als eine stillschweigend genehmigte Lex eine Quelle des Privatrecht seyn, aber wie in aller Welt lässt es sich erklären, dass die Meynungen, die Begriffe und Grundsätze der Rechtsgelehrten, Einfluss auf die Wissenschaft gehabt haben, dass sie eine vierte Quelle des Römischen Rechts ausmachen, die noch gar vorzugsweise jus civile heisst?

Ma l'inserimento della storia delle dottrine nel quadro più generale metteva l'interprete di fronte a un bivio: se si fosse scelta

Können denn Particuliers Gesetze geben? Die Gesetzgebers-Patente, die August auszutheilen anfang, sind späther, aber die juristischen Kirchenversammlungen im Tempel Apolls (disputatio fori) gehören hierher und wenn es mit diesem auch nicht richtig wäre, so ist ja doch bey jeder *lex* eine *interpretatio* möglich und nöthig. Also Ausleger der Gesetze waren die Rechtsgelehrten, freylich gewalthätige Ausleger, daran war aber wieder die Tyraney der ErbAristocraten Schuld.

Hierher rechnet man die Einrichtung mit *dies fasti* und *nefasti*, so wie die Förmlichkeiten bey allen wichtigern Rechtsbehandlungen. - Es war aber wohl ohne alle herrschsüchtigen Absichten der Vornehmen sehr natürlich, dass sich gewisse hergebrachte Gebräuche (*solemnitates*) bildeten; es war sehr vortheilhaft, und bey den unbezahlten Rechtsgelehrten ganz unschädlich, dass niemand einen Prozess anfang, ohne einen Mann von Einsichten, zu dem er Zutrauen hatte und haben musste, vorher zu fragen; es war unumgänglich nöthig, wenn ein einzelner Mann mit der *jurisdictio* in allen Sachen unter Römern fertig werden sollte dass man ihm den Punkt, worauf es ankam, so kurz als möglich vortrug; und endlich brachte es die ganze Lage des Staats, dessen reichste Bürger in der Stadt, die bloss wohlhabenden in Municipien und die Aermsten wieder in der Stadt lebten, mit sich, dass man weder die vom Mittelstande noch die Aermste fragte; jene hatten keine Erfahrung, und diese waren meist geborne Ausländer. - Nimmt man noch einen gewissen Grad von Pedanterey und Steifheit dazu, der in dem guten National-Character, der an strenge Kriegszucht gewöhnten, nicht durch Industrie abgeschliessenenen Römer lag, so kann es wohl nicht schwer seyn, die Entstehung der *legis actiones* zu begreifen, man mag diese mit *actus legitimi* für gleichbedeutend halten, oder auf das, was im *ius* vorgekommen werden musste, einschränken » (pgg. 52-54).

Come si vede, tutto il testo è impostato su di una assai ravvicinata riconduzione dei fenomeni giuridici alle loro matrici economico-sociali. Assai interessante è la tendenza a riconoscere, in definitiva senza remore, che il nuovo ruolo del pretore fosse fondato sull'emergere di una classe di *citadini* ricchi e l'assenza di ammirazione per i plebei rispetto alla nobiltà ereditaria. Sul carattere aristocratico-alto borghese di un tale atteggiamento (utili indicazioni in proposito in I. FETSCHER, *Voltaires liberales Grössbürgertum und der Kleinbürgerliche Egalitarismus Rousseau*, in R. VIERHAUS (hrsg.), *Bürger und Bürgerlichkeit*, cit., pg. 43 ss.) non possono sussistere soverchie incertezze, ove solo si rifletta che la recezione delle opere di Adam Smith in Germania — che trovò il suo centro d'irraggiamento principale nell'Università di Göttingen prima e di Königsberg e Marburg poi — fu determinata dall'interesse per la libertà di commercio che accomunava « adelige Rittergutbesitzer, bürgerliche Dömanenpächter und der Handels-

la strada tradizionale si sarebbe dovuto indagare cronologicamente (genealogicamente) la nascita e le variazioni delle singole dottrine.

stand »; anche la nobiltà ed il ceto burocratico potevano orgogliosamente richiamarsi ad una tradizione di illuminismo, che per il tramite della mediazione kantiana fu in grado di continuare ad esercitare il suo influsso sul liberalismo del 19° secolo. È anzi dato caratteristico per la recezione tedesca delle idee smithiane come essa avvenisse inizialmente per opera della burocrazia educatasi accademicamente, e non direttamente passando attraverso la mediazione del ceto degli imprenditori. Cfr. sul punto W. BLEEK, *Von der Kameralausbildung zum Juristenprivileg*, Berlin, 1972, pgg. 85-89 e H. SCHISSLER, *Preussische Agrargesellschaft im Wandel*, cit., pg. 98 e 122.

Ma l'interesse, come si accennava, risiede anche nella particolare valutazione 'sociale' che risulta dalle pagine di Hugo, e sotto un duplice profilo. Innanzitutto l'atteggiamento del giurista di Göttingen verso il 'tempo classico' (cfr. M. BRETONE, *Il «Beruf» e la ricerca del «tempo classico»*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, IX (1980), pgg. 189-216, spec. pg. 200), identificato da Savigny nel tempo della libertà della 'libera Repubblica' (vedi anche *infra* nota 334), non appare così entusiastico. Se ci limitassimo alla sola valutazione sulla pedanteria e rigidità militaresca del periodo repubblicano, ci troveremmo anzi di fronte ad una concordanza anticipata quanto sorprendente con l'apprezzamento fattone più tardi da Thibaut — certo in un contesto fortemente polemico — nella seconda edizione dello scritto sulla codificazione (cfr. *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*², in Id., *Civilistische Abhandlungen*, Heidelberg, 1814, pg. 419); del testo di Thibaut possediamo finalmente un'attendibile traduzione italiana, condotta però sulla prima edizione, in A. F. J. THIBAUT - F. C. SAVIGNY, *La Polemica sulla Codificazione*, a cura di G. MARINI, Napoli, 1982, pgg. 51-85.

In ogni caso, ben al di là delle fondamentali differenze che permangono tra quei due contesti, ci sembrano invece assai significative le ulteriori affermazioni che Hugo ritiene di dover addurre contro i sostenitori del mito della libera Repubblica, i quali, come tali, tendevano a svalutare il periodo del principato, ove a quell'epoca felice non potesse essere fatto risalire nei suoi aspetti: « Der Staat war nun unstreitig keine Republik mehr, aber die meisten deutschen Schriftsteller sollten doch an die Verfassung ihres Vaterlands und an die Rechte ihres gnädigsten Herrn denken, ehe sie so republicanisch schon den ersten August einen Despoten nennen, und den despotischen Staat doch noch nachher mehr als einmahl erst despotisch werden lassen » (*ibid.*, pg. 91; più avanti soggiungeva ancora « Die neuen Chargen waren nöthig, so bald mehr für die öffentliche Ruhe und Sicherheit gesorgt werden sollte, als in der Republik möglich gewesen war », pg. 93). Non si può quindi affermare che la predilezione di Hugo per il diritto romano

Hugo tuttavia capiva bene che ciò non avrebbe in conclusione significato nulla di meno che abbandonare definitivamente il tentativo di tenere insieme e trattare tutta la storia del sistema giuridico nella sua interezza, di connetterla con il suo 'ambiente': ciò che in sostanza costituiva il fulcro delle intuizioni leibniziane

classico implicasse, come nel caso di Savigny, la necessità di risalire indietro sino alla Repubblica, identificata politicamente con il tempo della libertà.

Il secondo profilo che resta da sottolineare è che Hugo non sembra condividere, probabilmente a causa dei suoi stretti contatti con la cultura inglese e del riconoscimento del principio della divisione del lavoro, tutto quell'entusiasmo verso il ceto plebeo espresso ad esempio da un Niebuhr. Niebuhr aveva infatti creduto di scoprire un'analogia tra la struttura sociale della Roma arcaica e la società tedesca dell'epoca (cfr. A. MOMIGLIANO, *Contributo alla storia degli studi classici*, Roma, 1955, vol. I, pg. 249) rimanendo ancorato a rappresentazioni tipiche di una società agraria, ed auspicando la soluzione della 'questione feudale' per mezzo di quel modello della piccola proprietà coltivatrice che riteneva essere storicamente stata portata avanti dai plebei (si veda sul tema il brillante articolo di Z. YAVETZ, *Why Rome?*, in *American Journal of Philology*, XCVII (1976), pgg. 276-296, spec. 286 ss. e C. GAEDEKE, *Geschichte und Revolution bei Niebuhr, Droysen und Mommsen*, Diss. phil., Berlin, 1978, pg. 19 ss.). In questo senso la società civile di Hugo, pur sicuramente non esente da nostalgie, ci appare una società prevalentemente cittadina, urbana, non rurale (cfr. Id., *Naturrecht*⁴, pg. 164 ss.): pure Savigny sembrerà muoversi in questa direzione, nonostante i suoi strettissimi scambi culturali col Niebuhr, in generale e proprio in relazione alla teoria del possesso; si veda G. GIARRIZZO, *Comunicazione in occasione del Seminario internazionale su F. C. di Savigny* (Firenze, 27-28 ottobre 1980), ora in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* IX (1980), pg. 389 ss. e soprattutto, fondamentale anche per il rapporto Savigny-Niebuhr, A. HEUSS, *Barthold Georg Niebuhrs wissenschaftliche Anfänge, Untersuchungen und Mitteilungen über die Kopenhagener Manuscripte und zur europäischen Tradition der lex agraria (loi agraire)*, Göttingen, 1981, pg. 122 ss., che purtroppo non si occupa affatto di Hugo, a testimonianza di una sua ancora perdurante 'sfortuna critica'. Quanto poco sopra affermato non vuole tuttavia in nessun modo sminuire l'apporto culturale decisivo fornito dal Niebuhr — anch'egli sotto altri profili familiare con la cultura economica inglese e francese (Turgot) — alla stessa *Nationalökonomie*, specialmente a partire dalla fondazione da parte di Roscher della 'scuola storica' (cfr. A. HEUSS, *op. ult. cit.*, pg. 17 ss.).

⁽²⁶⁹⁾ G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*¹¹, cit., pg. 2.

e della storia dello Stato di Pütter e Reitemeier, anche se nella dottrina di Hugo essa veniva, alla distanza, in maggior misura « spoliticizzata »⁽²⁷⁰⁾.

L'autonomia del « dogma », dell'istituto⁽²⁷¹⁾ del diritto privato, che pure veniva perseguita, non può per Hugo andare oltre

⁽²⁷⁰⁾ Cfr. quanto già osservato *supra*, nota 90, e vedi ancora *infra*, nota 315. Non a caso Savigny non aveva mostrato di apprezzare troppo che la prima edizione delle *Rechtsgeschichte* contenesse « più storia politica di quanto fosse necessario alla storia del diritto » — osservazione riferita da Savigny specialmente al periodo che correva da Alessandro Severo fino a Giustiniano — ed aveva anche notato una tendenza a correggere quest'impostazione nelle due successive edizioni (*Vermischte Schriften*, cit., Bd. 5, pgg. 31-2). Manca a tutt'oggi una analisi comparativa delle varie edizioni sotto quest'angolatura, analisi che sarebbe degna di uno studio a sé stante e che ovviamente non possiamo fornire in questa sede. Ci pare tuttavia, che, pur dovendosi riconoscere questa 'tendenza', essa non venga ad intaccare sostanzialmente l'impostazione iniziale; cfr., ad esempio, G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*⁸, cit., pg. 62 ss. e pgg. 260-273.

⁽²⁷¹⁾ Sul concetto di istituto in Hugo cfr. *infra* nota 305; potrebbe allora essere considerata ironia della sorte o meglio una testimonianza delle numerose, e spesso non sanabili, contraddizioni interne alla dottrina di Hugo, il rimprovero da lui rivolto nel 1789 — ma ancora precedentemente all'uscita nello stesso anno dello scritto programmatico sul suo stesso concetto di scienza giuridica, la *Vorrede* alla traduzione del capitolo della *Storia* del Gibbon — a Christian Gottlob Biener (da non confondere col F. A. Biener che abbiamo già avuto occasione di citare — cfr. *supra* pg. 101 ss. — e vedi su di lui E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt. 3, Halbband 1, *Testo*, pgg. 501-503) recensendo una sua riedizione degli *Elementa* di Heineccius (cfr. G. HUGO, *Beyträge*, cit., Bd. 1, pg. 121 ss.). Heineccius aveva coerentemente sostenuto che nel tempo della libera repubblica i *senatusconsulta* non « *faciebant ius, nisi populi suffragiis probata* » e che ciò potette accadere solo a partire dal principato (cfr. J. G. HEINECCIUS, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, cit., Pars I, lib. I, § 48, pg. 24 nota), e Biener aveva aggiunta la considerazione che « *senatui unquam legum ferendarum potestatem fuisse delatam leger non memini* ». La reazione di Hugo a questa tesi sulla assenza di forza di legge dei senatoconsulti in età repubblicana appare perfino più dura di quanto ci si potesse aspettare: « l'intenzione di Biener è senz'altro di ritenere *ferendarum* equivalente con *jubendarum*, poiché *leges ferre* significa certo soltanto *ein Bill einbringen*, ma anche con questo miglioramento ci pare che cada in quell'errore che si rivela in storia così abituale e così dannoso, poiché non vi accoglie nulla

il limite che il metodo di trattazione sincronistico le impone, essa è pur sempre una autonomia relativa; « in seguito alla reciproca condizionatezza e all'influsso reciproco che le proposizioni giuridiche valide in uno stesso momento esercitano l'una sull'altra, è perlomeno altrettanto naturale che necessario che la storia giuridica interna sia rappresentata sincronisticamente, e non si persegua invece il movimento [evolutivo] (die Bewegung) di ogni specifico istituto; come invece per lungo tempo è successo sotto il nome di *Antiquitates juris* o giurisprudenza cronologica »⁽²⁷²⁾.

di cui non si possa stabilire un'epoca precisa, e non prende affatto in considerazione la possibilità di mutamenti taciti, lenti e gradualì. Nella *natura* sono proprio questi i più importanti ... [risulta allora] che i *senatoconsulta*, con gli editti del pretore, acquistarono il carattere di fonti del diritto prima che Roma divenisse una Monarchia, oppure, come la si chiama sempre nei compendi, una 'Despotie' » (pgg. 124-125). Oltre alla parziale contraddizione tra queste affermazioni ed il metodo da lui in seguito prescelto e accanto alla ben nota avversione sempre manifestata per Heineccius, in particolare verso questa sua opera ritenuta « un meraviglioso miscuglio di frammenti dei più diversi sistemi giuridici di due millenni » (*ibid.*, pg. 125), si potrà ancora osservare come pure da questo passo risulti la ritrosia di Hugo ad utilizzare il concetto di libera repubblica come strumento interpretativo privilegiante. Una ritrosia che sarà senz'altro da ricondurre anche all'esplicito rifiuto di Hugo di seguire Kant sulla strada dell'abbandono dell'ideale della 'felicità' (e sia pure interpretandola ora, per parte sua, modernamente come felicità del singolo) come scopo dello Stato e di completare quindi così l'autonomizzazione del diritto da considerazioni relative agli scopi; si veda la recensione critica di E. F. KLEIN, *Schreiben an Garve über die Zwangs und Gewissenspflichten und den wesentlichen Unterschied des Wohlwollens und der Gerechtigkeit, besonders bey der Regierung der Staaten*, Berlin, 1789 (*ibid.*, pg. 135 e nota 1), laddove è sostenuta la differenza solo di grado e non di natura tra giustizia e volontà buona, tra obbligo di coscienza e obbligo coercibile, tra diritto naturale e morale, per giungere a sostenere che « auch im Natur-Rechte Ausnahmen gibt, die sich nicht anders, als nach dem höchsten Gesetze des Rechts-Verhaltens, dem Verhältnisse zur Glückseligkeit, bestimmen lassen ». In tal modo era ad Hugo chiaro che, contro Kant e i kantiani, egli veniva a porsi sul piano delle « caratteristiche *materiali* di ciò di cui si potrebbe volere che divenisse legge generale ».

Savigny seguirà, come è noto, altri itinerari.

⁽²⁷²⁾ G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*², cit., pgg. 2-3.

Indubbiamente l'attacco alla giurisprudenza cronologica dal punto di vista della « storia dello Stato » gottinghese e del metodo sincronistico, che ne costituiva la concreta realizzazione a livello metodologico, la traduzione della storia pragmatica sul corpo del sistema giuridico, conserva proprio sul piano della critica metodica alla storia dei dogmi cronologicamente impostata una sua validità ⁽²⁷³⁾.

Il punto debole — che di lì a poco sarebbe divenuto, o ridivenuto, il punto di forza di tutta una considerazione « formalistica » (o meglio, *intra*giuridica) del fenomeno giuridico stesso ⁽²⁷⁴⁾ — era infatti senz'altro quello che una tale storia poteva fornire soltanto sezioni trasversali, somme o raccolte di tutte le proposizioni giuridiche che avessero potuto esercitare nel corso dei tempi un influsso sulla conformazione di un determinato istituto. La storia giuridica, da un lato, si sarebbe così concentrata esclusivamente su se stessa, e, dall'altro, avrebbe necessariamente privilegiato sì un collegamento con il sistema, ma non con il sistema peculiare e caratteristico di ogni determinata epoca storica: bensì con il sistema del diritto attuale, che avrebbe potuto del resto sopperire al problema fondamentale ingenerato da un simile procedimento, quello della *identificazione* dell'istituto di cui si doveva scrivere la storia.

⁽²⁷³⁾ Sul punto M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 362, che giustamente osserva come le relazioni tra linguistica e giurisprudenza concernenti l'analogo modo di porre il problema del rapporto tra sincronia e diacronia non siano state ancora indagate. Per un interessante approccio linguistico si veda E. COSERIU, *Sincronia, Diacronia e Historia. El problema del cambio linguistico*, Madrid, 1973, spec. pg. 142 ss. sull'estensione e i limiti delle esplicazioni 'genetiche'.

⁽²⁷⁴⁾ Non è casuale il tenore con il quale più tardi (nel 1844) Jhering potrà valutare il tentativo di Hugo, pur dopo aver riconosciuto il passo avanti compiuto dal metodo sincronistico rispetto alle precedenti 'antichità giuridiche': « Allein obgleich man sich dadurch von den 'Antiquitäten' freigemacht hatte, so fehlte doch noch viel an einer 'Rechtsgeschichte' wie man sie jetzt nannte. Im Wesentlichen war man nämlich über den *monographischen* Standpunkt nicht hinaus gekommen, man gab mehr die Antiquitäten verschiedener Perioden, *als eine Geschichte des Rechts*. Die Methode nämlich, nach der man die Rechtsbildungen einer Periode ordnete, war eine *äusserliche*, ich möchte sie die *registrierende oder inventarisirende* nennen... Jene registrierende Methode glaubt sich

In questo caso il sistema avrebbe dovuto in un primo tempo scomparire dall'orizzonte dello storico; esso si sarebbe infatti dovuto concentrare sull'istituto: il sistema attuale avrebbe però più o meno surrettiziamente costituito non soltanto il punto di partenza e quello di arrivo ('pratico') del suo sforzo, ma, ed in ogni momento, anche lo strumento euristico di quello stesso sforzo.

Per Hugo invece, che resta in questo senso fedele alla sua rigorosa separazione di studio storico e dogmatica attuale, e cioè all'autonomia della *Rechtsgeschichte*, l'oggetto stesso dello studio storico non può essere altro che il sistema del particolare *Zeitraum* preso in esame, data la difficoltà ad individuare un istituto isolandolo dal tessuto storico che gli è peculiare. La possibilità di trattare la storia dei dogmi è unicamente quella che già Kant aveva individuato per la storia naturale, una rappresentazione sistematica di fatti « in diversi tempi e luoghi »; una tecnica che era divenuta patrimonio comune anche del peculiare concetto pragmatico proprio della scuola di Göttingen.

Al di là quindi della controversia strettamente metodologica, il dato che doveva suscitare tutta una serie di interventi polemici su questo tipo di trattazione, era indubbiamente un dato « materiale »: l'impossibilità non solo di rappresentare ma anche di pensare l'istituto nella sua unità diacronica di presente e passato, la messa in crisi di un'idea di istituto giuridico in quanto fosse utilizzato per la pratica; e, allo stesso tempo — in tutta coerenza rispetto ad una separazione tendenzialmente così rigorosa del

Genüge gethan zu haben, wenn sie für alle einzelnen Theile den Quellen Inhalt sorgfältig benutzt und dieselben dann nach einen in jeden Periode wiederkehrenden Systeme anordnet. Ihr gegenüber steht die Methode, welche recht eigentlich die der historischen Schule sein sollte und welche man die organische oder systematische nennen kann » in (R. JHERING), *Die historische Schule der Juristen*, cit., III, *Charakter ihrer Wirksamkeit*, col. 422.

Non storia del diritto, dunque, né metodo *sistematico*, laddove il diritto compreso nel suo rapporto con il presente e con il metodo che lo esprime viene opposto a quanto offerto da Hugo sotto forma di 'antichità secondo periodi' e vecchio metodo 'monografico', inventariante, di pura registrazione. Al di là dell'interpretazione organicistica sono punti sui quali troveremo significative concordanze già nelle critiche del Thibaut.

dato storico da quello attuale —, la riduzione, da Hugo come abbiamo veduto già in certo senso data per scontata, delle dogmatica a dogmatismo « handwerk-mässig ».

La testimonianza migliore e più chiara ce ne è offerta dall'entrata in lizza nel 1808 di un 'non specialista' della materia storiografica ⁽²⁷⁵⁾; un'entrata in lizza che conferma l'importanza di

⁽²⁷⁵⁾ È lo stesso Thibaut, del resto, che nell'articolo in questione — cfr. nota 276 — ci informa di non aver sino a quel momento osato, conscio com'era della massima 'Gelehrsamkeit' richiesta allo studioso di una tale disciplina, occuparsi direttamente « weder als Lehrer, noch als Schriftsteller » della storia del diritto; ma di aver sempre nutrito il desiderio, liberato da ogni pratica preoccupazione, di potersi dedicare completamente allo studio dell'antichità (pgg. 6-7). Tuttavia egli, inserendosi nella controversia, reputa la sua quasi una condizione di privilegio, dal momento che le sue osservazioni contro il metodo sinora in uso non potranno essere valutate che come « die Stimme eines Unpartheischen ».

In ogni caso, quel desiderio avrà, e proprio secondo il metodo proposto nel 1808, un seguito di non poco rilievo, testimoniato, perlomeno fin dal 1813, dalla costanza delle sue lezioni sulla 'römische Rechtsgeschichte': lezioni delle quali esiste una cospicua traccia in numerosi 'Nachschriften' tra cui si segnalano quelli di Leopold August Warnkönig, il futuro autore di una significativa e fortunata *Juristische Enzyklopädie* (1853) e, insieme a Lorenz von Stein, della *Französische Staats- und Rechtsgeschichte* (Basel, 1845 ss.); per una rassegna di queste trascrizioni si veda adesso R. POLLEY, *Anton Friedrich Justus Thibaut (AD 1772-1840) in seinen Selbstzeugnissen und Briefen*, Teil I, Frankfurt am Main, Bern, 1982, pgg. 293-295. Comunque parte del *Nachlass* di argomento storico-giuridico di Thibaut si rese già disponibile a pochi anni di distanza dalla sua morte, nell'edizione curata da Carl Julius Guyet: A. F. J. THIBAUT, *Lehrbuch der Geschichte und Institutionen des römischen Rechtes. Hermeneutik und Kritik des römischen Rechtes (Juristischer Nachlass, Zweiter Band. Römisches Civilrecht)*, Berlin, 1842. Si tratta certamente di uno dei non pochi aspetti dell'attività del Nostro che attende ancora una valutazione adeguata, se non addirittura una prima valutazione.

Accanto ad una notevole influenza del Niebuhr (cfr. ad esempio pg. 135 e nota 5) e alla larga utilizzazione dei lavori di Hugo e Savigny, vale forse la pena di ricordare che Thibaut è uno dei rari civilisti dell'epoca che fan mostra di conoscere e considerare, anche criticamente (*ibid.*, pg. 51 e pg. 168 ss.), la *Staatswissenschaft der Römer* dello Schultz, opera scritta in precisa polemica contro l'indirizzo savignyano nella storia del diritto (cfr. ivi *Einleitendes Vorwort*, pg. XXV ss.) e la conseguente svalutazione del ruolo dello Stato; indizio di quel mutamento che spianerà in definitiva la via alla impostazione del Mommsen: su questo lavoro,

tutta la questione anche per un 'sistematico', com'era appunto Thibaut.

Se ci permettiamo qui una leggera deviazione dall'ordine cronologico che vedrebbe di poco precedere le riflessioni di Savigny sulla seconda e terza edizione della *Rechtsgeschichte* di Gustav Hugo, è perché il saggio di Thibaut — che costituisce, al contempo, l'articolo di apertura dei gloriosi *Heidelbergsche Jahrbücher der Literatur* ⁽²⁷⁶⁾ —, ingiustamente trascurato dagli interpreti ⁽²⁷⁷⁾, può fornire la chiave di lettura più adeguata, né sembri

anch'esso scarsissimamente analizzato in dottrina, vedi per un accenno A. CHRIST, *Römische Geschichte und deutsche Geschichtswissenschaft*, München, 1982, pg. 44. Il titolo esatto dell'opera suona C. L. F. SCHULTZ, *Grundlegung zu einer geschichtlichen Staatswissenschaft der Römer. Mit Rücksicht auf die neueste Behandlung Römischer Staats- und Rechtsverhältnisse*, Köln am Rhein, 1833.

⁽²⁷⁶⁾ A. F. THIBAUT, *Über das Studium der Römischen Rechtsgeschichte*, in *Heidelbergsche Jahrbücher der Literatur*, 2. Abth.: *Jurisprudenz und Staatswissenschaften*, I. Jh., I. Hft., Heidelberg, 1808, pgg. 3-16. In generale sulle vicende della Rivista che poteva contare su collaboratori della levatura di un A. W. Schlegel, di un J. F. Fries o persino, per un breve periodo, di un Hegel, cfr. L. GALL, *Die Heidelberger Jahrbücher-Geschichte und Neubegründung*, in *Zeitschrift für die Geschichte des Oberrheins*, CXI (1963), pg. 307 ss.; nonché, più da vicino per quanto riguarda lo stesso Thibaut, R. POLLEY, *Anton Friedrich Justus Thibaut*, cit., pg. 214 e *passim*.

⁽²⁷⁷⁾ Nessuna particolare attenzione vi dedica H. KIEFNER, *Geschichte und Philosophie des Rechts bei A. F. J. Thibaut. Zugleich Versuch eines Beitrags über den beginnenden Einfluss Kants auf die deutsche Rechtswissenschaft*, Diss. iuris, München, 1959, pg. 16, che anzi tende a svalutare (*ibid.*, pg. 86, nota 96) l'accenno di LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., III, 2, *Note*, pgg. 29-30, il quale osservava come gli sembrasse di 'leggere il programma di una rivista pubblicata da parte della scuola storica'. L'importanza del saggio di Thibaut era stata invece colta nel 1906 da TARANOWSKY, *Leibniz und die sogenannte äussere Rechtsgeschichte*, cit., pg. 217 ss., che però, pur sottolineando il dato molto significativo del permanere di Thibaut nell'ambito dell'antica tradizione dogmatica, ne trae l'inesatta conclusione che quelle premesse non vengano armonizzate con la nuova coscienza storica, impedendogli così di raggiungere un livello metodologico adeguato alle concezioni 'scientifiche' della storia. Ritorna ora giustamente sul punto M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 364.

paradossale⁽²⁷⁸⁾, anche dell'atteggiamento savignyano a proposito del cosiddetto metodo 'sincronistico' e della sua comprensione della dogmatica⁽²⁷⁹⁾.

È lo stesso Savigny, del resto, che in una lettera ad Heise⁽²⁸⁰⁾ — pur con una certa riluttanza, che, è bene notarlo, non riguarda tuttavia in alcun modo il problema della concezione della storia e dei suoi rapporti con la dogmatica espressa dal Thibaut⁽²⁸¹⁾ — ce lo viene a confermare: « Con il saggio di Thibaut sono abbastanza d'accordo nelle idee centrali (*in den Hauptgedanken*), ma non so bene perché la realizzazione non mi voglia del tutto piacere. Mi dà l'impressione come se egli non fosse del tutto 'signore e maestro' dell'oggetto, cosa che del resto può essere dovuta anche ad elementi non sostanziali »⁽²⁸²⁾.

La circostanza che non si trattasse di un giudizio casuale o dovuto appunto ad impressioni momentanee in un senso o nell'altro, ma di una oggettiva scelta comune di fronte, non era sfuggita all'occhio attento del testimone più qualificato dell'intera vicenda

⁽²⁷⁸⁾ Sull'esistenza di un rapporto 'positivo' di Savigny con il 'primo' Thibaut, quello, per intendersi, che opera nel periodo che si conclude con il 1818 — l'anno dell'apparizione dell'«*Archiv für die civilistische Praxis*» — richiama infatti opportunamente l'attenzione R. POLLEY, *Anton Friedrich Justus Thibaut*, cit., pg. 259.

⁽²⁷⁹⁾ Cfr. M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 363, nota 83.

⁽²⁸⁰⁾ Si tratta di una lettera datata 29 gennaio 1808: la si può vedere in O. LENEL (hrsg.), *Briefe Savignys an Georg Arnold Heise*, in *ZSS(RA)*, XXXVI (1915), pgg. 96-156 (113-114).

⁽²⁸¹⁾ In una successiva lettera a Friedrich Creuzer del 3 marzo dello stesso anno — ora in A. STOLL, *Friedrich Karl von Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, I Bd., Berlin, 1927, pg. 318 — Savigny, continuando a ritenere giuste le idee espresse da Thibaut, si limiterà ad affermare che al fondo dell'analisi vi fosse un po' troppo poca 'Anschauung', e che perciò il tutto appariva 'ungelehrt und unwissenschaftlich'. La contraddizione tra i due passi è solo apparente, riguardando assai più le sfumature che non la sostanza, e segnala casomai un certo risentimento a carattere personale, dovuto ad un intervento che poteva sembrare al Savigny di sapore in qualche modo 'tutorio'. Cfr. R. POLLEY, *A. F. J. Thibaut*, cit., pgg. 189-190.

⁽²⁸²⁾ F. K. von SAVIGNY, *Briefe an Heise*, cit., pg. 113.

‘polemica’⁽²⁸³⁾, intendiamo dire allo stesso Gustav Hugo⁽²⁸⁴⁾. Egli, riferendosi specificamente alla valutazione savignyana apparsa sull’*Allgemeine Literatur Zeitung* nel 1806⁽²⁸⁵⁾, poteva affermare « Von letzterer Beurtheilung der Lehrart nach allgemeinen Zeiträumen ist die Abhandlung vor dem ersten Hefte der Heidelberger Jahrbücher für die Rechtswissenschaft 1808 gewisser Massen eine weitere Ausführung »⁽²⁸⁶⁾.

⁽²⁸³⁾ Il giudizio espresso da Gustav Hugo è un elemento sfuggito invece alla totalità degli interpreti della controversia. Del resto, benché possa sembrare singolare in presenza di una significativa letteratura secondaria, manca a tutt’oggi un’immagine della figura del giurista di Göttingen che si riveli per intero attendibile ed esauriente.

⁽²⁸⁴⁾ Anche F. A. SCHILLING, *Bemerkungen über Römische Rechtsgeschichte. Eine Kritik über Hugo’s Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian*, Leipzig, 1829, pg. 3, aveva notato una oggettiva convergenza di quelle prese di posizione. Quest’autore, non menzionato neppure nell’informatissima *Geschichte* di Landsberg, è tuttavia figura assai interessante. Nato a Pegau nel 1792 studiò a Lipsia e si abilitò nel 1816. Dal 1818 fu professore straordinario ad Halle, fino a fare successivamente ritorno a Lipsia in qualità di ordinario nel 1825. Il suo primo lavoro di rilievo fu costituito dalla *Diss. critica de Ulpiani fragmentis*, Vratisl., 1824. Ad esso seguirono le *Bemerkungen* delle quali ci stiamo occupando ed un *Lehrbuch für Institutiones und Geschichte des Römischen Privatrechts*, Leipzig, 1834-1837, 1846. La sua ultima fatica di rilievo (morì infatti due anni dopo il termine della pubblicazione) è il *Lehrbuch des Naturrechts oder der philosoph. Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1859-1863, che, in parte a dispetto del titolo, è una testimonianza del riavvicinamento e della ‘Versöhnung’ della Scuola Storica con le prospettive d’indagine filosofica del diritto, avendo a punto di riferimento assai più Savigny e Stahl che non Hegel; cfr. (TEICHMANN), s.v. *Schilling* in F. von HOLTZENDORFF (hrsg.), *Rechtslexikon*, Leipzig, 1881³, Bd. 3, Erste Hälfte, pg. 578.

⁽²⁸⁵⁾ La recensione savignyana della seconda e terza edizione della *Rechtsgeschichte* di Hugo era infatti apparsa una prima volta sull’*Allgemeine Literatur Zeitung* ‘seitdem sie nach Halle verlegt war’ — cfr. il passo di Hugo citato alla nota successiva — nel 1806, Nr. 251, col. 131 ss. Ora si legge in F. C. von SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, Bd. 5, pgg. 1-36, dalle quali in seguito citeremo.

⁽²⁸⁶⁾ G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*¹¹, cit., pg. 41; egli aveva del resto appena prima (pg. 39) ribadito ancora una volta la sua fedeltà all’impostazione di Reitemeier: « L’Enciclopedia e Storia del diritto in Germania di Reitermeier è stata la prima opera, nella quale anche la storia interna del diritto privato, com’era sempre accaduto

Thibaut muta con questo intervento il suo precedente punto di vista⁽²⁸⁷⁾, che era assai più vicino alle posizioni emerse nella scuola di Göttingen⁽²⁸⁸⁾, anche se già allora — e sotto questo profilo si preannuncia un germe della futura critica 'dogmatica' all'atteggiamento di un Hugo — strettamente finalizzato al 'di-

*nel caso di ogni diritto pubblico ed in certa misura pure per il diritto pubblico romano, venne concepita 'nach Zeiträumen', in modo che al termine di ogni 'spazio storico' fosse collocata una 'panoramica' ('Uebersicht') di ciò che al meglio lo contraddistingue nel campo delle singole dottrine dal periodo precedente e da quello successivo, senza una qualsivoglia predilezione per ciò che è immediatamente applicabile ('ohne alle Vorliebe für das unmittelbar Anzuwendende')». Allo stesso tempo questa procedura, della quale viene sottolineato il carattere 'non-pratico', è contrapposta direttamente a quella tradizionale che 'in certo modo secondo il modello delle stesse istituzioni' ('was früher einiger Massen nach dem Muster der Institutionen selbst') si propone di seguire ogni singola dottrina dalle sue antiche origini fino a Giustiniano, ora nella storia interna, ora addirittura nella storia esterna (*ibid.*): cfr. anche G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*⁸, cit., pgg. 25-26.*

Nella valutazione del metodo proposto da Reitemeier non tiene conto del profilo segnalato esplicitamente da Hugo H. KIEFNER, *Geschichte und Philosophie des Rechts bei A. F. J. Thibaut*, cit., pgg. 14-16, che riduce la portata della sua concezione della storia all'approntamento di una raccolta di esempi per gli scopi e l'attività *pratica* del legislatore, intendendo al contempo in modo troppo restrittivo il concetto di 'pragmatico' proprio della 'scuola' di Göttinga. Noi citiamo a preferenza dalla dissertazione del 1959, perché l'articolo dello stesso H. KIEFNER, *A. F. J. Thibaut*, in *ZSS(RA)*, LXXVII (1960), pgg. 304-344, è da essa tratto ed in più punti al paragone meno esauriente, senza in ogni caso modificarne sostanzialmente la prospettiva.

⁽²⁸⁷⁾ Undici anni prima Thibaut aveva infatti segnalato l'innovazione anche terminologica operata da Hugo senza particolare inquietudine (cfr. A. F. J. THIBAUT, *Juristische Encyclopädie und Methodologie*, cit., pg. 228 e vedi sul punto ancora TARANOWSKY, *Leibniz und die sogenannte äussere Rechtsgeschichte*, cit., pgg. 211-212, 217). Certamente egli soggiungeva però subito dopo che entrambe le storie, l'interna e l'esterna, « sind dem Rechtsgelehrten als solchem *nur* in so fern brauchbar, als das anwendbare Recht dadurch Licht und Leben erhält » (*ibid.*, pg. 229). In ogni caso la stessa *Staatengeschichte*, la *Weltgeschichte* e la *Statistik* venivano additate (assieme al *Volkscharakter*) come praticamente indispensabili, anche se in qualità di 'parti' della storia in generale, per il giurista interprete (*ibid.*, pgg. 229-230).

⁽²⁸⁸⁾ A. F. J. THIBAUT, *Über das Studium*, cit., pg. 16.

ritto applicabile': è significativo come nel 1808 egli ritenga di dover aprire il primo numero della nuova Rivista con uno scritto programmatico nel quale viene esplicitamente affermato che gli editori e collaboratori prenderanno in considerazione il valore di un lavoro giuridico « ganz vorzüglich nach ihrer historischen Richtung »⁽²⁸⁹⁾.

Ma altrettanto significative sono le considerazioni con le quali Thibaut corrobora la a suo avviso sempre crescente necessità per la dogmatica di fondarsi « auf dem zweckmässigen Gebrauch der Geschichte », se non si voglia, cioè, correre il rischio di cadere nel misero dogmatismo rinchiuso in se stesso di così numerosi antichi scrittori⁽²⁹⁰⁾.

Quel bisogno sempre crescente di una « gründliche Rechtsgeschichte » si manifesta, ad avviso di Thibaut, come un elemento ' fisiologico ' dell'epoca attuale della storia tedesca, dal momento che manca in Germania un Codice progettato e condotto a termine in un unico ' Zeitpunkt ', oppure compenetrato in tutte le sue determinazioni particolari da un'unica idea portante, da un'unica ' Raison '.

La costituzione tedesca è invece sorta gradualmente, « nach und nach », sulla base di fondamenti diversissimi, e proprio il Codice giustiniano non rappresenta nient'altro che una compilazione di tutto ciò che si fosse dimostrato ' praticabile ' dall'epoca del sorgere dello Stato romano fino allo stesso Giustiniano, sia nel campo delle « gemeine Meinungen » sia in quello legislativo: « nirgend ist hier eine raisonnirende Einheit ».

Ma se senza la storia del diritto romano è impossibile comprendere la compilazione giustiniana, non si può tuttavia essere portati a credere che la stessa introduzione di nuovi Codici sia in grado di eliminare questo fattore ' fisiologico ', costituito dalle « unsre bisherigen historischen Erörterungen »: al contrario, la

⁽²⁸⁹⁾ *Ibid.*, pg. 3 e 16. Parziale è pertanto il tentativo di TARANOWSKY, *op. cit.*, pg. 216, di annoverare Thibaut esclusivamente tra gli « Anhänger des Dogmatismus der Jurisprudenz »: il ' semplice ' dogmatismo (' Kahle und isolierte Dogmatismus ' ; aggettivato dall'autore anche come ' handwerk-mässig ') non è l'orizzonte entro cui il saggio vuol costringere il giurista, sebbene le soluzioni proposte divergano chiaramente da quelle di Hugo.

⁽²⁹⁰⁾ *Ibid.*, pg. 4.

tendenza che si rivela propria del mondo attuale non va in direzione di nuovi e originali punti di vista per quanto riguarda il lato pratico, e non tende neppure a riforme energiche e radicali di quei rapporti che potrebbero essere riconosciuti equivalenti o uniformati « unter allen Staatsverfassungen; sondern vielmehr auf *Beibehaltung des Hergebrachten* ... und auf deutliche Darstellung des Wirklichen » ⁽²⁹¹⁾.

Nel 1808, in sostanza, Thibaut ritiene, manifestando già sotto questo profilo una certa vicinanza alle posizioni savignyane ⁽²⁹²⁾, che

⁽²⁹¹⁾ A. F. J. THIBAUT, *Über das Studium*, cit., pg. 4.

⁽²⁹²⁾ La *Juristische Encyclopädie* del 1797, è infatti un'opera da valutare a parte. Essa, specialmente, nelle sue affermazioni positive sopra il diritto naturale, deve essere considerata con molta circospezione senza trarne conclusioni affrettate circa l'intera posizione culturale di Thibaut, non foss'altro per il fatto che il Nostro prese espressamente le distanze dai suoi contenuti, rifiutando la pressante richiesta dell'editore per una seconda edizione: un'edizione che invece 'secondo le sue idee attuali' sarebbe dovuta divenire 'ein ganz neues Werk', cfr. *Thibaut an den Verlag J. F. Hammerich in Altona*, lettera del 20 agosto 1812, in R. POLLEY, *A. F. J. Thibaut*, cit., Teil 2: Briefwechsel, pgg. 281-282, nonché Teil 1, pg. 137. Abbiamo veduto del resto che anche relativamente al nostro attuale problema è accertato un mutamento sostanziale di prospettiva. Se escludiamo perciò proprio la prima fatica di Thibaut, è tuttavia un fatto, e sul punto torneremo, che Savigny utilizza e preferisce, con l'eccezione del 'Sistema del diritto delle Pandette' nell'ottava edizione del 1834, le opere del 'primo' periodo del Nostro: gli articoli apparsi sull'« Archiv für die civilistische Praxis » appaiono invece passati sotto silenzio. Già O. KARLOWA, *Anton Friedrich Justus Thibaut*, in *Ruperto-Carola, Illustrierte Fest-Chronik der V. Säkularfeier der Universität Heidelberg*, Heidelberg, 1886, pgg. 167-170, 178-184, spec. 183 col. 2 notava a questo proposito un cambiamento non indifferente nelle concezioni dell'autore; nella letteratura più recente, prima del volume di Polley, è merito quasi unicamente di J. RÜCKERT, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie 1802-1880*, Berlin, 1974, pg. 373-375 di avervi richiamato l'attenzione.

È cosa nota che Savigny, dopo aver attaccato le tesi di Thibaut nel *Beruf*, affermerà di averle criticate per ragioni interne, in presenza di un accordo circa lo scopo esterno e politico — cfr. F. C. von SAVIGNY, *Recensione* a GÖNNER, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, I (1815), pg. 41, anche in *Id.*, *Vermischte Schriften*, cit., vol. 5, pg. 159 —: quello scopo è definito come l'unità della Nazione Tedesca. Le espressioni usate da Thibaut, proprio nello scritto in favore della codificazione, sulla necessità di separare la sfera del *Regent* da quella del *Bürger-Untertan*, che

persino i Codici formalmente nuovi ancora a lungo avrebbero di fatto sanzionato essenzialmente l'antico, al massimo ritrasportandolo in un nuovo linguaggio, ed avrebbero per ciò stesso ricondotto ad un approfondito studio storico: non soltanto perché attraverso un tale studio il 'nuovo' potesse essere adeguatamente compreso, ma ancor più perché si giungesse a rendersi conto di come, spesso,

hanno dato tra l'altro occasione a Wrobel di farne un interprete delle speranze 'borghesi', ci fanno tuttavia ritenere, già nel loro stesso tenore, che anche lo scopo per così dire economico-sociale, politico in un senso più ampio di quello che risulta dalla frase di Savigny, fosse largamente comune; in una venatura alto-borghese nel caso di quest'ultimo, in forme ed inflessioni più piccolo-borghesi nel caso di Thibaut. Si veda, per adesso, dato che sul tema torneremo in occasione di un'analisi comparativa del contenuto dei rispettivi 'sistemi', H. WROBEL, *Die Kontroverse Thibaut-Savigny*, cit., pg. 44 ss.

Sia detto però fin d'ora, di passata, che in relazione a quanto veniamo esponendo nel testo a proposito della funzione ipoteticamente spettante ai 'codici formalmente nuovi', appare senz'altro inesatta l'affermazione di Wrobel che la « Theoretische Begründung der Umschaffung des Privat-rechts » si possa scorgere nell'opposizione « *Philosophie contra Herkommen* » (*ibid.*, pg. 20 ss.). Per Thibaut il Codice non si manifesta invece necessariamente contrapposibile all'*esistente*, o meglio, non appare più, già a partire dal 1808, in quella luce: così giustamente O. KARLOWA, *A. J. F. Thibaut*, cit., pg. 182 col. 1.

Sull'idea, espressa da Savigny, di 'Codice' adatto per la Germania come di un codice al centro del quale non poteva stare un discorso di riforma radicale, ma molto più l'istanza razionalizzatrice e sistematizzante l'*Herkommen*, cfr. M. BRETONE, *Tradizione ed unificazione giuridica in Savigny*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VI (1976), pgg. 189-213, spec. 192-194, nonché i numerosi e significativi saggi di P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des 'Berufes'*, in *ZSS (GA)*, LXXXVI (1969), pgg. 97-176; *Id.*, *Savignys Beruf und die heutige Krise der Kodifikation*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXXIX (1971), pgg. 451-476; *Id.*, *Der unverstandene Meister? Savigny's Bemerkungen zum österreichischen ABGB*, in *Festschrift Hermann Balll*, hrsg. von K. EBERT, Innsbruck, 1978, pgg. 107-122.

Da ultimo Caroni è tornato ancora una volta sull'argomento, modificando in parte sue precedenti vedute, nell'intervento al Seminario internazionale su F. C. di Savigny (Firenze, 27-28 ottobre 1980), *Teoria e prassi della codificazione nell'ottica savignyana*, ora pubblicato in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, IX (1980), pg. 69-112, sotto il titolo *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*; cfr. spec. pg. 71 ss.

l'elemento di novità sarebbe stato in grado di rivelarsi assai meno 'incompiuto' e inconsequente, qualora ci si fosse dati la pena « das Alte in seinem ganzen Umfange gehörig zu verstehen »⁽²⁹³⁾.

Se già da un punto di vista puramente giuridico lo studio della storia si manifesta indispensabile al giurista, la presa di posizione di Thibaut si muove e si sviluppa anche ad un livello più ampio, su di un piano 'culturale', specificatamente per quanto riguarda la storia del diritto romano: essa sola può costituire lo strumento adeguato a ricondurre i giuristi allo studio dell'opera che da sola ha creato e sostenuto « die Cultur des neuen Europa ». In caso contrario — ed è sempre Thibaut che parla — si potrebbe prevedere che i giuristi per tutto il tempo che sono loro proposte all'applicazione legislazioni *arbitrarie* (*willkürliche*) si troverebbero sprofondatai « in die tiefste Barbarei (sic!) », se un tale studio non dovesse venire a costringerli a 'nobilitare' il loro spirito con la frequentazione dei modelli dell'antichità⁽²⁹⁴⁾.

Il 'classicismo' di Thibaut è però un classicismo apertamente diretto contro il 'predominio' nell'interno della struttura accademica di quelle discipline attinenti alle scienze della natura, alla statistica, alla fisica, alla storia naturale⁽²⁹⁵⁾, che al contrario costituivano per gli aderenti alla scuola di Göttingen gli elementi portanti della loro impostazione dottrinale⁽²⁹⁶⁾; fornendo addirittura, come abbiamo avuto occasione di constatare, al giurista strumenti euristici non indifferenti per la stessa analisi storiografica.

⁽²⁹³⁾ A. F. J. THIBAUT, *Über das Studium*, cit., pg. 5.

⁽²⁹⁴⁾ *Ibid.*, pg. 5.

⁽²⁹⁵⁾ Ci siamo soffermati più sopra (cfr. spec. pg. 148 ss.) sull'importanza assunta nel paradigma 'kantiano' dall'ammissibilità o meno di una rappresentazione *sistematica* dei fatti nell'ambito della *Naturgeschichte*: sulla storia come scienza si può vedere ancora I. KANT, *Idee zu einer allgemeiner Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* (1784), *Akademie Ausgabe*, cit., Bd. 8, pg. 29 ss., laddove si parla di un *sistema* della storia, secondo un piano della natura. Sui rapporti tra Kant e la scuola di Göttingen è da vedere L. MARINO, *I Maestri della Germania*, cit., pg. 146 ss.

⁽²⁹⁶⁾ In generale rimane sempre fondamentale K. HUNGER, *Die Bedeutung der Universität Göttingen für die Geschichtsforschung am Ausgang des achtzehnten Jahrhunderts*, cit., spec. pg. 37 ss.; ma si veda da ultimo L. MARINO, *op. cit.*, pg. 65 ss. e G. VALERA, *Scienza dello Stato*, cit., *Introduzione*, pg. LXXXVIII ss.

L'avversione dell'amico (non ancora) nemico di Savigny⁽²⁹⁷⁾ è politicamente motivata: egli ravvisa in un tale tipo di educazione — che utilizza a suo mezzo privilegiato l'« Erfahrung », di contro ad una « Bildung » puramente, o a prevalenza, classicistica e che pone a suo modello le scienze della natura — una proposta culturale volta da un lato a formare « Weltbürger » più che non cittadini di una nazione, e dall'altro ad offrire un fronte di minore resistenza dinnanzi ai ' pochi ' interessati a rendersi più agevole il governo, favorendo appunto la ' meccanica ' uniformità che ad un tale modello necessariamente consegue⁽²⁹⁸⁾.

⁽²⁹⁷⁾ Sul ' destino di un'amicizia ' si può ormai rinviare alle belle pagine di R. POLLEY, *A. F. J. Thibaut*, cit., pg. 163 ss.

⁽²⁹⁸⁾ A. F. J. THIBAUT, *Über das Studium*, loc. ult. cit.; sul tema dei mutamenti delle concezioni relative alla ' Bildung ' e sulla sua funzione nel passaggio da una visione razionalistica ad una idealistica — passaggio sintomatico dell'itinerario dallo Stato del 18° secolo, inteso non solo come *Herrschaft e Obrigkeit*, ma anche come rappresentante della società, allo Stato inteso solo, hegelianamente, come ' das Allgemeine ' — si può vedere W. RICHTER, *Der Wandel des Bildungsgedankens. Die Brüder von Humboldt, das Zeitalter der Bildung und die Gegenwart*, Berlin 1971, *passim*. Da ultimo è necessario far riferimento a P. HÄBERLE (Hrsg.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht (Wege der Forschung, Bd. CXXXVIII)*, Darmstadt, 1982; cfr. ivi part. E. R. HUBER, *Zur Problematik des Kulturstaats*, pgg. 121-145 e H. SCHELSKY, *Die Idee des Kulturstaates als Grundlage staatlicher Hochschulpolitik*, pg. 178-201.

Insiste giustamente sulle diversità del concetto di *Cultur* della Scuola gottinghese rispetto al *Bildungswelt* di un Humboldt, che implicava necessariamente l'ideale della ' Totalität ', di un ' Gesamtgeist ' umanistico, come tale estraneo alla prima, K. HUNGER, *Die Bedeutung der Universität Göttingen*, cit., pgg. 43-44. Sui riflessi più propriamente giuridici della vicenda concettuale si veda U. BAKE, *Die Entstehung des dualistischen Systems der Juristenausbildung in Preussen*, cit., pg. 72 ss.; per i rapporti Savigny-Humboldt, pg. 108 ss. Non si può fare a meno di ricordare a questo proposito l'amicizia di Thibaut col Niebuhr — datata dagli anni di studio a Kiel (1794) — che si rinsaldò a partire dal 1803 (cfr. B. C. WITTE, *Der preussische Tacitus. Aufstieg, Ruhm und Ende des Historikers Barthold Georg Niebuhr 1776-1831*, Düsseldorf, 1979, pg. 41).

A testimonianza della peculiarità che connota l'immagine di *Cultur* propria di un Hugo si potrà forse leggere il seguente passo del 1798: « La cultura, la civiltà di un popolo si determina secondo la maniera in cui esso si procura la soddisfazione dei suoi bisogni (' die Befriedigung seiner Bedürfnisse ') e a questo proposito sono da suddistinguere quattro gradini,

Sono queste le premesse culturali da tenere presenti nella valutazione della critica di Thibaut all'impostazione della scuola di Göttingen e di Gustav Hugo in particolare. Egli si rende certamente conto della novità introdotta 'negli ultimi dieci anni' al livello dello stesso insegnamento universitario: precedentemente ci si trovava di fronte a due diversi corsi ('collegia'), il primo dei quali dedicato alla cosiddetta *historia iuris Romani*, che conteneva ciò che abitualmente si era soliti denominare storia esterna del diritto, ovvero « die allgemeine Geschichte der gesetzgebende Gewalt », senza curarsi della storia delle singole *Rechtsätze*, ma includendo invece la storia letteraria e talvolta qualche informazione sulla costituzione statuale ed ecclesiastica romana⁽²⁹⁹⁾.

In sostanza, una 'morta cronaca', nulla più che un 'vocabolario della storia del diritto'⁽³⁰⁰⁾; una cronaca che, essendo impostata cronologicamente, di preferenza limitata al periodo repubblicano, del quale si potevano riferire persino 'tutte le leggi su inutili bagatelle', e, comunque, oltrepassando di rado l'età adria-

così che di volta in volta sul più elevato vivano sempre più persone nello stesso spazio e che, attraverso il sempre crescente rapporto reciproco ('durch das grössere Verkehr'), la loro umanità si possa sempre più sviluppare: 1. Cacciatori e pescatori, - nutrizione animale senza precedente coltura, - 2. Pastori, - nutrizione animale con coltura, - 3. Contadini, - nutrizione vegetale con coltivazione, e 4. popoli che esercitano il commercio e l'industria, presso i quali una porzione rilevante della popolazione non produce da se stessa i mezzi di sostentamento, *ma secondo il principio della divisione del lavoro* (notoriamente una delle idee portanti di SMITH. - nota dell'autore) si incarica in modo esclusivo per gli altri di diversificate occupazioni, specialmente elaborazione di prodotti o il loro trasporto e messa a disposizione da luoghi lontani, laddove, *tanto più in là la divisione si spinge, tanto più tempo viene risparmiato, e perciò tanto più sarà fornito lavoro di migliore qualità, ma certamente anche tanto più verranno a mancare al lavoratore le forze per la sua formazione ed istruzione generale* ('aber freylich auch *der Arbeiter* desto mehr in der allgemeinen Ausbildung seiner Kräfte zurückbleibt') (G. Hugo, *Naturrecht*¹, cit., § 48, pgg. 37-38). La frequentazione dei classici dell'economia politica inglese e francese è un altro dei punti sui quali non è dato accertare un'effettiva continuità tra Hugo e Savigny (per il tardo Savigny il discorso dovrà farsi più complesso, cfr. per ora supra, *Introduzione*, nota 79).

⁽²⁹⁹⁾ A. F. J. THIBAUT, *Über das Studium*, cit., pg. 7.

⁽³⁰⁰⁾ *Ibid.*, pg. 10.

nea, poco utile poteva rivelarsi alla comprensione del diritto giustiniano: essa tralasciava di fornire informazioni proprio sugli istituti significativi per la pratica 'attuale' come il concorso o i privilegi dei creditori, danneggiando così la reputazione stessa della storia presso i giuristi ⁽³⁰¹⁾.

L'altro 'collegio' aveva invece per oggetto la storia « jedes einzelnen Rechtsinstituts », non però secondo periodi storici che li riconnettessero tutti, ma al contrario in una rappresentazione autonoma di ogni singola dottrina.

Thibaut riconosce, come si vede, le manchevolezze della situazione preesistente, ma tende ad appiattire la novità introdotta per ultimo e definitivamente da Hugo — e consistente nella soppressione dei due collegi e nella loro sostituzione attraverso un'unica lezione nella quale però la storia giuridica interna « nicht der äusseren als für sich bestehender Theil folgt » — sul metro della metodologia tradizionale; proprio perché in ultima analisi ciò che lo interessa quale giurista pratico-sistematico è il tentativo di evitare una *dogmatica storica*, più che non la fondazione della *Rechtsgeschichte* come disciplina autonoma nell'ambito di una generale riconsiderazione dei rapporti tra le varie branche della scienza giuridica.

Già di per sé questo tentativo è dimostrazione di un mutato clima culturale — un mutamento che pure si annunciava fin dal tardo *Usus Modernus* ⁽³⁰²⁾ —, dal momento che sino ad allora la

⁽³⁰¹⁾ *Ibid.*, pgg. 10-11.

⁽³⁰²⁾ Abbiamo precedentemente seguito l'itinerario culturale di Adolf Dietrich Weber e colto la sua esigenza di giungere a comprendere i singoli istituti del *Corpus iuris* secondo i concetti tramite i quali i Romani stessi li interpretavano, esigenza che celava suggestioni provenienti da autori come Thomasius e Boehmer; non del tutto immotivatamente, ci sembra, W. RÜTTEN, *Das Zivilistische Werk Justus Henning Boehmers*, cit., suggerisce l'ipotesi seguente: « Nicht auszuschliessen ist, dass die besondere Verbindung von Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte, die die historische Schule kennzeichnet, bereits im späten usus modernus — eben bei Boehmer — vorgezeichnet war und etwa in Göttingen an Gustav Hugo vermittelt wurde » (pg. 123). Non saremmo però propensi — pur se il concetto di *dogmatica* in Hugo risenta certamente ancora del tardo *Usus Modernus* — a ritenere che proprio lo 'specifico' *collegamento* di *dogmatica* e storia possa costi-

dogmatica stessa rappresentava per definizione null'altro che l'elemento non-storico dell'attività del giurista, limitata com'era al suo presente, al diritto attuale.

Entrambi i metodi secondo Thibaut sono contrassegnati da errori comuni, oltre che dai propri difetti specifici.

È necessario sin da ora, comunque, sottolineare che Thibaut nel denunciare il 'circolo ermeneutico' ⁽³⁰³⁾ nel quale si involgerebbe quella 'metodologia', parte a sua volta da un tipo preciso di precomprensione, che implica una collocazione in primo piano dell'istituto giuridico nella sua separatezza, mentre per Hugo il metodo sincronistico tendeva in realtà a presentarsi come fondamentalmente rivolto alla raccolta di tutti i 'fatti', sia pure giuridici, che gli si presentassero in un determinato periodo spazio-temporale; era esemplato quindi assai più sulle allora usuali problematiche relative al metodo di trattazione della *Naturgeschichte* ⁽³⁰⁴⁾ e finalizzato a ridurre di conseguenza la centralità del tema dell'istituto ⁽³⁰⁵⁾. Il difetto principale comune a quei due metodi è, infatti,

tuire l'oggetto di una mediazione da parte del giurista di Gottinga, che, semmai, viene scavalcato da questa continuità nel rapporto 'teoria-prassi'.

Interessanti, ma sparse, notazioni sull'argomento possono leggersi ora anche in T. HONSELL, *Historische Argument im Zivilrecht. Ihr Gebrauch und ihre Wertschätzung im Wandel unseres Jahrhunderts*, Ebelsbach, 1982, spec. pg. 31 ss.

⁽³⁰³⁾ Sul punto cfr. M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 363 nota 84, che rinvia, come quasi d'obbligo, a H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1975⁴, pgg. 307-313, 481-492.

⁽³⁰⁴⁾ Cfr. *supra* pg. 281; oltre alla letteratura ivi citata si rivelano a questo proposito illuminanti le osservazioni offerteci da R. KOSELLECK, *Die Herausbildung des modernen Geschichtsbegriff*, sub voce *Geschichte*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., Bd. 2, pg. 679 ss.; utile anche F. MEDICUS, *Kants Philosophie der Geschichte*, in *Kantstudien*, VII (1902), pg. 1 ss. e 171 ss.

⁽³⁰⁵⁾ Nel 1821, comunque, nella celebre recensione alle hegeliane *Grundlinien der Philosophie des Rechts* apparsa nelle *Göttingische gelehrte Anzeige* (pgg. 601-607) — significativamente Hugo la titola con preferenza per *Hegel's Naturrecht* — ora in Id., *Beyträge*, cit., Bd. 2, pg. 464 ss., è Hugo stesso che ha occasione di precisare il suo concetto di istituto, contrapponendolo all'uso hegeliano del vocabolo 'istituzione' troppo vicino al senso francese del termine: « S. 14 ist die von **Leibniz** gerühmte Consequenz **Römischen** Rechtsgelehrten zwar eine wesentliche Eigenschaft einer jeden Verständigen Wissenschaft (womit dem zugleich **Leibniz**, der sie

che entrambi danno luogo ad un 'circolo': essi presuppongono

besonders an ihnen gerühmt hat, zurecht gewiesen wird); aber die Inconsequenz und Albernheit erwähnter Rechts-Gelehrten ist als eine ihrer grössten Tugenden zu achten, weil sie dadurch von abscheulichen Institutionen (das hier gar oft vorkommende Wort im **französischen** Sinne genommen, wo es den **institutes** und den **instituts** entgegengesetzt ist, mit den Institutiones der Römer, die wir sonst im **Deutschen** so nannten, aber gar wenig gemein hat) abweichen» (*loc. cit.*, pgg. 465-466; le sottolineature sono nel testo). Hugo aveva qui correttamente individuato la diversa matrice del termine istituzione (*institution*) e del latino *institutio*; il primo risale infatti alla traduzione francese, ad opera di Barbeyrac, dell'espressione *impositio* usata da Pufendorf nella sua dottrina degli enti morali (cfr. R. ORESTANO, 'Institution'. Barbeyrac e l'anagrafe di un significato, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XI-XII (1982-83), T. I, pgg. 169-178). Hugo si attiene invece al senso di *institutio* delle fonti latine (cfr. H. E. DIRKSEN, *Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum*, Berlino, 1837, pg. 483, che lo dà come sinonimo di *eruditio, disciplina, doctrina* rinviando anche a quest'ultima voce) rivelando una concezione per così dire, se ci fosse concesso il barbarismo, «deistituzionalizzata», che lo allontana sul punto nel contempo sia da Hegel che da Savigny.

Come risulta dai passi presi in esame il concetto di istituto giuridico («*Rechtsinstitut*») era comunque assai diffuso già sul finire del secolo XVIII (a questo proposito vedi anche *infra*, parte seconda). Per quanto riguarda Savigny, H. KIEFNER, *Lex frater a fratre*, cit., pg. 129 ss. ha richiamato l'attenzione sul fatto che l'uso del termine *institution* sarebbe riscontrabile solo nel saggio «*Darstellung der in den Preussischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform*» (del 1844; ora in Id., *Vermischte Schriften*, cit., Bd. 5, pg. 222 ss.) a dare forza alla sua tesi negativa sulla presenza nelle opere del giurista berlinese di una concezione 'istituzionale' del diritto. Su presupposti in parte analoghi H. HAMMEN, *Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*, cit., pg. 49, viene a negare che Savigny abbia mutuato il concetto di *Rechtsinstitut* da Stahl, come sostenuto da W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre*, cit., pgg. 49-60 (trad. it., pgg. 50-51) e da R. GMÜR, *Savigny und die Entwicklung der Rechtswissenschaft*, Münster, 1962, pg. 14. Come si è accennato (cfr. *supra*, Introduzione, nota 85), egli ha potuto accertare la presenza del concetto già — e significativamente — fino dal 1808, proprio in un commento alla *Rechtsgeschichte* di Hugo del 1806; laddove certo, parlandosi altresì di «politische Institute», viene perlomeno indebolita la tesi di Kiefner. Se quindi il concetto di istituto giuridico trae le sue origini proprio dalla discussione sul metodo della storia del diritto romano, ancora più rilievo acquista la vicinanza della posizione savignyana all'interpretazione 'dogmatica', crono-

cioè « ein dogmatisches Collegium über Institutionen »⁽³⁰⁶⁾.

logico-genealogica di Thibaut e della tradizione da lui impersonata, la versione organologica della quale non può esser vista allora come un fenomeno di semplice rottura della continuità. Diverso sarà il discorso da fare per Puchta. In ogni caso, se il concetto stesso non è stato mutuato da Stahl, ciò non viene affatto ad escludere che la 'teoria' su quel concetto nel *System* possa essere in qualche modo ricondotta anche alle sue formulazioni; in questo senso, ci sembra, si muoveva già fundamentalmente il tenore del discorso di Wilhelm. Del resto l'assunzione di F. ZWILGMEYER, *Die Rechtslehre Savignys. Eine rechtsphilosophische und geistesgeschichtliche Untersuchung* (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 37), Leipzig, 1929, pgg. 13-14, sulla quale WILHELM si appoggiava (*op. cit.*, pg. 49; trad. it. pgg. 50-51, nota 128), se è da correggere sotto il profilo filologico in quanto, seppur solo implicitamente, faceva risalire l'uso del concetto al 1836 (e precisamente al « *Beitrag zur Rechtsgeschichte des Adels im neuen Europa* », in *Vermischte Schriften*, cit., Bd. 4, pgg. 51, 58-59; il pregevole saggio di A. WOLF, « *Savignys Beitrag zur Rechtsgeschichte des Adels* », in *Ius Commune*, VIII (1979), pgg. 120-147, non si occupa in alcun modo del problema), rimane largamente impregiudicata nella sostanza dall'osservazione di Hammen, dal momento che Zwilgmeyer si limitava a parlare espressamente per il periodo precedente di « assenza di una distinzione tra i due concetti di *Rechtsverhältniss* e *Rechtinstitut* ». Quanto all'affinità con la posizione del Thibaut, che verteva in definitiva sulla possibilità della continuità storica dell'istituto identificato con chiarezza nei suoi contorni, mentre il procedimento di Hugo doveva oggettivamente concludere per le discontinuità del processo storico racchiuso in periodi in sé definiti e difficilmente comunicanti, essa sembrerebbe smentita dal successivo mancato perseguimento da parte della scuola storica del 'programma' formulato. Lo stesso Thibaut era indotto nel 1838 — e si badi (cfr. *supra* nota 292) alla data come alla sede del suo intervento, l'*Archiv für die civilistische Praxis Über die sog. historische und nicht-historische Schule*, ivi, Bd. XXI, pgg. 391-419, 413) — a constatare la quasi completa mancanza di una storia dei dogmi. Ma in realtà ci sembra frutto già di un certo fraintendimento considerare il perseguimento della storia 'interna' come necessariamente implicito nel programma della scuola storica, al di là appunto del suo collegamento con l'elemento dogmatico del diritto ed affermare che la prassi storico-giuridica della scuola « ignorasse completamente l'idea di sviluppo » o di evoluzione (così però W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre*, cit., pg. 26 ss.; trad. it., pg. 28 ss., 32, che tuttavia non utilizza il saggio di Thibaut del 1808): in ogni caso ciò non è pertinente in relazione al Sistema savignyano.

Già lo stesso Thibaut — cfr. *infra* nel testo — aveva, contro Hugo, sottolineato l'eterogeneità della storia del diritto romano e della storia dei dogmi (e del metodo per essa praticabile) rispetto a quanto accadeva

A causa della notevole insufficienza dei materiali storico-giuridici a disposizione dell'interprete, molte delle informazioni storiografiche acquistano il carattere di semplici materiali ornamentali « eines Systems von Rechtssätzen », la cui 'intima' natura deve poter essere conosciuta sino in fondo per poter 'collocare' e connettere ciò che qua e là emerge dalla vicenda storica.

Ma, e a questo punto le parole di Thibaut mostrano come sia assorbente la preoccupazione dell' 'identificazione' dell'autonomia dell'istituto giuridico rispetto ad una considerazione storiografica globale, lo stesso dovrebbe sostenersi anche se i materiali di cui lo storico-giurista potesse disporre fossero completi: « Selbst vollständige Materialien der Rechtsgeschichte würden dogmatische Begriffe voraussetzen »⁽³⁰⁷⁾, proprio perché la 'Fortbildung' degli istituti giuridici avviene quasi sempre attraverso mutamenti minimi, spostamenti gradualità, variazioni emergenti « da und dort », la cui continua mobilità non potrebbe essere fissata se non richiamandosi a concetti e partizioni sistematiche preesistenti.

Le Istituzioni, tuttavia, dal canto loro senza la storia del diritto sono ancora meno comprensibili; in quasi nessuna materia il 'risultato dogmatico' può essere circoscritto e compreso « wenn

« nella storia della nuova Europa ». Si dovrebbe già notare quindi che la proposta di una storia dei dogmi a partire dalla glossa *separata* dal diritto attuale implica un, seppur non appariscente, mutamento di prospettiva rispetto a trenta anni prima, quando si limitava a chiederne la realizzazione fino a Giustiniano. Se è vero quindi che l'approfondimento della storia dei singoli istituti e dogmi solo intorno alla metà del secolo divenne il metodo storico-giuridico dominante, la ragione non può esser ricercata soltanto nell'inconsequenza fra programmi e realizzazione: il punto era stato lucidamente colto in uno scritto che non ci risulta stranamente citato da Wilhelm, né solitamente ricordato dagli interpreti in occasione della disamina del problema. Alludiamo a K. E. F. ROSSHIRT, *Von einer neu zu begründeten Wissenschaft der Dogmengeschichte des bürgerlichen Rechts*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. XXXIV (1851), pgg. 1-21, che aveva compreso che la questione si basava appunto su due diversi concetti di *sistema* posti alla base delle rispettive concezioni: qui semmai è da ricercare il fondamento delle successive differenziazioni tra Savigny e Thibaut, dato per scontato che per entrambi il collegamento con il sistema rimaneva comune presupposto. Su questo aspetto dovremo tornare più oltre.

⁽³⁰⁶⁾ A. F. J. THIBAUT, *Über das Studium*, cit., pg. 8.

⁽³⁰⁷⁾ *Ibid.*, pg. 8.

dabei die Geschichte der Ausbildung des Instituts fehlt ». Neppure i più semplici principii dell'usucapione, della prescrizione, o dell'eredità intestata giustiniana possono essere in qualche modo fatti propri senza in primo luogo immergersi profondamente nella storia di queste dottrine. Il metodo approvato da Hugo, che permette, e sia pure per un periodo 'determinato', un insegnamento dell'elemento dogmatico del diritto in una forma pura (definizioni e proposizioni giuridiche) senza la storia, si caratterizza allora come sanzionatorio di una giurisprudenza puramente « tecnica » (*handwerkmäßig*), meccanica, pratica e relega la conoscenza storica a campo d'azione di una scienza giuridica « von *unpraktischen* Dingen »: nessun metodo è più adatto « den Sinn für die historische Behandlung der Rechtswissenschaft zu tödten »⁽³⁰⁸⁾; anche questo difetto rimane quindi comune ai due metodi⁽³⁰⁹⁾.

⁽³⁰⁸⁾ *Ibid.*, pg. 9.

⁽³⁰⁹⁾ Hugo era perfettamente consapevole della controversia e delle possibilità di attacco che questa forniva alle sue posizioni anche da parte dei giuristi della Scuola Storica. Già nel 1815, nella prefazione alla quinta edizione delle sue 'Istituzioni del diritto romano attuale' (ora in *Id.*, *Beyträge*, cit., Bd. 2, pg. 304 ss.) prendeva atto della sussistenza di una grossa diversità di opinioni sul punto se si dovessero introdurre « rechtsgeschichtliche Angabe » nell'ambito del corso dedicato esclusivamente al diritto romano oppure no. La sua risposta è significativa anche perché, come è stato opportunamente rilevato, implica il tentativo del giurista di Gottinga di far fronte all'irrompere della impostazione « evolucionistica » volta a ridurre una dogmatica — proposta anche per un breve periodo separatamente dalla storia — a « dogmatismo » e, conseguentemente, a negarne la legittimità (cfr. M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 364): « L'autore rimane qui ancora sempre fedele al suo precedente metodo di tener rigorosamente separato tutto ciò che è storico (*alles geschichtliche... streng abzusondern*), e perciò anche il chiarimento dei *Beweisstelle* [i passi latini adottati a giustificazione delle teorie sostenute]; poiché però ora già da lungo tempo nella sua Enciclopedia, dunque nella prima lezione universitaria in assoluto, che è solito impartire, nella sezione riguardante le istituzioni di tutto il nostro diritto (in den Institutionen unseres *ganzen* Rechts) [quindi, si badi, non del solo diritto romano ma anche del germanico, canonico, eventualmente francese] egli tratta anche la storia delle dottrine, certo secondo periodi (*freilych nach Zeiträumen*), così la preoccupazione che i suoi ascoltatori, se nel caso presente [quello del diritto romano attuale] non possano ascoltare nessuna storia (*keine Geschichte*), e quindi per tutto un certo lasso di tempo si debbano accontentare della semplice dogmatica, *che viene chiamata*

Ci sembra questo un punto da sottolineare doverosamente, dal momento che la coppia opposizionale teoria-prassi⁽³¹⁰⁾ ed il conse-

anche, per aver dalla propria parte ancor più ragione, semplice dogmatismo, questa preoccupazione non è dunque molto rilevante» (G. HUGO, *loc. cit.*, pg. 307). Accanto quindi alla giustificazione nel suo ambito del concetto tradizionale di dogmatica, di cui si discorreva, alla negazione della sua necessaria colleganza con la storia, emerge da parte di Hugo anche il tener fede a quell'ideale enciclopedico del diritto che, già oscillante nel caso di un Thibaut (cfr. *supra* nota 292), cadrà sotto i colpi della Scuola Storica (nella quale ancora una volta la posizione di Puchta si rivelerà nella sua singolarità).

Più tardi Hugo cercherà di reagire alle accuse provenienti da parte della concezione «evoluzionistica» contro il metodo sincronistico, mostrando quanto questo metodo fosse coesistente alla sua comprensione della storia, con l'affermazione appunto che una tale critica proverebbe «gegen alle Geschichte» (G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian*, Berlin, 1826⁴⁰, pg. 37).

⁽³¹⁰⁾ Sul rapporto teoria-prassi nella letteratura giuridica del 19. secolo fornisce interessanti spunti di riflessione il saggio poco noto di R. DUBISCHAR, *Theorie und Praxis in der Rechtswissenschaft*, Freiburg-München, 1978. Per la fase di trapasso verso il nuovo secolo è da vedere adesso H. MOHNHAUPT, *La discussion sur «Theoria et praxis» aux XVIIème et XVIIIème siècles en Allemagne*, in *Confluences des droit savants et des pratiques juridiques. Actes du Colloque de Montpellier (12 au 14 décembre 1977)*, Milano, 1979, pgg. 277-296, spec. pg. 287 ss. È da ricordare che già il maestro di Hugo, Pütter (nella seconda edizione dell'*Encyclopädie*, cit., 1767, § 97, pg. 53) aveva prefigurato la possibilità di una teoria della prassi nella quale, tra l'altro, dovesse essere contenuta «auch eine Anleitung zu denen bey jedem Geschäftte zu gebrauchenden Cautelen, oder die so genannte *iurisprudentia cautelarum*..., sofern nicht das nöthige davon in der Theoretischen Rechtsgelehrsamkeit bey jeder Materie füglich angehänget werden kann». Una tale idea di una teoria della prassi si ritrova anche espressa da Hufeland, giurista apprezzato sia da Hugo che da Savigny, in un momento in cui si inizia a dubitare della fondatezza della distinzione tra scienze teoretiche e pratiche (cfr. sul punto J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der «praktischen Jurisprudenz»*, cit., pg. 70 ss.). Ma se Thibaut riteneva — riallacciandosi però in questo ad una fase superata dello sviluppo concettuale, che non teneva conto del passaggio da una concezione abituale (in senso aristotelico)-pratica della giurisprudenza ad un'idea di essa obiettivo-sistematica, non tenendo conto quindi proprio del suo stesso concetto di scienza giuridica come sistema di proposizioni sul diritto (cfr. *infra*, parte seconda) — se riteneva, dicevamo, il concetto di giurisprudenza pratica un pleonasma, perché le *juristische Hauptwissenschaften* sono di per sé

guente rimprovero alla Scuola Storica di porsi esclusivamente dalla parte della teoria — rimprovero che diventerà un topos obbligato della « scuola » filosofica; e basti solo pensare alla critica del sistema savignyano da parte di un Lorenz von Stein negli anni '40⁽³¹¹⁾ — si rivela quindi anch'esso storicamente condizionato.

Nel 1808 trattazione storica del diritto e giurisprudenza pratica si tendono solidalmente la mano⁽³¹²⁾: 'unpraktisch' è piut-

pratiche (A. F. J. THIBAUT, *Encyclopädie*, cit., pg. 103, nota), Hufeland, all'interno di quello stesso processo di negazione della validità della distinzione, è piuttosto incline a rovesciare il problema e ad affermare che il nome « praktische Rechtsgelahrtheit, in der That nicht der Sache angemessen; es gehört alles dies in die Theorie » (G. HUFELAND, *Rechtfertigung meiner Eintheilung der gesammten positiven deutschen Rechtsgelahrtheit*, in *Id.*, *Beyträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften*, 2. und 3. Stück, Jena, 1801, pg. 51). Una teoria della prassi infatti, in quanto contenga regole giuridiche, non appartiene alla *praktische Rechtswissenschaft*, ma bensì alla teoria del diritto, limitandosi la scienza giuridica pratica ad impartire prescrizioni tecniche (der Kunst und Geschicklichkeit), ma appunto non giuridiche: « Es ist daher... wohl ein Teoria des Praxis, aber keine praktische Rechtswissenschaft im strengen Sinne möglich » (*ibid.*, pg. 50). Hugo, dal canto suo, rimaneggiando in traduzione un altro passo leibniziano (cfr. *supra*, nota 205), voleva veder subentrare alla *Polemik*, riconosciuta dal filosofo lipsiense come quarta sezione dell'insegnamento giuridico, una parte pratica; tuttavia ciò mal si adattava al testo della citazione che avrebbe così visto accostata la dogmatica (pratica), un parte pratica, la storia e l'esegesi (cfr. G. HUGO, *Civilistisches Magazin*, Bd. 1, 1791, pg. 29, nota). Così Hugo, confermando anche per questa via il senso dell'operazione da lui intrapresa, intese migliorare la sua partizione eliminando il riferimento alla parte pratica « denn die Theorie von diesem gehört mit zum dogmatischen » (G. HUGO, *Civilistisches Magazin*, Bd. 3, 1814², pgg. 101-102; si tratta dell'articolo su Höpfner) e sostituendovi una parte filosofica (apologetica e politica), si veda M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 359.

⁽³¹¹⁾ Cfr. per ora R. DUBISCHAR, *Theorie und Praxis*, cit., pg. 105 ss.

⁽³¹²⁾ Si possono allora confrontare con le più celebri accuse a lui rivolte, e alle quali avrebbe fatto fronte 'solo' a partire dal 1840 nella prefazione al Sistema, queste parole di Savigny, che risalgono niente meno che al 1799; esse sono, non a caso, dirette anche esplicitamente contro Hugo e manifestano come il problema avesse già assai per tempo acquisito un importanza centrale nelle sue riflessioni: « Persino i migliori cultori della scienza — uomini come Hugo — si sono lasciati indurre, o per comodità o per egoismo, a darsi da fare per separare sempre di più la teoria dalla prassi, e a lasciar così che il contenuto di quest'ultima diventasse sempre

tosto la Rechtsgeschichte gottinghese che si rivela incapace di stabilire sino in fondo l'autonomia della scienza giuridica privatistica, un'autonomia che trova il suo riscontro oggettivo al livello delle tensioni della società civile di contro ai « pochi » che aspirano a conservare intatta la loro capacità di governo.

Con una formulazione che forse mostra di risentire un po' della sua stessa icasticità, ma non ci pare essere troppo lontana dal colpire nel segno, si potrebbe sostenere che il concepire sincronisticamente la storia giuridica e lo sviluppo del sistema rimandi — proprio per la affermata lacunosità del dato storico, non solo, come è ovvio, dal punto di vista puramente filologico, ma anche da quello del *riconoscimento* dell'irrimediabilità oggettiva di un reale

più spregevole e i suoi influssi sempre più dannosi, mentre invece entrambe dovrebbero concordare completamente secondo il contenuto » (lettera a Neurath, datata Marburg, 10. Febr. 1799, in A. STOLL, *Friedrich Karl von Savigny*, cit., Bd. 1, pg. 71). Si può osservare che Savigny, oltre a riconoscere la possibilità di una discordanza solo secondo la forma tra teoria e prassi, individua qui con chiarezza, seppure implicitamente, la peculiarità della posizione di Hugo secondo il quale tra scienza giuridica (teoria) e prassi non vige neppure « la completa concordanza secondo il contenuto ». Per ulteriori considerazioni sul rapporto savignyano con la prassi, che costituiscono inoltre un primo significativo passo in direzione di un giudizio meno unilaterale e dimostrano infondata la valutazione che Savigny non avrebbe preso atto della pratica giurisprudenziale cfr. H. MOHNHAUPT, *Richter und Rechtsprechung im Werk Savignys*, in *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, a cura di W. WILHELM, Frankfurt am Main, 1972, pgg. 243-264, spec. 258 ss. Lo stesso Thibaut, nel criticare la scelta teorica di Gönner a favore di codificazioni esclusivamente territoriali, poteva del resto osservare a proposito della qualità anche politica raggiunta dalla prassi dei tribunali tedeschi dei primi decenni dell'Ottocento, che essa « *im politischen stets noch despotischer und kleinlicher war, als die Theorie* » (A. F. J. THIBAUT, recensione a N. T. von GÖNNER, *Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unsrer Zeit*, Erlangen, 1815, in *Heidelbergische Jahrbücher*, cit., 8. Jg., 2. Hälfte, 1815, n. 40, pgg. 625-630). In ogni caso, la concezione savignyana — ci limitiamo qui per ora ad accennarla — si sottrae sul punto anche alle tentazioni, proprie dell'incipiente idealismo, e volte in direzione di una svalutazione globale della prassi rispetto alla teoria (cfr. M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 378). Per una ampia prospettiva, utile anche per il prosieguo del nostro discorso, si può rinviare a M. RIEDEL, *Theorie und Praxis im Denken Hegels. Interpretationen zu den Grundstellungen der neuzeitlichen Subjektivität*, Frankfurt am Main, Berlin, Wien, 1976², spec. p. 73 ss.

lacunoso, di una lacunosità colmabile solo soggettivamente (willkürlich) — all'arbitrio individuale⁽³¹³⁾ capace di intervento a frammentare, a ricostruire secondo criteri 'esteriori' ciò che invece all'altra Weltanschauung non può non apparire che come sviluppan-tesi « in einem ununterbrochenen Zusammenhange »⁽³¹⁴⁾; storia

⁽³¹³⁾ Cfr. F. A. SCHILLING, *Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte*, cit., pg. 6, che osservava inoltre: « È già di fatto una circostanza che dovrebbe suscitare delle riserve e dare a riflettere, se per tramite del metodo della rappresentazione storica di una scienza, ci si vede costretti ad accogliere un principio od un fondamento, del quale poi si deve ammettere da se stessi, *che esso di per sé nei particolari ci potrebbe trarre in inganno* » (sottolineatura dell'autore).

⁽³¹⁴⁾ *Ibid.*, pg. 13; Hugo aveva risposto in modo assai caustico alla metafora dell'ininterrotto svolgimento che avrebbe significato « bey Jeder Lehre sich mit 'nachher' zu behelfen, wobey man die Frage: zu welcher Zeit? gar nicht aufwirft » (Id., *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*¹⁰, cit., pg. 37 n. 12-1). Ancor più duro il giudizio espresso in occasione della recensione (1827) del lavoro di S. W. ZIMMERN, *Geschichte des Römischen Privatrechts bis Justinian*, 1. Bd., Heidelberg, 1826 (in *Beyträge*, cit., Bd. 2, pg. 696 ss.): « Già nel caso del Pentateuco mosaico all'autore non è venuto in mente di raccontare dapprima tutto ciò che aveva da dire di Dio, poi qualcosa che riguardasse gli uomini, e specialmente il popolo di Dio, *inoltre ancora i paesi, le città, i fiumi, i mari ed infine gli avvenimenti, i fatti* (die Begebenheiten), *come ad esempio la legislazione, le guerre, storie delle famiglie e simili* [una ulteriore conferma di una parentela evidentissima per Hugo della storia del diritto con la storia naturale o comunque con la storia come sistema di fatti], sempre uno dopo l'altro dalla creazione fino alla morte di Mosè ognuno preso singolarmente, e da una scelta qualsivoglia di tali storie singole ricavare poi la connessione del tutto ... La cosa appare al recensente, nel caso del diritto romano, trarre la sua origine del tutto pianamente perché (o per chi lo preferisce: dal fatto che) per la maggioranza delle persone che vogliono leggere od udire qualcosa della storia del diritto romano ciò è da farsi soltanto per ottenere qualche informazione storica su questa o quella dottrina », ed anche questo propriamente non « affatto per farsi un concetto chiaro della condizione del diritto romano in una qualche sua epoca », ma soltanto a causa di « una predilezione per l'immediatamente applicabile » (pg. 700 e 701). Laddove emerge chiaramente la lontananza di Hugo dalla metafora organicistica (fondamentali sul tema rimangono le osservazioni di H. BLUMENBERG, *Paradigmi per una metaforologia*, trad. it., Bologna, 1969 su cui è da vedere, anche per ulteriore bibliografia, P. COSTA, *Il Progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, 1974, pg. 293 ss.; e soprattutto, sotto il profilo squisitamente storiografico, di A. DEMANDT, *Methaphern für Geschichte. Sprachbilder und*

(sistema) teorica contro storia (sistema) pratica, forse ancora *Staatsgesellschaft* ⁽³¹⁵⁾ — però con tutti i suoi residui d'assolutismo e il-

Gleichnisse im historisch-politischen Denken, München, 1978, pg. 55 ss.), che poche pagine più avanti (pg. 705) così si esprime: « Die drey Begriffe sind Theile eines, wie man jetzt so oft sagt, organischen Ganzen... »; lontananza tanto più significativa ora che la metafora è storicamente disponibile e vincente. Resta soltanto da rilevare che simili metafore non debbono, come spesso si è ritenuto — si pensi solo allo jheringhiano « quanto più il concetto è confuso, tanto più è organica la cosa » (cit. in W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre*, cit., trad. it., pg. 93 nota 70) — essere semplicemente accentuate come orpelli mistificatori, senza prima aver accertato se ad esse non possa invece competere anche una funzione tecnica di ridescrizione del campo indagato o non rispondano all'esigenza di introdurre termini teorici anche senza definirli (cfr. R. BOYD, T. S. KUHN, *La metafora nella scienza*, Milano, 1983, spec. pgg. 37 ss.).

⁽³¹⁵⁾ Abbiamo già più sopra accennato alla connessione contestuale susistente nell'Enciclopedia reitemeriana e nei suoi scritti successivi; anche per l'opera di Hugo, dove pure il termine in quanto tale non emerge con quel rilievo (egli preferisce usare l'apparentato *Mitglied des Staats*), assistiamo ad un processo in certo modo speculare a quello che Schlözer aveva portato avanti per lo *StatsRecht*: per quest'ultimo la sede sistematica della società civile non poteva più essere rappresentata dalla Politica (lo « StatsRecht », appunto, secondo la terminologia dell'epoca; sul problema cfr. anche M. RIEDEL, voce *Gesellschaft, bürgerliche*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., Bd. 2, 1979², pg. 755) ma da una nuova disciplina, la 'Metapolitica', che trasformava il vecchio concetto di società civile nel nuovo *societas civilis sine imperio*, in una « unione di forze » che ormai acquistava già le valenze della filosofia morale e della scienza economica inglesi (cfr. *supra*, pg. 67 ss.), pur non avendo di mira la dissoluzione (una depoliticizzazione) del legame ovviamente esistente tra queste due discipline. Analoga funzione viene ad assumere per Hugo la nuova disciplina della 'filosofia del diritto positivo', che complica ed insieme chiarifica la tradizionale partizione *Staatsrecht*-diritto privato, offrendo da un lato la possibilità di una più evidente separazione-distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, e dall'altro non rinunciando mai definitivamente ad un loro ulteriore *Zusammenspiel*, anche a causa delle radici che il nuovo metodo palesava espressamente collocate proprio nella disciplina dello *Staatsrecht*. Che tutto questo corrispondesse ampiamente alla consapevolezza sociale di vasti strati della cultura contemporanea ce lo può segnalare ancora una volta Gottlieb Hufeland, a cui Schlözer espressamente si richiama come al primo presso il quale il suo concetto di metapolitica, prima ancora che fosse partecipato al pubblico in opere a stampa, aveva trovato accoglimento (cfr. A. L. SCHLÖZER, *Allgemeines StatsRecht*, cit., pg. 13 nota 9), e che nel 1790 (G. HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts*

luminismo — contro la moderna « bürgerliche Gesellschaft »⁽³¹⁶⁾.

und der damit verbundenen Wissenschaften, Jena, 1790, Nachdruck Glas-
hütten-Taunus, 1973, § 21, pg. 10 nota) fissava questo processo in forma
di assioma come « differenza della società civile dallo Stato » e lo fondava
concretizzandolo con il richiamo al fenomeno della privatizzazione della vita
civile opera della *Staatsgewalt* assolutistica. Su questo processo è sempre indi-
spensabile fare capo alle riflessioni di R. KOSELLEK, *Critica illuminista e
crisi della società borghese*, cit., spec. pg. 39 ss., 171 ss.

⁽³¹⁶⁾ Quello che saltuariamente viene osservato in sede di critica ideo-
logica del diritto con l'occhio rivolto principalmente alle croniche insuffi-
cienze del *nostro* 'ordinamento' giuridico, insufficienze tra le quali si deve
addurre la stessa « separazione tra lo Stato e la società civile », che sarebbe
da 'addebitare' alla lontana all'atteggiamento della Scuola Storica verso il
diritto (cfr. in questo senso P. BARCELONA, *Diritto privato e processo econo-
mico*, Napoli, 1973, pg. 22), può cioè essere riflettuto, in diversa prospettiva,
proprio in senso *tecnico*-giuridico. Basterà qui per adesso solo accennare al ri-
fiuto da parte della Scuola del concetto di consuetudine come fonte anch'essa
basata sull'assenso del legislatore. Questo rifiuto, comune com'è anche ad
autori tradizionalmente non ritenuti certo affetti da simpatie 'reazionarie'
o comunque inclini alle concezioni 'mistiche' della Scuola (del resto già
G. F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, Erster Theil, Erlangen, 1828,
Nachdruck Darmstadt, 1965, pg. 215, in un passo poco noto, ma significativo,
poteva osservare « ... dass unsere Rechtsquellen gleichen Schutz auch bey
Andern gefunden hat, welche eine sehr selbständigen Stellung in der
gegenwärtigen Jurisprudenz geniessen und von denen niemand behauptet
dass sie den Ansichten jener Gelehrten [Savigny o Hugo] einen übermässigen
Einfluss auf ihre Überzeugungen verstatten »), dovrebbe indurre a ridi-
mensionare la portata dell'interpretazione a senso unico del carattere « mi-
stico-irrazionale », esclusivamente conservatore od ancora a-tecnico della
stessa teoria del *Volksgeist*.

Di fatto, tuttavia, quell'alternativa che nel testo abbiamo, come ri-
sultato provvisorio, espresso nella forma *Staatsgesellschaft - bürgerliche Gesell-
schaft*, proponendola quindi — si noti — al livello di due diverse conce-
zioni della *società*, non può essere identificata *immediatamente* con la
formula della « separazione dello Stato dalla società ». È quest'ultima, come
più volte accennato, un'espressione che con diversificate sfumature è di-
venuta strumento interpretativo largamente corrente nella storiografia, so-
prattutto costituzionale, tedesca (cfr. ad es. H. EHMKE, « Staat » und
« Gesellschaft » als *Verfassungstheoretisches Problem*, in *Staatsverfassung
und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag*,
hrsg. von K. HESSE, S. REICKE, U. SCHEUNER, Tübingen, 1962, pg. 23-49;
E. W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen
der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des Staatsrechtlichen Positi-
vismus*, Berlin, 1958; G. DILCHER, *Die Auseinanderentwicklung von Staat*

Questo è anche il senso del tentativo di Thibaut di ricondurre quella storia giuridica sotto il comune denominatore del vecchio

und Gesellschaft im deutschen Vormärz 1815-1848, in *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Bd. 4, *Rechtsgeschichte*, hrsg. von G. DILCHER und H. HORN, München, 1978, pg. 67-82) che è spesso incline ad identificare nella dottrina hegeliana — e dei giuristi che a lui più o meno direttamente si richiamano — il culmine della presa di coscienza teorica e quindi di un tentativo conseguente di risoluzione di quel 'moderno' processo di separazione (si veda E. W. BÖCKENFÖRDE, *op. ult. cit.*, pg. 132 ss.), di contro magari all'indistinzione tra le due componenti che sarebbe largamente implicita nell'organicismo della Scuola Storica. Lasciando per adesso impregiudicata la questione rispetto ad Hegel (sul quale può rinviarsi sin d'ora per un primo sguardo d'insieme, oltre che alle succitate pagine di Böckenförde, ai due saggi di U. SCHEUNER, *Hegel und die deutsche Staatslehre des 19. und 20. Jahrhunderts*, in *Studium Berolinense. Aufsätze und Beiträge zu Problemen der Wissenschaft und zur Geschichte der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin*, hrsg. von H. LEUSSINK, E. NEUMANN, G. KOTOWSKI, Berlin, 1960, pgg. 129-151 e ID., *Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre*, in *Staatsverfassung und Kirchenordnung*, cit., pgg. 225-235), bisognerà tuttavia osservare che la tesi di una stretta separazione tra Stato e società — ed il corollario ad essa implicito della collocazione dei contendenti ora dal lato della società ora da quello dello Stato — appartiene agli *essentialia* della teoria giuridica del 19. secolo (anche a quella del *Rechtsstaat*) e non è idonea a fornire un quadro del tutto convincente della situazione; in questo senso si esprimeva già il pregevole, ma scarsamente valorizzato, intervento di I. MAUSS, *Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des Bürgerlichen Rechtsstaats*, in *Der bürgerliche Rechtsstaat*, hrsg. von M. TOHIDIPUR, Frankfurt am Main, 1978, Bd. 1, pg. 13-81, spec. pg. 34.

Infatti l'enucleazione del 'metodo giuridico' non può, e fin dai suoi inizi, essere interpretata come presa di posizione in favore della « Società contro lo Stato » — per usare la bella espressione di P. CLASTRES, *La Società contro lo Stato. Ricerche di antropologia politica*, trad. it., Milano, 1984 —, ma implica molto più una specifica valenza anche al livello di teoria costituzionale: è necessario infatti arrivare alla conclusione che senza l'analisi delle controversie giuridiche 'privatistiche' del 'Vormärz' non sia pienamente comprensibile neppure l'alternativa politico-costituzionale del 1848. Allora la contrapposizione a cui il metodo giuridico dà luogo può essere assai più precisamente descritta (accogliendo la proposta di G. HAVERKATE, *Gewissheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der Juristischen Methode*, Berlin, 1977, spec. pg. 91 ss.; si tratta, formalmente, di un lavoro di *Rechtstheorie* con il quale pertanto lo storico del diritto ha scarse occasioni di venire in contatto, ma che si

metodo: ciò che propriamente sembrerebbe costituire il merito

contradistingue per un forte impegno specificatamente storiografico; è merito di D. GRIMM, *Methode als Machtfaktor*, in *Europäische Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für H. Coing zum 70. Geburtstag*, hrsg. von N. HORN, K. LUIG, A. SÖLLNER, München, 1982, Bd. 1, pgg. 469-492, di averne segnalato l'importanza) come contrapposizione tra *Verfassungsstaat* e *Rechtsstaat* (metodo giuridico): istruttivo si rivela in questo contesto il rifiuto savignyano di richiamarsi per l'affermazione del principio dell'indipendenza del giudice a Montesquieu, il teorico dello Stato costituzionale e delle divisioni dei poteri.

Si tratta di un intervento di Savigny nell'ambito della sua attività nello *Staatsrat*; negli anni 1833-34 si discuteva appunto sul problema dell'indipendenza del giudice (cfr. in generale D. SIMON, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt, 1975, pgg. 1-20) e nei pareri di due membri del Consiglio segreto di giustizia, Voss e Sethe, il fondamento dell'autonomia, indipendenza e inamovibilità veniva ricercato in parte anche nei principi della dottrina montesquieviana. La risposta di Savigny sul merito di questo riferimento suona inequivoca: « Ich wünsche, dass weder von rationaler Staatswissenschaft, noch von philosophischer Begründung die Rede sein möge, sondern ganz einfach gesagt werde..., dass auch aus allgemeinen Gründen die Unabsetzbarkeit der Richter als redlich anerkannt werden muss » (riportato in H. SCHNEIDER, *Der Preussische Staatsrat 1817-1918*, (1952), pgg. 177-178, citato secondo H. MOHNHAUPT, *Richter und Rechtsprechung im Werk Savigny*, cit., pgg. 257-258).

L'individuazione del filone del metodo giuridico come portatore delle esigenze dello « Stato formale di diritto » di contro a quelle 'anche' materiali dello Stato costituzionale trova riscontro nel tendenziale privilegiamento della dimensione della *Justiz*, della tutela civilistica dei diritti, come « surrogato della stessa *Verfassung* » (così F. J. STAHL nella sua *Nachruf auf Puchta*, pubblicata come *Beilage zur Allgemeinen Zeitung* del 5 febbraio 1848 e ristampata in G. F. PUCHTA, *Kleine civilistische Schriften*, cit., pg. XI; su questo testo dovremo tornare). Non può essere allora frutto del caso, come rilevato opportunamente da G. MARINI, *L'opera di Gustav Hugo*, cit., pg. 63, che Hugo combattesse nel metodo cronologico proprio il tipo di storiografia giuridica realizzato dagli autori dell'*Usus modernus pandectarum*, e che a questo metodo andassero invece le simpatie dei « dogmatici » di varia estrazione.

Che infatti sia possibile riscontrare *in nuce* alcuni elementi del modello dello Stato di diritto già nel periodo del cosiddetto « Assolutismo », è acquisizione che già da tempo ha iniziato a farsi strada tra gli studiosi (e basterebbe indicare i lavori di H. CONRAD, *Rechtsstaatliche Bestrebungen in Absolutismus Preussens und Österreichs am Ende des 18. Jahrhundert*, Köln und Opladen, 1961 spec. pg. 39 ss. e G. KLEINHEYER, *Staat und Bürger im Recht. Die Vorträge des Carl Gottlieb Suarez vor dem preussischen*

maggiore del nuovo metodo, la partizione in periodi, « die Schei-

Kronprinzen (1791-92), Bonn, 1959, pg. 41 ss. e 143 ss.). Tuttavia, più che porre l'accento soltanto sulle valenze « illuministiche » di quel processo, ci pare doveroso, riprendendo — ben al di là della sua storicamente non del tutto esatta ricostruzione della *Fiscusidee* — una felice intuizione di Otto Mayer (nel saggio *Justiz und Verwaltung, Rede zum Antritt des Rectorats der Kaiser-Wilhelms-Universität Strassburg gehalten am 1. Mai 1902*, Strassburg, 1902 ora in O. MAYER, *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht*, hrsg. von E. V. HEYEN, Bd. 1, pg. 62 ss., su cui si può vedere M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, II (1983), pg. 600-659, 640 ss.), sottolineare il ruolo esercitato da una *Justiz* che proveniva storicamente dall'alto, dal *Reich*, da una tradizione storica che consentiva di pensare all'unità politica solo in termini di 'giustizia' civile. Una giustizia che si richiama a sua volta ad un diritto posto al di sopra dello stesso Stato e interpretabile principalmente da parte dei giuristi e dei giudici civili: « *Civilrecht und Civiljustiz werden dadurch zum wirksamen Schutz der Freiheit und des Eigentums und vermögen bis zu einem bedeutenden Grade das fehlende öffentliche Recht zu ersetzen* » (*ibid.*, pg. 74). Nella prospettiva della *Justiz* come anello di congiunzione e di tramite verso il primato del diritto civile e la prospettiva del *Rechtsstaat* nel 19° secolo si può far riferimento, oltre che alla breve indagine di H. HÜBNER, *Kodifikation und Entscheidungsfreiheit des Richters in der Geschichte des Privatrechts*, Königstein im Taunus, 1980, pg. 30 ss., principalmente a E. SCHMIDT, *Kammergericht und Rechtsstaat. Eine Erinnerungsschrift*, originariamente pubblicato a Berlino nel 1968 ed ora parzialmente riprodotto in O. BUSCH, W. NEUGEBAUER (Hrsg.), *Moderne Preussische Geschichte 1648-1947*, Berlin, 1981, Bd. 2, pg. 622-648; nonché al lavoro per più versi fondamentale di W. RÜFNER, *Verwaltungsrechtsschutz in Preussen von 1749 bis 1842*, cit., pg. 22 ss. (sul problema del diritto soggettivo e sulla natura del *Reich* tedesco come « in seinen letzten Jahrzehnten theoretisch ein fast vollendeter Justizstaat », *ibid.*, pg. 45). Da ultimo è ritornato ampiamente sul punto H. SCHRIMPF, *Herrschaft, Individualinteresse und Richtermacht im Übergang zur Bürgerlichen Gesellschaft. Studien zum Rechtsschutz gegenüber der Ausübung öffentlicher Gewalt in Preussen 1782-1821*, München, 1979, spec. pg. 375 ss. e 463 ss. La questione se il Sacro Romano Impero e le sue componenti siano da battezzare nel senso di W. JELLINEK (*Verwaltungsrecht*, 1931³, pg. 77 ss.) solo come « Justizstaat », oppure, e tuttavia ancor meglio, come « Rechtsstaat » (W. RÜFNER, *op. cit.*, pg. 44, sembra in ogni caso identificare i due termini) è sollevata anche da K. KROESCHELL, *Justizsachen und Polizeisachen*, cit., pg. 72. La continuità, comunque, si può rilevare non soltanto al livello dell'impostazione del problema ma anche sul punto dell'intonazione 'politica' di fondo, al di là delle specifiche differenziazioni tecniche: così lo stesso Schlözer, la cui grande rilevanza consiste ancora, nonostante le sue

« dung des Ganzen », è anche quell'elemento che « sie doch am Ende noch unter die alte Methode herabsetzen möchte »⁽³¹⁷⁾.

pesanti critiche, nella sua incondizionata approvazione al vecchio Reich (cfr. K. O. F. von ARETIN, *Heiliges Römisches Reich 1776-1806*, cit., Bd. 1, pg. 97, nota 432) poteva affermare, richiamandosi una volta di più ad Hufeland: « Politische Freiheit, ist Anteil des Bürger an der Herrschaft: sie kan oft da am grössten seyn, wo die bürgerliche Freiheit am geringsten ist (wie in den Schweizer-Demokratien) » (ID., *Allgemeines StaatsRecht*, cit., *Metapolitik*, § 7, pg. 37). Sono parole che segnano quasi il destino di tutto lo sviluppo successivo e che in buona parte possono essere chiamate a rendere ragione del privilegio della seconda libertà sulla prima, implicito nell'emergere della nuova « società civile » (cfr. I. CERVELLI, *Liberalismo e Conservatorismo in Prussia*, cit., pg. 26).

⁽³¹⁷⁾ A. F. J. THIBAUT, *Über das Studium*, cit., pg. 11. Tafinger, nel criticare fin dallo stesso 1808 — ci riferiamo al già citato volume *Die Rechtswissenschaft nach den Verhältnissen der neuesten Zeit* (pg. 75 ss.) —, il collegamento proposto da Thibaut tra storico e dogmatico dal punto di vista del metodo e della concezione sincronistica, aveva al contempo palesato del tutto espressamente, sebbene non con la chiara consapevolezza di esprimere una prospettiva destinata, almeno in campo giuridico, ad essere posta tra parentesi, la connessione di quel metodo con la visione settecentesca, ' enciclopedica ', della scienza. Una visione alla quale neppure la scienza giuridica poteva sottrarsi. Il dato ci appare tanto più significativo, in quanto abbiamo già avuto modo di sottolineare come in quello stesso torno di anni Thibaut proprio da quella concezione si venisse allontanando (cfr. *supra* nota 292). Il fondamento della critica a Thibaut deve infatti rinvenirsi, secondo Tafinger, innanzitutto nell'abbandono del metodo sincronistico, che implica non a caso la trascuranza della « *Geschichte der öffentlichen Verfassung* in ihren abwechselnden Stufen der Veränderung, welche auf die *Theorie des Privatrechts ihren herrschenden Einfluss um so mehr haben muss*, je unzweifelhafter die Tatsache ist, dass *erst bey weiterer Entwicklung des rechtlichen Zustandes unter einem Volke das Privatleben sich von dem öffentlichen, gleichsam zu einer eigenen Section der Rechtsverhältnisse absondert* » (*ibid.*, pgg. 77-78).

Se il compito della storia del diritto è rappresentato dalla « *Anschauung des grossen Ganzen unserer Rechtsverfassung*, wie es in seiner Individualität dasteht, wie es bald da bald dort Lücken erhalt, die der Zeitgeist durchbricht und durch andere *gesellschaftliche* Formen und Verhältnisse wieder ergänzt », è allora parimenti evidente che non ci si può lasciar trarre in inganno da nessuna « *Sucht nach Systemen* » (pg. 80).

Ciò che rappresenta un *continuum*, ciò che dà corpo ad una crescita organica, è molto più la storia dello Stato, della costituzione, che non il singolo istituto privatistico dogmaticamente considerato. Ma la storia re-

E non senza fondamento: ogni istituto ha una sua vita propria, ha i suoi periodi di sviluppo che non corrispondono ai periodi peculiari ad altri istituti. Un istituto può avere molti periodi e un altro pochi: laddove un istituto è completamente formato, un altro comincia appena a crescere.

L'osservazione, in sé forse inoppugnabile⁽³¹⁸⁾, è però com-

clama anche una sua dimensione futura, e questa dimensione non le può essere assegnata che dalla filosofia: « Wir wollen wissen, wie es bis auf diesen Tag mit uns war und wurde, und wollen es am Ende denn doch versuchen, die *Geschichte umzudrehen*, wie einige neuere Philosophen sich freylich affectiert genug ausdrücken, *um eine Wissenschaft der Gesetzgebung auszubilden*, welche die Zukunft in sich fasse, und die Verhältnisse des *gesellschaftlichen* Zustandes und seiner fortschreitenden Entwicklung gesetzliche Bedingungen zeitgemäss zu unterwerfen verstehe. Hier ist es, wo Philosophie und Geschichte sich unmittelbar berühren, *nicht um sich als Erkenntnisarten zu vermischen*, sondern um vereint, jede von ihren Standpunct aus zusammenzuwirken.

Die Geschichte wird den Zustand erkennen, *wie er ist, und wie er das geworden ist. Die Philosophie wird die Idee aufstellen, welche unter Zeitbedingungen fortschreitend zur Wirklichkeit gelangen soll* » (pg. 81).

Se quindi Tafinger accentua nettamente l'originario carattere 'pubblicistico' del metodo sincronistico (cfr. anche pgg. 84-85), egli scorge anche acutamente quale può essere la sede naturale nella quale simili prospettive trovano la loro realizzazione: « Es giebt einen *Standpunct in der Rechtswissenschaft*, wo sie [die Philosophie als Vernunftkenntnis a priori] in diese nächste Berührung mit der Rechtsgeschichte oder mit der Geschichte des positiven Rechts tritt: *dieser Standpunct, in welchem die Rechtswissenschaft selbst erst als solche sich constituirt*, ist der einer richtig aufgefassten *juristischen Encyclopädie* » (pg. 86).

⁽³¹⁸⁾ Si vedano, ad esempio, le considerazioni di P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Milano, 1923³, vol. I, pgg. 5-6 che notava come il carattere « organico » dello sviluppo giuridico si smarrisce nei singoli istituti o in vaste parti del diritto nelle quali l'evoluzione si rivelerebbe arretrata nello sviluppo o percorrerebbe i tempi in confronto di altri istituti od altre parti, proprio a causa, in definitiva, del carattere *convenzionale* delle stazioni fissate. Tuttavia è da dire che egli scorgeva chiaramente, pur criticandolo come difetto, l'elemento peculiare del metodo cronologico, nel quale l'assunzione dei criteri della sistematica moderna faceva spesso correre il rischio di trasportare nel passato le idee del presente circa l'essenza e la finalità degli istituti giuridici. Questa peculiarità è però sicuramente comprensibile, come avremo meglio occasione di mostrare, anche in relazione alle caratteristiche nuove che il concetto di sistema viene ad assumere in questo determinato momento storico.

prensibile solo se la si intenda rivolta contro la scelta di un criterio « esterno » all'istituto, al diritto privato, per la determinazione del suo « periodo »: il primato — che ancora residuava nella concezione di Hugo — della « storia dello Stato », della « *Geschichte der Staatsverfassung* » deve essere messo da parte.

Il principio di partizione di quest'ultima non può più essere significativamente esteso a tutte le altre dottrine — laddove la storia dello Stato, della *Verfassung* viene ridotta a « dottrina », tra le altre perdendo quel carattere tipico di analisi di tutte le condizioni anche extra-giuridiche, materiali, che determinano lo sviluppo del diritto —; una tale estensione si rivelerebbe « *widernatürlich* »⁽³¹⁹⁾, comprimendo il diritto privato entro schemi non suoi. La periodizzazione stessa, la segmentazione è infatti particolarmente pericolosa nell'analisi storica. Il metodo sincronistico può avere un suo valore soltanto quando più oggetti si trovano in un completo rapporto di reciproco condizionamento ed il « periodo » dell'uno determina al contempo la condizione (*Standpunkt*) dell'altro: ma questo accade soltanto « *in der Geschichte des neueren Europa* »⁽³²⁰⁾.

La storia del diritto invece ci fornisce pochissimi esempi di tali « *Wechselwirkungen* », per lo più inapprezzabili e non concretamente dimostrabili.

⁽³¹⁹⁾ A. F. J. THIBAUT, *Über das Studium*, cit., pg. 11: « Nimmt man hier nun die, für eine Ansicht, z. B. *die Geschichte der Staatsverfassung*, passende Scheidung zugleich als Scheidung für alle andern Lehren an, so müssen diese überall geradezu zerhauen, und höchst *widernatürlich* zerstückelt werden. Diese Zerstückelung ist aber in der Geschichte besonders gefährlich ».

⁽³²⁰⁾ *Ibid.*, pg. 12; in questo senso Thibaut, oltre a rispingere la storia degli istituti entro il confine del tempo non moderno e a limitarla all'evoluzione fino a Giustiniano — non si dimentichi invece, e sul punto ritorneremo a proposito della critica gansiana alla Storia del diritto romano nel Medioevo del Savigny, che il titolo originario (e l'effettiva realizzazione) della prima storia (1790) di Hugo suonava « *Lehrbuch der Rechtsgeschichte bis auf unsere Zeiten* », con l'apparentemente paradossale risultato che coloro che volevano tener agganciata la storia al suo effettivo uso presente, al sistema attuale, fino a quel presente le impedivano di giungere —, Thibaut, dicevamo, implicitamente finiva per riconoscere che il metodo sincronistico dettato da Hugo rispondeva invece, più che alla 'natura' dell'epoca romana, a quelle del tempo storico della « moderna Europa ».

La storia del diritto viene così — proprio nel rifiuto del punto di vista ‘ esterno ’ delle periodizzazioni — consegnata ad una condizione di privilegio e separatezza rispetto alla storia generale dell’epoca moderna. La storia del diritto non ha più bisogno di misurarsi sul parametro di quest’ultima: anche in presenza del presupposto di una influenza reciproca dimostrabile e di una completa eguaglianza dei periodi di tutti gli istituti, il metodo sincronistico non sarebbe in ogni caso consigliabile per la scienza giuridica, poiché non si può correre il rischio « das Zusammengehörige zu zerreißen ».

La storia del diritto in senso stretto non può estendersi al « moderno » che è governato da un diverso principio, se non appunto sotto forma di Dogmengeschichte, di storia cronologica degli istituti *contestuale* all’illustrazione del loro attuale *status*; una storia per Hugo addirittura quasi improponibile ⁽³²¹⁾.

⁽³²¹⁾ Si confronti il seguente passo tratto dalla seconda edizione della *Encyclopädie* (1799, § 16, pg. 15); nel quale, oltre alla distinzione tra storia esterna e storia interna così come già ci è ben conosciuta, si sostiene che *tertium non datur*: « Eine von der Geschichte des Studiums und von der Geschichte der Lehren selbst, noch verschiedene Dogmen-Geschichte gibt es wohl nicht ». Si potrà infatti certo ricordare che dopo la prima edizione della *Rechtsgeschichte*, che non a caso era andata incontro ad un giudizio più riservato dello stesso Savigny (nella citata recensione, in *Vermischte Schriften*, Bd. 5, cit., pg. 3: « Schon die erste Ausgabe (1790) hatte alle diese Vorzüge, aber grossentheils unentwickelt, und es gehörte nicht wenig Sinn und Kenntniss dazu, um den ganzen Werth des Buchs schon damals zu erkennen »; parzialmente inesatto pertanto H. WEBER, *Gustav Hugo*, cit., pg. 47, che non coglie al di là dei positivi giudizi anche le significative ‘ pause di riflessione ’ del discorso savignyano). Hugo separerà la storia fino a Giustiniano da quella da Giustiniano ai nostri giorni: quest’ultima costituirà d’ora in poi la « Zivillistische Literaturgeschichte » (o appunto *Geschichte des römischen Rechts seit Justinian*) e apparirà in rapporto ai ritmi dell’intrapresa generale abbastanza tardi, nel 1812. In questa prospettiva, oltre ad un aggiustamento del programma interno di Hugo — già nell’ambito della prima edizione, la seconda parte, la « Geschichte im heutigem Europa », era prevalentemente una *Gelehrten-geschichte* (ma non esclusivamente; in questo senso è di nuovo troppo sommario H. WEBER, *op. cit.*, pg. 45) —, assistiamo ad un certo apparentamento con la successiva storia savignyana sotto l’egida della ‘ storia letteraria ’; una storia di cui abbiamo però accennato anche la valenza di segnale del mutamento sociale (cfr. *supra*, pg. 229), cercando così di sottrarla in qualche misura ad un verdetto troppo svalu-

Si fa luce in modo sempre più chiaro il carattere individualizzante di un simile approccio storiografico: la storia del diritto sincronistica, sistematica, laddove si sia in presenza di una lacunosità delle fonti, oppure di una loro scarsità⁽³²²⁾, è costretta o a prenderne semplicemente atto o a riempirla mediante accenni a ciò che si svilupperà in futuro; in ultima analisi a dover fissare « das Unbestimmte willkürlich ..., in Perioden eintragen, was keine Periode hat »⁽³²³⁾.

A dover operare cioè con metodi « generalizzanti », ipotetici, incuranti delle falsificazioni che nei dettagli potessero verificarsi⁽³²⁴⁾: « poiché il metodo sincronistico presuppone necessaria-

tativo su quel piano. E tuttavia anche qui non possono essere disconosciute le differenze. Come ancora nel 1906 poteva osservare Ernst von Moeller (*Die Trennung der deutschen und der römischen Rechtsgeschichte*, cit., pg. 8), la descrizione di Hugo « dello sviluppo più tardo è l'unica completa, che noi possediamo: anche se oggi non è più in alcun modo sufficiente »; d'altro canto, è da osservare che né l'epoca del diritto naturale (Thomasius) né quella dell'*Usus Modernus* sono da Hugo trascurate. L'analisi non si limita poi esclusivamente agli autori italiani, francesi, olandesi o tedeschi, ma si amplia sino ad includere spagnoli, inglesi e scozzesi. Di più; non è soltanto il diritto privato l'oggetto della trattazione, ma troviamo inoltre presi in considerazione lo *Staatsrecht*, il diritto naturale ed altri campi del sapere giuridico: in conformità all'ideale scientifico che più volte abbiamo cercato di tratteggiare, lo sguardo si apre poi ad abbracciare anche altre scienze, dalla teologia alla geografia alla filosofia (cfr. H. WEBER, *op. cit.*, pg. 48). Ma soprattutto è il rapporto con la dogmatica che separa le due storie letterarie. La posizione di Hugo ci è nota; l'atteggiamento savignyano nella *Storia* è certamente complesso e non mancherà di suscitare, com'è noto, le critiche, anche pesanti, dei sostenitori della *Dogmengeschichte*: tuttavia basterà per ora ricordare che lo stesso ROSSHIRT (*Von einer neu zu begründen Wissenschaft der Dogmengeschichte*, cit., pg. 43) aveva colto un momento essenziale di quell'impostazione nel riconoscimento che la storia letteraria doveva venir a costituire il punto di riferimento privilegiato della stessa storia dei dogmi.

⁽³²²⁾ F. C. von SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, Bd. 5, loc. cit., pg. 6.

⁽³²³⁾ A. J. F. THIBAUT, *Über das Studium*, cit., pg. 12-13.

⁽³²⁴⁾ *Ibid.*, pg. 13; a chiara testimonianza del diverso 'senso storico' cui le due posizioni si richiamano, Thibaut soggiunge: « ... und am Ende sich zu so mannigfaltigen kleinen Verfälschungen verstehen, dass die Wahrheit überall in Gefahr ist, vedunkelt zu werden. Wer nach seinem System gezwungen ist, stets zu reden, dem wird das Schweigen, wo er nichts weiss, unter allen Pflichten die schwerste seyn ».

mente una certa simmetria nello sviluppo del sistema giuridico: laddove allora la storia stessa, oppure, in ogni caso, almeno la nostra conoscenza della storia non corrisponde a questo presupposto, là è inevitabile, o essere costretti ad abbandonare ciò che costituisce il peculiare vantaggio del metodo, ammettendo essenziali lacune, e lasciare insoddisfatto il lettore attraverso una non raggiunta completezza (durch nicht erreichte Völlständigkeit), oppure colmare quelle lacune mediante ripetizioni, anticipazioni o addirittura per mezzo di semplici ipotesi (oder gar durch blosse Hypothesen).

Non così nel caso del metodo cronologico, che non riposa su nessuno di tali arbitrari (willkürliche) presupposti, ed è dunque del tutto adeguato a *conformarsi* completamente alla storia, *come essa è*, e come noi la conosciamo (sich völlig an die Geschichte wie sie ist, und wie sie kennen, anzuschliessen) senza, come quello, suscitare una pretesa, che non potrebbe poi essere appagata » ⁽³²⁵⁾.

⁽³²⁵⁾ F. C. von SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, cit., Bd. 5, pg. 6. Alla pagina precedente, pur affermando che il problema non fosse quello della completa eliminazione di un metodo o dell'altro, ma soltanto di sollevare la questione « welche von beiden *vorherrschten*, d. h., welche zur *eigentlichen* Mittheilung der historischen Thatsachen erwählt werden soll », così poteva proseguire: « Jener Vorzug aber gebührt nach unserer Überzeugung der *chronologischen* Methode ». Cfr. anche per una analoga impostazione ID., *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Bd. 4, Heidelberg, 1826, pgg. X-XI.

In queste prese di posizione si deve allora scorgere, in relazione al loro stesso contesto, perlomeno un significativo mutamento d'accento, o meglio una diversa messa a fuoco, rispetto a quanto da lui stesso precedentemente espresso (F. C. von SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre. Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm*, hrsg. von G. WESENBERG, Stuttgart, 1951, pg. 17): « Der gewöhnliche Begriff der Rechtsgeschichte ist aber zu beschränkt, man bearbeite darunter einen Teil der Staatsgeschichte, erzählte bloss die vorgenommenen Veränderung (äussere Rechtsgeschichte). Die ist zwar nützlich, aber nicht genug. Man muss sich das System als stets fortschreitend denken und alles damit in Verbindung setzen (innere Rechtsgeschichte), nicht bloss einzelne Rechtsfragen bearbeiten » (cfr. A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica*, cit., pg. 78). Se infatti queste ultime parole possono richiamare la concezione di Hugo, il « sistema sempre progrediente » era proprio ciò che là in ultima analisi veniva messo in pericolo nella sua autonomia, talché più di sistemi discontinui tra loro doveva essere discorso. Ci sembra semplificare troppo la problematica M. LOSANO, *Sistema e strut-*

La soluzione deve allora ricercarsi nella finalità di conoscenza del diritto « giustiniano » che compete anche allo studio storico del diritto romano.

Poiché, come detto, le istituzioni che servono appunto a chiarire in prima istanza la complessità del « grösseren System (Pandekten) », sono a loro volta incomprensibili se non vi vengono premesse trattazioni storiografiche di ogni dottrina giuridica, « allo stesso modo che queste spesso non sono comprensibili senza concetti dogmatici », si tratta allora di « *collegare l'elemento dogmatico con quello storico* »⁽³²⁶⁾, al contrario dell'uso tradizionale — sul punto confermato da Hugo — che partiva dall'abitudine « Das Dogmatischen von den Historischen ganz zu scheiden »⁽³²⁷⁾.

La procedura da seguire è quella di rappresentare « sistematicamente » — cioè, in questo contesto, secondo il sistema attualmente vigente — i singoli istituti giuridici giustinianeî, di sviluppare dapprima i loro concetti e addurre poi istituto per istituto la storia stessa: « Hiemit sind denn zugleich die Institutionen von selbst gegeben, sowohl da, wo sich historisch nichts Gewisses sagen lässt, als auch da, wo die Geschichte einer Lehre *von ihrem*

tura, cit., pg. 216 nell'affermazione che le opere capitali di Savigny dicano « abbastanza poco dal punto di vista sistematico » — la sua aspirazione alla costruzione di un sistema (« esterno ») della scienza giuridica non si differenzierebbe in nulla, se non nella scelta del sottoinsieme di assiomi su cui deve fondarsi la costruzione, dal modello giusnaturalistico — e nel sostenere che il diritto romano attuale venga formulato nell'opera del '40 in maniera meramente sincronistica, in modo quindi che sistema stia qui solo a rappresentare il contrario di storia. Per Losano è poi da considerare un fatto ovvio che egli esponga diacronicamente il diritto non più vigente nella storia del diritto romano nel medioevo « attenendosi al consiglio formulato già da Johann Stephan Pütter » (*ibid.*), senza riflettere sul fatto che troviamo Pütter in qualche misura anche all'origine del metodo reitemeriano e che la esposizione del 'diritto non vigente' assumeva ben altro carattere nei lavori di Hugo: la proposta savignyana era quindi quella di un *ritorno* alla cronologia, ed assumeva pertanto valenze ben precise. Per tacere dell'ulteriore considerazione che, sia per la concezione della storia, sia per la costruzione del sistema, non può essere assunto come equivalente l'atteggiamento sul problema del rapporto tra diacronia e sincronia (cfr. N. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 362 nota 79).

⁽³²⁶⁾ A. F. J. THIBAUT, *Über das Studium*, cit., pg. 13 e 15.

⁽³²⁷⁾ *Ibid.*, pg. 15.

Anfänge an, bis in die Justinianeische Legislation entwickelt ist »⁽³²⁸⁾.

Lo studio quindi, benché la dogmatica conservi il suo valore orientativo, deve cominciare con l'elemento storico legato in stretta connessione a quello istituzionale⁽³²⁹⁾: l'autonomia della storia giuridica affermata da Hugo si ritorce lentamente, certamente contro l'isolato predominio della dogmatica (isolierter Dogmatismus)⁽³³⁰⁾, ma anche contro se stessa. Se la storia giuridica deve dominare la dogmatica, deve essere a quest'ultima riunita, o con quest'ultima identificata⁽³³¹⁾.

⁽³²⁸⁾ *Ibid.*, pg. 13.

⁽³²⁹⁾ *Ibid.*, pg. 15; non del tutto esatto sul punto ci pare M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 363-364, che non cita il passo in questione sulla riforma, conseguente alla proposta di Thibaut, dello stesso corso degli studi: « Durch sie geschieht eine Vereinfachung des Vortrags... Was vorher in den drei weitläufigen Collegien über *Rechtsgeschichte*, Antiquitäten und Institutionen gelehrt wurde, kann hier wenigstens in der Hälfte der Zeit vorgetragen werden. Alle *Circle* werden ferner bei dieser Methode vermieden. Der Lehrer hat es ganz in seiner Hand, das dogmatischen mit dem Historischen, nach den Bedürfnisse des Zuhöres, fein zu verweben, und jede Materie auf ihren richtigen Standpunkt zu versetzen. Und welcher unendliche Vortheil dass auf diese Art die akademische Laufbahn mit dem Historischen beginnen kann » (interessanti pure le considerazioni successive sul vantaggio, facendo iniziare lo studio dell'elemento storico, di poter raccogliere e far proseguire, anche al di là dei problemi pratici, quell'atteggiamento di « mitgebrachte Liebe zum Alterthum » proprio dello studente ancora negli anni « der juristischen Unschuld »). È evidente che Hugo, dal momento che la storia del diritto costituiva, anche sotto il profilo della difficoltà, l'apice 'scientifico', assieme alla filosofia, dell'educazione giuridica, fosse invece favorevole a mantenere le Istituzioni assai più separate da una commistione dei due elementi (cfr. G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*¹¹, cit., pg. 4 e 36-37). Il collegamento si opera infatti per Hugo nell'*Encyclopedie*, che comprende anche le istituzioni di tutto il diritto positivo tedesco, e non nelle lezioni dedicate specificatamente al diritto romano attuale. In ogni caso non ci sembra di poter affermare *sic et simpliciter* con M. LOSANO, *Sistema e struttura*, cit., pg. 226, che nello schema adottato da Hugo il corso delle Istituzioni sia chiamato a rappresentare l'esposizione storica di contro a quella sistematica delle Pandette.

⁽³³⁰⁾ *Ibid.*, pg. 16.

⁽³³¹⁾ F. C. von SAVIGNY, *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, hrsg. von F. C. von SAVIGNY, C. F. EICHORN, J. F. L. GÖSCHEN, Bd. 1, Berlin, 1815, pg. 14 ss.

Condizione di questa evoluzione è però l'accettazione del presupposto che il processo storico-giuridico contenga in se stesso il principio del suo sviluppo. La trattazione sincronistica della storia giuridica interna, collocando il sistema come esso appare al termine del suo sviluppo, non è capace di rappresentarlo proprio « nach seiner im Verlaufe derselben allmählig fortschreitenden Entwicklung »⁽³³²⁾, costringendo Hugo ad ammettere come canone interpretativo appunto la negazione stessa dello sviluppo progressivo, lento e graduale (allmählig), che specialmente nel diritto romano, formatosi principalmente in modo consuetudinario, non fa intravedere né un preciso punto di partenza, né tanto meno stadi chiaramente, 'razionalisticamente' identificabili⁽³³³⁾; lo costringe cioè spesso a collocare una dottrina per la prima volta in un determinato « Zeitraum », perché questa dottrina si trova là appunto per la prima volta menzionata o situata esplicitamente da qualche giurista: « ... und so erfahren wir durch Gaius, dass Manches doch erst tief in der folgenden Zeit sich geändert hat, wovon mans sonst glauben möchte, es sey schon Viel früher so gewesen, als es nachher vorkommt »⁽³³⁴⁾.

⁽³³²⁾ F. A. SCHILLING, *Bemerkungen*, cit., pg. 11.

⁽³³³⁾ *Ibid.*, pg. 4.

⁽³³⁴⁾ G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*¹⁰, cit., pg. 433. Il contesto è certamente più complesso di quanto potessimo accennare nel corso dell'esposizione e si segnala per lo sforzo che Hugo vi profonde per rafforzare i punti più delicati delle sue argomentazioni; merita quindi d'esser citato per intero, con l'avvertenza che esso riguarda il rapporto del secondo periodo da lui postulato (dalle 12 tavole fino al 650 dopo la fondazione di Roma) con il seguente (dal 650 fino ad Alessandro Severo) in relazione alla storia giuridica 'interna': « Da wir auch diejenigen Rechts-Sätze, welche schon zu Ende dieses ZeitRaums galten, meist nur durch Nachrichten aus dem Folgenden kennen, so lässt sich freylich nicht immer genau bestimmen, was jetzt schon galt und was erst nachher aufkam, so unabweislich diese Frage auch für jeden ist, der sich mit der Geschichte beschäftigen und nicht blos sagen will, in dieser Lehre kommt irgend ein Mahl Etwas vor, was nicht schon in das s. g. PandectenCollegium gehört. Jeder allgemeine GrundSatz über das Verhältniss beyder ZeitRäume kann im Einzelnen trügen; um doch aber Einer zu haben, wenigsten ob man schon in dienem ZeitRaum davon sprechen soll., nehmen wir an, alles Das, wovon uns nicht gesagt wird, dass es erst in dem folgenden Zeitraum entstanden sey, habe zwar noch nicht in seiner feinern Ausbildung, aber

Ci troviamo cioè di fronte, se vogliamo, ad un risultato dai

doch der Hauptsache nach, jetzt schon Statt gefunden, und diess beruht darauf dass wir von den in dem folgenden ZeitRaume vorgefallenen Veränderungen weit eher einige Nachricht erwarten können, als von Denen in dem Gegenwärtigen. Je mehr wir noch Nachrichten aus den dritten ZeitRaume bekommen, desto öfter muss freylich diese Vermuthung ihnen weichen, und so erfahren wir durch Gaius... » (*ibid.*, pg. 431-433). Ci accorgiamo però subito che anche laddove, mediante la distinzione tra *Hauptsache* e « formazione più raffinata » di una dottrina — distinzione, del resto, i cui confini restavano difficili da determinare, se non di nuovo attraverso un intervento « arbitrario » — egli sembra venire incontro ai suoi critici, si manifesta ancora una volta tutta la distanza che lo separa da un'identificazione dell'istituto secondo un criterio *interno*: uno svolgimento continuo non solo non è pensabile, ma è assente soprattutto l'autonomia del concetto di istituto dalla *Lehrgebäude* in cui esso è incasellato. Sono le notizie 'esterne' degli scrittori che ne determinano, e completamente, la storia. Il carattere convenzionalistico, accentuato dalla scelta di un punto di vista in definitiva esterno, non-dogmatico (per quanto il termine possa apparire singolare per una storia così intessuta anche di problemi tecnici e testuali; si ricordino però in questo senso già gli accenni di F. v. HIPPEL, *Gustav Hugos juristischer Arbeitsplan*, cit., pg. VI, sul nocciolo della concezione di Hugo di una « Rechtsgeschichte als Sozialwissenschaft ») risalta assai chiaramente nel momento in cui il giurista gottinghese va addirittura al di là del criterio da lui fissato e considera probante contro la sua 'Vermuthung' non già una crescente quantità di notizie, che non si limitassero però semplicemente a 'menzionare' per la prima volta l'istituto in un 'periodo', ma tendessero invece « espressamente » a situare il mutamento di quella dottrina in un determinato momento (sul tipo di quelle fornite da Gaio): il criterio sufficiente può essere infatti ancor più ristretto e 'formale' (dal punto di vista dell'ideologia dell'istituto, s'intende) o addirittura rovesciarsi. Così, ad esempio, — è chiaro che qui ci asteniamo, poiché non è questo il punto che ci preme più da vicino, da ogni pretesa a decidere sulla fondatezza sostanziale di queste critiche se viste nell'ottica dei risultati acquisiti dalla odierna romanistica — Hugo rammentava (pg. 864-865) per la prima volta nel terzo periodo, all'interno della dottrina dei contratti, la distinzione tra una *conditio sub qua contrahitur* ed una *conditio sub qua resolvitur obligatio* e la stipulazione per la restituzione della dote, senza potersi tuttavia appoggiare al fatto che i giuristi romani espressamente affermassero che quelle distinzioni o quel particolare tipo di *stipulatio* proprio allora fossero insorte. Il criterio si risolveva così nella semplice presa d'atto che quelle dottrine erano state 'esposte' per la prima volta nel terzo *Zeitraum* e perciò in quel periodo dovevano anche essersi formate, senza curarsi per esempio del fatto che già in tempi precedenti fosse possibile

risvolti paradossali: Hugo, da una parte, che rifiuta — in una com-

accertare l'esistenza di stipulazioni volte a confermare o a meglio determinare obbligazioni derivanti da altri fondamenti.

Al contrario, dottrine delle quali i maggiori particolari venivano forniti proprio da autori di questo terzo periodo potevano trovarsi collocate non già soltanto « *der Hauptsache nach* », ma anche nella loro configurazione più evoluta nel secondo periodo (pgg. 528-556) e, come nel caso della *bonorum possessio*, il sistema di esse veniva in questo precedente periodo considerato persino a tutti gli effetti completo, tanto da rendere superflua una successiva ripresa della sua trattazione (cfr. F. A. SCHILLING, *Bemerkungen*, cit., pg. 7 e 181 ss.; si vedano anche le considerazioni di F. C. von SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, cit., Bd. 5, pg. 26-9); analogamente procedeva Hugo (pg. 209 s.s.) nel caso della famosa regola *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, laddove, riferendosi come sempre lo sguardo sul sistema al momento finale di ogni periodo, egli riteneva di scorgersela già completamente affermata nella situazione giuridica dell'epoca delle XII tavole; mentre, e lo aveva già notato C. G. HAUBOLD, recensione alla prima edizione della *Rechtsgeschichte*, in *Allgemeine Literatur Zeitung* (1794), Bd. 3, col. 520, ancora all'epoca di Cicerone (de Invent. 2. 21) questa regola risultava invece controversa.

Naturalmente non si vuole sostenere che l'atteggiamento espresso da Savigny nella ricordata recensione possa essere ritenuto prevalentemente negativo, ch e anzi non   difficile cogliervi espressioni della pi  incondizionata adesione — basti pensare all'elogio della ricostruzione dell'editto di Adriano che cos  si conclude: « Diese Ansicht ist von den gr ssen Wichtigkeit, vorzüglich für die Ehre unseres Römischen Rechts, Denn das Römische Recht, was wir kennen und brauchen liegt in den Pandekten; das Uebrige sind doch nur einzelne Zusätze und Corruptionen. Die Pandekten aber sind grösstentheils Edict oder Auslegung des Edicts. So ist durch jene Untersuchung der Kern unseres Römischen Rechts der grossen, ehrwürdigen Zeit der freien Republik vindicirt » (pg. 31). Resterebbe per  da stabilire quanto di questo giudizio corrisponda in realtà alle intenzioni di Hugo, il quale, sia nella concezione della storia che nella visione del sorgere e svilupparsi del diritto, rimane ancora del tutto illuminista. Si pu  anche ricordare che, se il « vertice » dell'esperienza giuridica romana deve certamente essere spostato dall'epoca di Giustiniano a quella medio-classica (cfr. W. KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einleitung*, trad. it., Napoli, 1973, pg. 154 ss.), esso viene per  riferito espressamente al periodo della dominazione aureliana con motivazioni assai esplicite: « ... aber keiner hat, so viel ich weiss, bemerkt, dass für das Studium des Römischen Rechts gerade ein Zeitpunkt der allerwichtigste sey, und dass dieser Zeitpunkt, der nicht eine blosse Übersicht, sondern eine genaue Kenntniss, auch des Details vom ganzen Systeme, am meisten verdiene, weder vor AUGUST, noch unter JUSTINIAN, sondern in die Regierung MARC AURELS gesetzt werden müsse...

prensione storiografica denunciante il suo retroterra, la sua 'Her-

Hoffentlich wird die Schilderung, welche GIBBON, in den ersten Capiteln seines Werkes, von dem Zustande des Römischen Reichs seit NERVA bis auf COMMODUS macht, dazu beytragen, *uns diese Geringschätzung des Zeitraums abzugewöhnen*, worin, nach dem Urtheile dieses gewiss auch nicht sklavischen Schriftstellers, das Menschengeschlecht, in einem höhern Grade und anhaltender *als sonst je*, das Glück einer sanften und *nur das Wohl der Bürger suchenden Regierung*, genoss. Aber wenn wir auch, *nach einem unglücklichen aber allgemeinen und sehr erklärbaren Hange*, fortfahren, in jeder andern Rücksicht mehr Antheil an den Welt-Eroberern, als an den Weltbeglückern zu nehmen, und *die, alle Kräfte und alle Leidenschaften weckenden Stürme der Democratie für ein interessanteres Schauspiel zu halten, als die ruhige und milde Staatsverwaltung eines gekrönten Weisen; so dürfen wir doch in der Jurisprudenz die Zeiten der Republik nicht vorziehen...*» (G. HUGO, *Lehrbuch und Chrestomathie des classischen PandectenRechts, zu exegetischen Vorlesungen*, Erster Band, Göttingen, 1790, Vorrede, pgg. VI-VIII. Cfr. F. ZWILGMEYER, *Die Rechtslehre Savigny*, cit., pg. 9).

Colpisce in questo testo un'utilizzazione di Gibbon 'coerente' al senso complessivo e al quadro dell'opera dell'autore inglese; un giudizio pertanto assai differente dalla valutazione che successivamente ne darà Savigny. Per il fondatore della Scuola Storica il capitolo che Hugo aveva tradotto e che era dedicato alla storia del diritto romano, « im ganzen und im Verhältnis zum Ganzen (seines Werkes) *verunglückt ist...* weil zur Zeit des Verfalls des Römischen Reichs das römische Recht keineswegs in seiner Blüte steht, *zu einer eingetümlichen Ansicht und Würdigung desselben ist die Zeit der Republik der wahre Punkt*» (F. C. von SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, cit., pg. 35): mentre per Hugo si trattava di rivalutare la 'tranquilla' *Staatsverwaltung* rivolta a perseguire soltanto il bene del singolo cittadino, liberandosi dal pregiudizio di una svalutazione dell'età imperiale come epoca di decadenza di fronte al periodo 'democratico', proprio quest'ultimo rappresenta per Savigny il « punto vero » dal quale trae origine la stessa attualità del diritto romano 'classico'. Per lo stato della dottrina storico giuridica settecentesca in relazione all'identificazione della monarchia aureliana come vertice dell'evoluzione del diritto romano cfr. comunque Q. G. SCHACHER, *Singularia M. Aurelii Antonini Philosophi iurisprudentiae Capita dissertatio*, praeside A. F. Rivino, Lipsiae, 1732, pgg. 24-26.

Ad ulteriore conferma di certe divergenze d'impostazione possiamo poi notare che, come avremo occasione del resto ancora di sottolineare, il giudizio espresso da Savigny sulle Pandette non collima con quello di Hugo, cfr. F. C. von SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, cit., Bd. 5, pg. 32.

Può allora essere interessante richiamare, proprio per il suo tenore,

kunft' dalla storia statale gottinghese, una storia ancora segnata

uno degli appunti critici che Savigny rivolge ad Hugo a proposito dell'interpretazione di un passo di Ulpiano sulla dottrina dei modi di acquisto della proprietà quiritaria nell'ambito del primo periodo (età arcaica, fino alle dodici tavole). Ulpiano aveva usato le espressioni *Lex* e *Lege adquiritur* (G. Hugo (Ed.), *Domitii Ulpiani Fragmenta libri regularum, vulgo Tituli ex corpore Ulpiani*, Gottingae, 1788, Tit. XIX, n. 2 e 17, pg. 44 e 46); per Hugo oltre ai casi segnalati dal giurista romano bisognava intendere ricompresi sotto quelle espressioni anche i modi d'acquisto altrimenti reperibili nelle fonti, non riferibili ad altre classificazioni, ma da Ulpiano non ricordati, come l'*emptio sub corona*, l'*auctio* e il *census*. Si trattava quindi di ampliare la portata della nozione attribuendo più fattispecie ad una rubrica destinata in origine a raccogliere solo i casi nei quali una cosa diveniva proprietà dell'acquirente in virtù di una disposizione di legge (*transitus legalis*): « Der Verfasser rechnet sie unter Ulpian's allgemeinste Rubrik: *Lex*. Allein es ist sehr unwahrscheinlich, dass eine *Lex* über Dinge existiert habe, die derselben nicht bedurften. Sie haben dagegen die grösste Aehnlichkeit mit der *cessio in iure*, mit welcher sie auf einer und derselben Form (der *addictio* eines Römischen *magistratus*) beruhen, so dass also Ulpian blos den wichtigsten und häufigsten Fall anstatt der ganzen Gattung genannt haben mag. » (F. C. von SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, loc. ult. cit., pg. 14; cfr. anche F. A. SCHILLING, *Bemerkungen*, cit., pgg. 76-77).

In realtà, al di là della preferenza per il *magistrato* al posto del legislatore, è l'intera organizzazione 'interna' del sistema giuridico scelta da Hugo che non è soddisfacente. Nella prima edizione questa organizzazione interna si presentava infatti, « almeno » per il diritto privato, in modo ancora semplice ed in qualche misura adeguato all'essenza stessa del diritto romano: il diritto delle persone non rappresentava infatti nient'altro che il diritto di famiglia e a questo Hugo faceva seguire lo *ius in rem*, il diritto delle obbligazioni, il diritto ereditario e il processo.

Nelle due successive edizioni egli si sarebbe invece, ad avviso di Savigny, avvicinato troppo al modello delle Istituzioni giustiniane, e sarebbe stato costretto pertanto ad abbandonare in due punti fondamentali l'ordine 'naturale' al diritto romano e al diritto in generale.

In primo luogo il diritto delle persone si vede in tal modo costretto a trasformarsi da *Familienrecht* qual era in una « teoria del soggetto giuridico », a non costituire quindi più una parte del diritto privato, ma una semplice 'introduzione', una sorta di *Vorbereitung*. Questo accade proprio per la scelta di Hugo di inserirvi a suo oggetto principale la teoria dei tre stati (*libertatis, civitatis, familiae*).

Così lo *status familiae* viene a contenere ormai soltanto la dottrina della capacità giuridica del *pater* e del *filius familias*; ciò che rappresenta invece il vero contenuto del diritto di famiglia come parte del diritto pri-

da profili generalizzanti — la ricongiunzione di dogmatica e storia, una dogmatica « in geschichtlichem Sinn behandelt »⁽³³⁵⁾.

vato (la patria potestà, il matrimonio, la tutela) può essere inserito soltanto con funzione strumentale per rendere comprensibile quel concetto.

Tutto segue, conclude Savigny, in modo necessario da quella scelta, ma non può ciò nonostante allontanare il convincimento che sia « *sehr unmethodisch, dem Familienrecht, einem Haupttheil des Privatrechts, gar keine eigene Stelle anzuweisen, sondern es nur bei einer Preliminär-Frage (!) gelegentlich mitzunehmen* » (*ibid.*, pgg. 6-7).

Poca comprensione trova pure il tentativo di inserire il diritto ereditario, considerato come *adquisitio universalis*, nella dottrina della proprietà, senza tener conto, cioè, del fatto ch'esso si trova nello stesso rapporto anche con l'intero diritto delle obbligazioni: se infatti Gaio e Ulpiano sembrano preferire quella soluzione, essa non si trova sostenuta né nel caso di Paolo né soprattutto nelle *Pandette* (ritorna qui il giudizio meno negativo sulle *Pandette*, che contengono il diritto romano « *was wir brauchen* », cui si accennava poc'anzi) e non può pertanto essere considerata generalmente recepita « in den Systemen der Römer » (*ibid.*, pg. 8).

Anche nelle questioni più strettamente sistematiche appare quindi di nuovo conclusione troppo affrettata postulare un rapporto pacificamente continuo fra i due giuristi.

Che Gustav Hugo e Savigny, pur vicini in molte soluzioni particolari, mirassero a scopi assai distinti, anche e proprio sotto il profilo storiografico, ce ne offre un ulteriore indizio una vicenda che ebbe a protagonista Giorgio Federico Hegel.

Il 1 febbraio 1818, cioè durante il corso di lezioni che stava tenendo in Heidelberg — e che venne a costituire la fase gestatoria e la prima intelaiatura della *Rechtsphilosophie* del 1820 — Hegel restituì alla libreria Winter i volumi della *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* che aveva richiesto, motivando la sua decisione con il seguente chiarimento: « da ich mich an *Ansehung des Zwecks* dieses Werks geirrt und ganz etwas anderes gemeint hatte ». Al posto dell'opera savignyana Hegel si procurò la *Rechtsgeschichte* di Hugo, che poi utilizzò nel suo compendio, sottoponendola certo a note critiche, ma al tempo stesso palesandone indirettamente, nel giudizio comparativo, una diversa valutazione. Riporta l'episodio O. PÖGGLER, *Einleitung* a G. F. HEGEL, *Vorlesungen über Naturrecht und Staatswissenschaft. Heidelberg 1817-18 mit Nachtragen aus der Vorlesung 1818-19. Nachgeschrieben von P. Wannemann*, hrsg. von C. BECKER, W. BONSIEPEN u.a., Hamburg, 1983, pg. XXIV.

⁽³³⁵⁾ F. C. von SAVIGNY, *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, cit., pg. 14; la dogmatica e l'interpretazione appartengono a questa Rivista non appena esse vengano, appunto, trattate in senso storico.

Sarà in questo contesto interessante sottolineare un dato poco noto

Thibaut e Savigny, dall'altra, che invece, con sfumature diverse, ma comunità di intenti, decisamente si incamminano in quella direzione ⁽³³⁶⁾.

al lettore della *Geschichte* di Landsberg, del quale abbiamo già ricordato precedentemente il giudizio su Hugo quale 'precursore' della Scuola Storica; in quell'opera, come pure nell'articolo *Kant und Hugo. Philosophisches und Zivilistisches von 1800 und 1900*, in *Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, XXVIII (1901), pg. 670 ss., Landsberg non aveva certamente occultato i limiti di Hugo.

E tuttavia ci apparirà ora forse meno sorprendente che anni più tardi egli si dovesse trovare a rivedere assai radicalmente — pur cercando di minimizzare — quel giudizio (laddove i toni sostanzialmente negativi con i quali la nuova valutazione viene espressa costituiscono per noi in questa sede non altro che un elemento secondario): « Questo è almeno chiaro: l'intero sviluppo della nostra scienza, già immediatamente dopo la rottura con il diritto 'naturale' vero e proprio, dimostra e prova che con ciò che soltanto ed unicamente di questa rottura era rimasto come residuo, con il puro positivismo, cioè, non si fosse in grado di procedere e non si possa tuttora intraprendere nulla. Praticamente l'unico, che è rimasto rigorosamente e rigidamente fermo in quella posizione, è stato Hugo, che in questa limitazione ha trovato una specie di asctica autosufficienza, senza perciò poter sfuggire al destino dell'inaridimento. Come io già nel 1910 nella mia Storia della scienza giuridica tedesca credo di aver dimostrato, è stato proprio l'orrore provato di fronte alle lande desolate del puro positivismo di Hugo che condusse Savigny allo storicismo romantico-evoluzionistico e che così giace a fondamento della vera e propria 'Scuola Storica' » (ID., *Zur ewigen Wiederkehr des Naturrechts*, in *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, XVIII (1925), pg. 366 ss.; cfr. F. EICHENGRÜN, *Die Rechtsphilosophie Gustav Hugos*, cit., pgg. 42-43).

⁽³³⁶⁾ Nella recensione del volume di I. RUDHART, *Über das Studium der Rechtsgeschichte. Als Antrittsrede vorgetragen in dreyen öffentlichen Versammlungen*, Würzburg, 1811 (per un'analisi di questo testo cfr. TARANOWSKY, *Leibniz und die sogenannte äussere Rechtsgeschichte*, cit., pgg. 212-216, non in tutto condivisibile), apparsa sugli *Heidelbergische Jahrbücher*, cit., 4. Jg., 2. Hälfte, pg. 814 ss., e considerata da Thibaut come un breve *postscriptum* alle sue precedenti dichiarazioni, egli ribadirà in modo netto la sua ipotesi di lavoro.

Dopo aver brevemente osservato che le richieste di Rudhart — il quale tra l'altro non si spingeva al di là di proposizioni generali « aus allgemeinen Begriff über Einheit, Zusammenhang und Wechselwirkung », restando in ciò indietro allo stesso Hugo — si 'limitavano' ad una storia universale del diritto di tutti i popoli (il verbo adoperato diviene forse più comprensibile ove si rifletta che una tale prospettiva non era estranea

Il tentativo operato da Savigny di reinterpretare la posizione

neppure al 'cosmopolita' Hugo: « Die Rechtsgeschichte, *freyllich am meisten Die des öffentlichen Rechts*, ist eine der allerwichtigsten Seiten von der Geschichte eines Volks überhaupt, und selbst *von der Geschichte der Menschheit*. In so fern lässt est sich gar nicht leugnen, dass die Rechtsgeschichte aller Völker, sogar die jetzt oft vermisste der *Chinesen* — chiara allusione ad Eduard Gans — gekannt zu werden verdient », *Lehrbuch der Römischen Rechtsgeschichte*¹¹, cit., pg. 4), suddivisa in periodi e condotta « durchaus synchronistisch..., in welcher Hinsicht der Verf. sich *sogar* gegen Hugo erklärt, und eine gänzliche Vereinigung der innern und äussern Rechtsgeschichte dringt » (pg. 814), Thibaut afferma la sua opinione « del tutto opposta » e basata sull'osservazione della realtà, anche al di là di ciò che suoni « *philosophisch*, hoch und gross, was doch am Ende, freyllich aus gemeinen, aber immer wahren Gründen, für dar wirkliche Leben nicht *gebraucht* werden Kann » (pg. 816).

Queste realtà sono di nuovo e più accentuatamente ancora i singoli Istituti che si formano spesso del tutto isolati « in ihrem eignen Geiste » (p. 815). Lo *spirito dell'istituto* è dunque ciò che fa la differenza. Non è un caso che in quegli anni Savigny e Thibaut fossero, si potrebbe ben dire, in 'ottimi' rapporti.

Il secondo in qualità di redattore degli stessi *Heidelbergische Jahrbücher* sollecitò più volte (cfr. R. POLLEY, *A. F. J. Thibaut*, cit., Bd. 1, pg. 186 e nota 110; Bd. 2, pg. 243 ss.) il giurista berlinese ad un'attività di recensore; due articoli da lui richiesti, rispettivamente su lavori di Friedrich August Wolf e Andreas Wilhelm Cramer, furono poi persino raccolti da Savigny nei suoi *Vermischte Schriften* (Bd. 5, cit., pg. 57-68 e 69-80).

La cosa, come si è cercato di dimostrare, non rimane su di un piano unicamente personale. Un'occasione ulteriore e assai significativa di mostrarlo ce la fornisce proprio Taranowsky, che passando completamente sotto silenzio questo aspetto del problema, accenna invece (*loc. cit.*, pg. 220) ad una immediata — e, secondo il canone tradizionale di giudizio, 'logica' — adesione al programma di Thibaut del 1808 da parte della rivista di Nicolaus Thaddäus Gönner (da ultimo, su di lui si veda F. BOMSDORFF, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, Berlin, 1971, pg. 111 ss., nonché H.-U. STÜHLER, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft*, cit., pgg. 86-91).

Se approfondiamo però un po' il rapporto Thibaut-Gönner, ci accorgiamo che le cose stanno in modo diverso e meno semplice.

L'articolo in questione (*Über die künftige Behandlung des römischen Rechts in jenen Staaten, wo es die Eigenschaft eines subsidiären Gesetzes verlobren hat*) apparve anonimo, ma chiaramente ispirato nella sostanza e nella forma alle posizioni dell'editore della Rivista — tanto che ci sembra si possa avanzare l'ipotesi di una sua diretta paternità — sull'*Archiv für*

di Hugo come incline ad identificare tutta la scienza giuridica nella

die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studium von Nicolaus Thaddäus Gönner (1810), III. Bd., pg. 60 ss.

Nello stesso anno Thibaut aveva avuto occasione di recensire più volumi di questa *Rivista*, compreso quello di cui ci occupiamo, benché dalla rubrica sembri non risultare (recensione di N. Th. GÖNNER, *Archiv für die Gesetzgebung und Reform des Juristischen Studiums*, 2. Bd., II.III. Hft., 3 Bd., I. Hft., Landshut, 1809, in *Heidelbergische Jahrbücher*, cit., 3. Jg., 1810, pgg. 25-30, 65-81), e a proposito dell'atteggiamento di Gönner verso il diritto romano si era espresso in termini assai aspri, affermando ch'egli fosse capace di manifestare solo « hier, wie überall *grossen Widerwillen gegen das römische Recht* (zu dessen Ehre nur da und dort ein *notgedrungenes Wort* gesagt wird) », proprio perché non si era mai segnalato come profondo civilista, ed anzi aveva finito per fornire i più evidenti indizi « dass der historische und dogmatische Theil des römischen Rechts ausser seiner Sphäre liegt » (pg. 70).

Ma sono soprattutto le osservazioni che seguono che si mostrano di un certo rilievo, ove si rifletta che esse fino nel loro esordio — già quindi nel 1810 — prendono le mosse dalla divisione in scuole formulata da Gönner: « Con quella stessa unilateralità che anche altrimenti abbiamo avuto occasione di lamentare l'autore procede contro le da lui cosiddette Scuole. A quella storica egli si rivela naturalmente avverso nel modo più netto. Ma perché? Perché il suo sforzo consisteva semplicemente nel rappresentare chiaramente la volontà del legislatore, ed in questa misura di lavorare contro una prassi giudiziaria illegale e irrazionale (che certo non rispetta neppure il Codice Napoleone!). Noi chiediamo al signor Gönner, se alla giurisprudenza potrebbe restare ancora molto altro da augurarsi, quando giuristi classici, come *Savigny*, avessero elaborato storicamente l'intero diritto romano e mediante ciò avessero fornito al giurista filosofico l'occasione di elevarsi attraverso un materiale storicamente purificato a punti di vista completi e solidamente razionali (*raisonnierende Ansichten*).

La felice trattazione storica di quella scuola ha senz'altro prodotto un puro ed imperituro guadagno, mentre i giuristi filosofici, posti dall'autore al di sopra di quelli storici, erano e si sono rivelati nel diritto civile sino a questo momento dei semplici chiacchieroni, i quali o hanno costruito *a priori* spinti dalla necessità soltanto ciò che casualmente veniva loro incontro, oppure, affidandosi alla buona sorte, parlavano 'alla giornata', o alla fine nulla sapevano e abbandonavano a loro stesse le vere profondità del diritto civile.

Per prima cosa ci ha dato però nell'occhio il fatto fatto che l'autore non ha fornito praticamente nessuna indicazione plausibile per l'attuazione della sua idea conduttrice. Noi dovremmo essere liberati dalle *antiquitates*, e la scienza non dovrebbe più dominare! Soltanto non sarà proprio il contrario che accadrà? Conoscenze dell'antichità classica non diverranno mai super-

storia del diritto doveva evidentemente scontrarsi con troppi dati

flue, fintantoché il destino ci sarà propizio. *Al contrario, la massa delle conoscenze 'antiquarie' indispensabili si moltiplicherà di molto* » (pgg. 71-72).

Se quindi è indubitabile che all'influenza della scienza romanistica — persino in costanza del Codice Napoleone — spetterà un ruolo sempre più preponderante a paragone di quello che le era stato assegnato in ogni altra epoca, non ci sarà molto realmente da aspettarsi dai giuristi filosofici. Saranno le cose stesse allora, visto che la legislazione « *wird es nicht wagen können und mögen, in jeder Stunde befehlend einzugreifen* » — sarebbe facile ricordare espressioni savignyane quasi letteralmente analoghe sulla smania a tutto voler governare e sempre più voler governare —, saranno, dicevamo, le cose stesse che riconduranno il giurista al punto di scorgere nella scienza giuridica positiva una scienza che sta di fronte all'alternativa « *ob man mit grösser Mühe aus gelehrten Werken, oder mit Handwerksfleiss aus zahllosen rebus iudicatis und Machtsprüchen bewährter Praktiker lernen will* » (*ibid.*, pg. 72; l'ultima sottolineatura è di Thibaut). Ma le preferenze di Thibaut non vanno certo alla seconda alternativa, come è agevole ricavare dalle ironiche osservazioni che accompagnano la proposta di un giurista francese che voleva distogliere i colleghi tedeschi dall'affaticarsi sui testi romani, per additare loro come vere Pandette le migliaia di decisioni della Corte di cassazione (*ibid.*, pg. 73).

Possiamo ora tornare al testo di Gönner da cui avevamo preso le mosse. L'articolo in questione, nel quale apparentemente Gönner attribuiva a Thibaut la qualifica di giudice più competente in materia, e dichiarava il suo pieno appoggio alla proposta che voleva « *das historische mit dem dogmatischen, innere Geschichte und Alterthümer mit den viel bewunderten justinianeische Institutionen verbunden wissen* » (N. T. von GÖNNER, *Über die Künftige Behandlung*, cit., pgg. 74-75; del resto, nella piena consapevolezza che Thibaut l'avesse formulata « ancora nel presupposto che il diritto romano fosse dotato di forza vigente »), non poteva nascondere agli occhi dello stesso Thibaut la sua funzione strumentale. L'articolista vedeva infatti quella proposta solo nella prospettiva della riduzione quantitativa del peso del diritto romano nell'ambito del *cursus* accademico universitario e negava al diritto romano la sua *Gesetzkraft* (loc. cit., pg. 72), proprio quella forza di legge che rendeva necessario il ruolo dominante della storia del diritto, conferendole « *ihren eigentlichen grossen Spielraum* » fino al punto che « *jede noch so entbehrliche Spitzfindigkeit musste ergründet, gelehrt und studiert werden, denn sie trug das ehrwürdige Gepräge eines Gesetzse an sich* »: era insomma disposto a vederlo tollerato soltanto nella ristretta misura in cui esso contenesse disposizioni di una *geschriebene Vernunft* (loc. cit., pg. 73).

Per Thibaut però un simile modo di trattare il diritto romano avrebbe condotto soltanto ad una completa deformazione: « *wer römisches Recht gründlich erkennen will, den liegt auch die Pflicht ob, es rein und lauter*

incongrui alla cornice prescelta: anche senza ricordare che Hugo

aus seinen Quellen zu erklären. Einmischung praktischer Ansichten wird jede geistvolle historische Behandlung unmöglich machen, sie wird verwirren, zu Seichtigkeit führen, und am Ende die Wahrheit gänzlich verunstalten » (recensione, cit., pgg. 78-79).

Di queste come delle espressioni critiche sulla funzione del diritto naturale non tiene alcun conto H. KIEFNER, *Anton Friedrich Justus Thibaut*, art. cit., pg. 340, così da restituire un'immagine in ultima analisi parziale. In una recensione apparsa sugli *Heidelbergsche Jahrbücher* (1808), 1. Jg., pg. 90 ss., a proposito di uno dei molti 'manuali' di diritto naturale del tempo — per l'esattezza A. BAUER, *Lehrbuch des Naturrechts*, Marburg, 1808 — è detto ancora esplicitamente che non esistono « weder natürliches Privat- noch Staats- noch Völkerrecht » e che il compito della dottrina filosofica del diritto consiste soltanto nell'elaborare l'idea del diritto.

Non può sorprendere allora che Savigny, ancora in una lettera allo stesso Thibaut del maggio 1814 dichiarasse la sua identità di vedute perfino a livello politico: « *über Ihre politischen Aussichten und Trostungen bin ich ganz einerley Meynung mit Ihnen. Sie haben noch ein besonderes Recht zur Freude an den grossen Ereignissen unserer Tage, indem Sie auch während des Drucks durch Ihre Recensionen der Napoleoniden dem Übel in ihrem Kreise so wacker entgegen gearbeitet haben. An diesen Recensionen habe ich stets meine sehr grosse Freude gehabt* » (F. C. von Savigny *an Thibaut in Heidelberg*, Abschrift, Berlin 13 Mai 1814, in R. POLEY, *A. F. J. Thibaut*, cit., Bd. 2, pg. 288). Del resto, nella recensione al volume dello stesso Gönner sulla legislazione e la scienza del diritto, da noi già presa in esame (cfr. *supra*, nota 312) Thibaut, non lasciandosi affatto sedurre dal tono quasi adulatorio, con il quale Gönner usava la sua autorità nei punti di ovvia concordanza — lo aveva osservato con un certo stupore Jacob Grimm secondo il quale il nostro aveva fornito « *eine mir doch ganz unerwartete Recension von Gönners Schrift* » (*Jacob Grimm an seiner Brüder*, 23 Aprile 1815, in H. GRIMM, G. HINRICHS, hrsg., *Briefwechsel zwischen Jacob und Wilhelm Grimm aus der Jugendzeit*, Weimar, 1881, pg. 473) —, oltre a non rinunciare in ultima analisi al primato della scienza anche di fronte alla legislazione (*loc. cit.*, pg. 628), aveva colto assai bene la meta che Gönner si proponeva con le sue affermazioni sulla riforma delle Accademie e dello studio del diritto romano, nonché sulla sua 'futura' condizione: una concezione in conseguenza della quale « *wir so ziemlich in den französischen Mechanismus kommen würden* », un esito che Thibaut nettamente respinge (pg. 630).

Sull'importanza della lettera savignyana, esprimente concordanza di vedute anche in campo politico, per una diversa collocazione degli accenti all'interno della usuale e troppo schematica contrapposizione tra Savigny e Thibaut, oltre che per una più approfondita comprensione della periodizzazione delle vicende della controversia codificatoria, dovremo tornare.

riconosceva al contrario esplicitamente tre distinte « parti »⁽³³⁷⁾

⁽³³⁷⁾ Una distinzione che i capi storici della Scuola non ebbero da parte loro ad accettare, cfr. J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 75, nota 192.

È invece molto interessante osservare che presso uno degli autori, i quali sulle orme di Hugo proseguirono nell'impegno a definire una autonoma parte scientifico-generale della scienza giuridica (cfr. *ibid.*, pgg. 159-160), ampliandone la tradizionale comprensione esclusivamente dogmatica — un autore che non a caso aveva compiuto i suoi studi a Göttingen, cfr. E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt. 3., Halbband 2., Note, pg. 42 — emerge per la prima volta nella letteratura giuridica il concetto di sociologia del diritto. Ci vogliamo riferire al lavoro di J. N. von WENING-INGENHEIM, *Über die Mängel und Gebrechen der juristischen Lehrmethode, und die notwendigen, unserer Zeit entsprechenden Einrichtung derselben. Freymüthige Ansichten und Vorschläge*, Landshut, 1820. In questo lavoro viene espressamente affermata l'insufficienza della visuale che assume a fonti del diritto solo i precetti della ragione o i fondamenti giacenti nella storia; si devono infatti suddividere due specie di fonti, quelle *reali* e quelle *formali*. Dalle prime il diritto scaturisce, si *origina*, mediante le seconde esso viene *riconosciuto*. Se le ultime sono perciò da identificare con le leggi in senso ampio, le prime costituiscono le vere « Entstehungsgründe » del diritto positivo; tra queste, oltre alla ragione, alla storia, al semplice arbitrio e alla deduzione da leggi già esistenti, è da annoverare l'esperienza (pg. 31 nota). All'identificazione di questa fonte, che prende in considerazione tutti i rapporti del mondo esteriore nella misura in cui influiscono sul diritto, corrisponde la necessità di enucleare una scienza del tutto autonoma: la stessa storia secondo la sua essenza e le sue tendenze non può prendere il posto di questa *Empiria* o scienza giuridica naturale, « nachdem es darum zu thun ist, alle Gründe der Veränderung, und ihre Einflüsse für sich selbst, und unmittelbar Kennenzulernen, während die Geschichte alles nach der Fortbildung *in der Zeit*, und unter den *jedesmal vorhandenen Einflüssen* darstellt » (cfr. *Id.*, *Encyclopädie*, cit., pg. 247). Di una tale *Rechtsempirie*, che deve stabilire come attraverso l'influsso dell'*Aussenwelt* « eingenthümliche Rechtssätze und Institute *nothwendig* werden », Wening fornisce uno schizzo, che ne denuncia in modo chiaro il rapporto con quel clima culturale largamente influenzato dalle moderne dottrine economiche inglesi e francesi, nonché da reminiscenze montesquieviane, e testimonia una volta di più che sulla strada della rigorosa separazione tra le discipline la Scuola Storica non poteva incamminarsi: la sociologia del diritto (non si fa qui discorso di una giurisprudenza sociologica o sociologizzante; cfr. sul punto J. SCHRÖDER, *Savignys Spezialistendogma und die soziologische Jurisprudenz*, in *Rechtstheorie*, VII (1976), pgg. 23-52) rimarrà perciò come tale per lungo tempo un'occasione perduta. Risponde quindi più che a una mera curiosità erudita prendere atto del piano

della scienza giuridica, lo stesso scendere in campo savignyano a favore del « tradizionale » metodo dogmatico cronologico, e sia

secondo il quale nel 1820 una simile scienza doveva configurarsi e suddividersi sistematicamente, appunto secondo i suoi possibili 'punti di contatto' con il diritto (pgg. 33-34).

I. *Zustand des Gebietes*

- 1) Geographische Lage
- 2) Clima
- 3) Beschaffenheit des Bodens (Erzeugnisse der Natur)

II. *Zustand des Menschen*

- 1) Nach der Abstammung
- 2) Nach der physischen Kultur
- 3) Nach der geistigen Kultur
 - a) Religiöse Bildung
 - b) Moralische Bildung
 - c) Intellectuelle Bildung

III. *Wirksamkeit des Menschen in Beziehung auf die Natur (Industrie)*

- 1) Industrie in Beziehung auf die Urproducte
 - a) Landwirtschaft
 - b) Forstwirtschaft
 - c) Bergbau
- 2) Industrie der Gewerbe
 - a) Handwerke
 - b) Fabriken
- 3) Industrie des Handels
 - a) Kleinhandel
 - b) Grosshandel

IV. *Der Mensch in geselligen Verbindung*

- 1) Familienleben
- 2) Besondere Gesellschaften und Verbindungen
- 3) Die Verbindung im Staate
 - a) Staatsverfassung überhaupt
 - b) Gerichtsverfassung
 - c) Zustand der vorhandenen Rechtsquellen

Di tutti questi 'oggetti', che non possono appartenere né alla filosofia del diritto né alla storia, la *empirische Rechtswissenschaft* deve occuparsi naturalmente nella misura in cui « auf das Recht *verändernd* einwirken »; ma con la chiara consapevolezza che « menzioni collaterali nel campo della filosofia od osservazioni casuali nell'ambito della storia del diritto non saranno mai in grado di sopperire alla lacuna » (*ibid.*, pg. 34; cfr. anche pg. 71).

pure in forma aggiornata, doveva essere testimonianza di una assai diversa finalità nel modo di considerare il problema di come impostare — mediante il concetto di istituto giuridico — il rapporto sistema-prassi.

Lo stesso Hugo ne darà conto, alla sua maniera misurata, non clamorosa, aggiungendo una nota apparentemente secondaria⁽³³⁸⁾ al passo in cui affermava la possibilità che si dessero buoni giuristi pratici « i quali non sappiano quasi nulla della storia del diritto », e nel quale anzi soggiungeva che l'aspettativa a che la storia del diritto potesse rivelarsi fonte di grosse « scoperte » nell'identificazione concreta del diritto attualmente applicabile, si doveva manifestare del tutto vana: affermazione quest'ultima già sufficiente del resto a suscitare le più ampie riserve e l'inevitabile obiezione che lo sviluppo lento e graduale « nel corso di molti secoli » dello stesso diritto tramandato nella compilazione giustiniana, sarebbe rimasto incomprensibile « ohne seinen historischen Zusammenhang zu erforschen »⁽³³⁹⁾.

Hugo si limitava infatti, senza significativamente modificare però in nessun modo il tenore del testo, a fornire il seguente scarno e sicuramente molto « cauto » rendiconto di un'opinione altrui: « ciò che io qui ammetto perché non venga sopravvalutata l'importanza del lato scientifico e dotto (gelehrt) del diritto, quel lato che io elaboro con la predilezione più grande (am Liebsten), lo si è inteso, e ancora dopo che già avevo aggiunto questa spiegazione, proprio come l'esatto contrario (als den geraden Gegensatz) di quello che Savigny ha descritto come l'essenza della scuola storica nella scienza giuridica »⁽³⁴⁰⁾.

⁽³³⁸⁾ Come tale sepolta nel corso del minuzioso ed ininterrotto lavoro all'opera della sua vita; che fosse un punto di notevole rilievo non era però in seguito sfuggito a F. A. SCHILLING, *Bemerkungen*, cit., pg. 21, che lo faceva oggetto di una dura critica.

⁽³³⁹⁾ *Ibid.*, pg. 25.

⁽³⁴⁰⁾ Gustav HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*⁸, cit., pg. 31; non senza ragione al termine del suo discorso Hugo aggiungeva tra parentesi, a richiamare l'attenzione su uno dei contesti più probanti, nei quali la descrizione dell'essenza della Scuola aveva avuto luogo, il rinvio alla prima pagina del programma d'apertura della Rivista savignyana.

Anche ove non si volesse accedere ad una perfetta identità oggettiva

Che non si tratti per noi di un'acquisizione del tutto marginale lo dimostra il fatto che il metodo sincronistico, la rappresen-

tra le due visuali che emergono da questo testo, non si può fare a meno di rinviare sul punto alle considerazioni savignyane precedentemente da noi riportate alla nota 312.

Merita poi ricordare che in un acuto scritto di un autore certo apparentemente assai poco noto, ma che, come subito diremo, aveva già svolto un suo preciso ruolo nell'ambito delle argomentazioni contenute nella *Methodenlehre* savignyana, C. C. COLLMANN, *Grundlinien der Wissenschaft des bestehenden Rechts nebst einer Kritik der philosophischen und historischen Schule*, Berlin, 1836, già emergeva la considerazione che, se si doveva proprio dare credito al tentativo di iscrivere il giurista gottinghese ad uno dei rami della Scuola Storica, non a quello romanistico si doveva di preferenza guardare. Rami però che Collmann voleva tenere accuratamente distinti nelle loro differenziate *Grundauffassungen*: « demnach muss zwar auch bei romanistischen Richtung der historischen Schule ein verfeinerter Empirismus, eine sogenannte elegante Jurisprudenz, die Stelle wirklicher Wissenschaft vertreten; von Materialismus ist jedoch diese Richtung ebenso entfernt, als das römische Recht selbst ». Infatti l'elemento veramente vivo della convinzione 'storica' della romanistica « ist freylich aus blosser historischer Forschung nicht zu schöpfen, sondern nur aus der in ihre letzte Bildungsperiode eingetretene Wissenschaft selbst. In dieser ihrer letzten Bildungsperiode leistet die Wissenschaft, ohne dass sie darauf ausging, mehr, als die Philosophie jemals zu leisten im Stande ist, sie erfüllt uns mit Staunen über den tiefen innern Zusammenhang unbewusst entstandener Gebilde, die menschlicher Verstand nie hätte zu erfinden vermöcht-Ganz anders verhält es dagegen mit der germanistischen Richtung. Eben weil es ihr darauf abgesehen ist, das Recht in seinen ursprünglichen Elementen zu erfassen, und so zur Wissenschaft zu gelangen, dies aber auf geschichtlichem Wege bewerkstelligt werden soll, ist damit auch die Überzeugung ausgesprochen, es gebe überall keine, über die Naturseite des Rechts hinausgehende Betrachtung, und mag man jetzt noch so überschwenglich Reden, es ist und bleibt dies eine völlig materialistische Ansicht » (pg. 140).

Proprio Hugo con la sua introduzione di una antropologia giuridica ed il carattere peculiare del suo diritto naturale avrebbe bandito il concetto di *Unrecht*, di sovrapositivo, dalla scienza giuridica (pg. 145); così « wenn auch die Anhänger der historischen Schule, die Hugo zu ihrer Parthei zählen, imm hier nur die romanistische Richtung ihrer Schule in Auge haben können, nichts destoweniger aber dem unbefangenen und besonnenen Bearbeiter des römischen Rechts bei all seinen Interesse für Rechtsantiquitäten dadurch Unrecht thun, so lässt sich doch nicht verkennen, dass die indem Hugoschen Lehrbuche des Naturrechts als einer Philosophie des positiven

tazione sistematica di fatti ' in diversi tempi e luoghi ', per Hugo svolge una funzione non secondaria anche sul punto che, in ogni caso, più lo avvicina alla formulazione savignyana di un sistema del diritto romano ' attuale '.

In questa forma si può infatti rappresentare — come, sulle orme del suo maestro Pütter⁽³⁴¹⁾, era suo programma — il diritto romano ' puro ': il metodo sincronistico è allora applicabile secondo l'autore della *Römische Rechtsgeschichte* tanto al diritto romano puro, quanto, allo stesso titolo, al diritto romano ' attuale ', rispettivamente intesi come espressioni giuridiche di due diversi Zeitraum.

Rechts aufgestellte Lehre dem in der germanistischen Richtung der historischen Schule herrschenden Materialismus grossen Vorschub gethan hat » (pg. 143). In ogni caso si tratterebbe però sempre di un lavoro preparatorio puramente negativo (pg. 144).

Come si accennava, l'autore non è proprio notissimo e H. KIEFNER, *Der junge Savigny*, cit., che per primo ha richiamato l'attenzione su di lui, non è stato in grado di fornire nessuna ulteriore notizia (pg. 31), oltre a quella della sua partecipazione insieme a Joseph Franz Molitor all'edizione dell'unico volume di una ' Zeitschrift für eine künftigt aufzustellende Rechtswissenschaft nach dem Prinzip eines transzendentalen Realismus ' (1802), nella quale era contenuto un significativo saggio sul diritto naturale di Fichte, da Savigny valutato come il migliore sull'argomento e accolto in pieno nelle sue conclusioni sia positive (la fissazione di uno scopo a priori al diritto nella assicurazione della libertà del soggetto nella sua sfera è possibile all'interno del mondo sensibile solo tramite lo Stato inteso come *Dazwischenstellen* tra gli arbitrii), sia negative (critica alle implicazioni filosofiche del concetto a priori di libertà, che non si lasciava positivizzare) (cfr. H. KIEFNER, *loc. cit.*, pgg. 32-34).

Da alcuni accenni ad Hegel contenuti in questo suo lavoro (pg. 37 e 103) si ricava tuttavia che il nostro giurista è lo stesso Collmann autore di una rilevante recensione critica alla Rechtsphilosophie hegeliana su cui avremo occasione di tornare nel corso di quest'indagine.

⁽³⁴¹⁾ Cfr. in particolare l'articolo Herr G. J. Rat Pütter über die Art das römische Recht zu lehren, in G. HUGO, *Civilistisches Magazin*, Bd. 1 (1791), pgg. 35-48; si tratta di estratti trascelti da Hugo all'interno della seconda edizione della *Encyclopaedia* del suo maestro. Essi rivestono un particolare interesse anche in relazione al fatto che non furono poi più riprodotti nelle successive edizioni ridotte del *Magazin*, e sono perciò in grado di gettare non poca luce sulla genesi del suo pensiero sul tema in questione.

Uno dei nodi centrali dello sviluppo del sistema nel secolo diciannovesimo nasceva all'insegna di queste contraddittorie prese di posizione.

Non può meravigliare quindi che un tale concetto si mostri e rimanga assai a lungo contraddittorio — e contraddetto.

CAPITOLO QUARTO

PER UN'INTROSPEZIONE
DEL 'MODERNO' DIRITTO ROMANO ATTUALE:
IL *CIVILISTISCHER CURSUS*
TRA ENCICLOPEDIA E METODO DIMOSTRATIVO

1. Un denominatore comune: 'Cursus Politicus', 'Kirchengeschichte' e 'Corso civilistico'. — 2. Dal sistema monoreferenziale al sistema 'discorsivo'. 3. Lo 'Spirito' di Halle nella scuola gottinghese. — 4. Enciclopedia, sistema giuridico e giurisprudenza. — 5. Storia e metodo dimostrativo: una 'evitabile' contraddizione? — 6. Il modello wolfiano e la sua crisi.

1. Il punto focale verso il quale tendevano a convergere gli sforzi analitico-metodici di Hugo appare rappresentato — un elemento questo che si lascia del resto facilmente intuire già dagli indizi che ci sono venuti incontro nel corso della precedente esposizione — dalla esigenza, avvertita in misura sempre crescente, di una corretta *Absonderung*, di una differenziazione accurata dei vari 'campi di sapere' giuridico.

Rischierebbe di costituire tuttavia una sottolineatura unilaterale l'attribuire una simile inclinazione esclusivamente alle specifiche impostazioni scientifiche del nostro, senza scorgere, al contempo, quanto questo atteggiamento testimoni del raggiungimento di una completa maturazione di quello che potrebbe essere definito come un 'ideale collettivo', per parte sua strettamente legato ai mutamenti istituzionali della vita accademica tedesca nel tardo Settecento ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Un buon panorama del 'giuoco di specchi' che si realizzava tra istituzioni universitarie e rispettivi mutamenti delle dottrine oggetto di inse-

L'università di Gottinga, caratterizzata persino dalla maggior parte dei contemporanei come la più ricca di seguito e successo, la più tipica e 'moderna'; vista in definitiva come l'università che più era destinata a fare epoca tra tutte le sue consorelle nell'intero corso del diciottesimo secolo⁽²⁾, non poteva costituire eccezione.

Non può essere allora considerato un caso se nel 1772, alla morte di Gottfried Achenwall — autore assieme a Pütter di quegli *Elementa juris naturae*⁽³⁾ additati, limitatamente alla loro

gnamento accademico, con specifico riferimento all'emergere delle scienze storiche, già in J. ENGEL, *Die deutschen Universitäten und die Geschichtswissenschaft*, in *Historische Zeitschrift*, CLXXXIX (1959), pg. 223-278.

(2) È l'impressione che si può agevolmente ricavare anche solo dalla lettura di F. SAALFELD, *Geschichte der Universität Göttingen in dem Zeiträume von 1788 bis 1820*, Hannover, 1820, che si inserisce nel quadro dell'intrapresa già iniziata dallo stesso Johann Stephan PÜTTER con il suo *Versuch einer akademischen Gelehrten - Geschichte von der Georg-Augustus-Universität zu Göttingen*, Göttingen, 1765.

Fondamentale per una visione complessiva dello 'spirito' della Georgia Augusta resta sempre H. A. OPPERMANN, *Die Göttinger gelehrten Anzeigen während einer hundertjährigen Wirksamkeit für Philosophie, schöne Literatur, Politik und Geschichte*, Hannover, 1844.

(3) Il titolo nella sua completa estensione suona: *Elementa iuris naturae in usum auditorum adornata iuncto Johannis Stephani Pütteri et Gottfridi Achenwalli Professorum Goettingensium Studio*, Gottingae, 1750. Gottfried Achenwall era nato nell'ottobre 1719 ad Elbingen nella Prussia occidentale da una famiglia di commercianti. Fu studente a Jena e ad Halle, dove poté udire lezioni dalla viva voce dello stesso Conring, che, come si è già accennato, può essere considerato il padre della statistica — cfr. sul punto ancora R. ZEHRFELD, *Hermann Conrings (1606-1681) Staatenkunde. Ihre Bedeutung für die Geschichte der Statistik unter besonder Berücksichtigung der Conringschen Bevölkerungslehre*, Berlin/Leipzig, 1926, *passim* —, disciplina al cui approfondimento si dedicò con successo anche il Nostro. Dopo due anni di insegnamento in qualità di libero docente a Marburg, insegnamento comprendente appunto le materie della storia, della statistica, del diritto naturale e del diritto delle genti, fu chiamato dal 1748 a Göttingen, laddove nel 1753 divenne professore straordinario di dottrine giuridiche e ordinario di filosofia; finché, a partire dal 1761, fu nominato ordinario di diritto naturale e politica. Per queste ed altre informazioni biografiche cfr. J. S. PÜTTER, *op. ult. cit.*, pg. 149 ss., nonché G. VALERA, *Scienza dello Stato*, cit., pg. 39 ss., in ogni caso forse un po' troppo svalutativa a proposito del significato e dell'originalità dell'opera del Nostro.

prima edizione ⁽⁴⁾, dallo stesso Hugo come una pietra miliare nella storia del pensiero dello *ius privatum generale* o universale, ma che soprattutto assolsero la funzione di tramite privilegiato tra la cultura giuridica di Göttingen e la sistematica della *Rechtslehre* kantiana ⁽⁵⁾ —, un rappresentante della scuola a noi già ben noto come August Ludwig Schlözer, succedendogli nell'insegnamento delle *Staatswissenschaften*, intendeva procedere ad una ancor più esatta distinzione dei rispettivi campi d'applicazione ed insegnamento di quelle scienze.

Alle *Staatswissenschaften* si solevano infatti considerare appartenenti nel corso del 18. secolo le cattedre concernenti le 'res politicae', la moderna *Publizistik*, 'moderna' in quanto appunto si dedicatesse ad analizzare i rapporti ingeneratisi in seguito all'irrompere sulla scena politica e giuridica degli Stati territoriali, ed inoltre ancora materie come la *Staatenkunde*, più tardi denominata *Statistik*, e la stessa scienza storica ormai metodologicamente emancipata e autonomizzata, separata quindi dal più ampio ambito della Retorica ⁽⁶⁾.

(4) La sezione che Hugo individuava, per le ragioni che in seguito approfondiremo, come l'archetipo dei suoi successivi tentativi era, come è noto, dovuta alla penna di Pütter. Essa non incontrò però l'approvazione di Achenwall che la eliminò a partire dalle successive edizioni. La letteratura su Hugo segnala concordemente il rilievo di questa considerazione — cfr. ad es. G. MARINI, *Gustav Hugo*, cit., pg. 96 — senza tuttavia, a quanto ci consta, procedere ad una autonoma analisi del testo di Pütter in questione.

(5) Kant nel suo 'collegio' sul diritto naturale, annunciato per la prima volta nel semestre invernale dell'anno accademico 1766-67, ma tenuto poi nel semestre estivo del '67, prese a fondamento proprio il manuale di Achenwall, nella sua quinta edizione in due volumi del 1763, che ora si può leggere, parzialmente ristampata, in I. KANT, *Akademie Ausgabe*, cit., Bd. 19, pgg. 325 ss. Sulla vicenda cfr. C. RITTER, *Der Rechtsgedanke Kants nach den frühen Quellen*, Frankfurt am Main, 1971, pg. 34.

(6) Tra i numerosi saggi sull'argomento meritano di essere segnalati particolarmente R. RÜRUP, *Die deutsche Geschichtswissenschaft im 18. Jahrhundert*, in *Zeitschrift für Geschichte des Oberrheins*, LXXIV (1965), Heft 1, pgg. 231-61; A. KLEMP, *Die Säkularisierung der universalhistorischen Auffassung zum Wandel des Geschichtsdenken im 16. und 17. Jahrhundert*, Göttingen, Bern, Frankfurt, 1960 e A. KRAUS, *Vernunft und*

La differenziazione proposta da Schlözer si collega immedia-

Geschichte. Die Bedeutung der deutschen Akademien für die Entwicklung der Geschichtswissenschaft im späten 18. Jahrhundert, Freiburg, 1963.

Preferiamo tuttavia non servirci della terminologia relativa al concetto di secolarizzazione, che rischia di disconoscere il momento altrettanto significativo della 'novità' insita in questi rivolgimenti, o, per usare una espressione di Blumenberg, della loro 'legittimità' (cfr. H. BLUMENBERG, *Säkularisierung und Selbstbehauptung*. Erweiterte und überarbeitete Neuausgabe von «Die Legitimität der Neuzeit», erster und zweiter Theil, Frankfurt am Main, 1983, pg. 75 ss.).

È in ogni modo cosa nota che in questo stesso contesto possiamo assistere dapprima a un accantonamento della dimensione della *Universal-Historie*, che dai tempi di Melantone costituiva parte integrante del patrimonio culturale del piano educativo protestante, proprio a causa della sua articolazione secondo la successione delle quattro monarchie che si modellava sulla cosiddetta visione danielina: una simile articolazione si era rivelata particolarmente idonea ad una visualizzazione del processo salvifico che si realizzava a livello della *Weltgeschichte*, e a rendere in qualche modo anche concretamente percepibili le discipline dell'Etica e della Morale, viste, per così dire, 'in azione'.

Ma in seguito all'emergere di una visuale storica peculiarmente giuridica — e specialmente a partire dalla fondazione della scuola di Halle — una simile forma di storia universale era destinata ad apparire sempre più come superflua: essa poteva essere certo pur sempre considerata come un elemento della preparazione allo studio che si sarebbe dovuto condurre nelle Università, ma all'interno delle *Hochschulen* la sua funzione viene ormai ridotta ad occupare un ruolo puramente marginale e soltanto nella Facoltà filosofica.

Ed è un momento da sottolineare proprio perché in conseguenza di questo processo rimasero padrone del campo esclusivamente la *Reichs-Historie*, e la *Kirchenhistorie*, affiancate alla storia letteraria delle singole discipline; storie tutte che seguono a loro volta dei principii di suddivisione temporale interna ovviamente ben diversi da quel più risalente modello.

La necessità di adeguare la *Vorlesung* sulla storia universale a questo progresso implicò evidentemente una variazione nella sua stessa articolazione interna: non per caso questa necessità condusse alla suddivisione delle epoche storiche in una antica, mediana e nuova, che trovò tra i suoi più convinti sostenitori proprio il primo *Professor Historiarum* della facoltà di Halle, il Cellarius (cfr. A. KLEMP, *op. cit.*, pg. 75 ss. e N. HAMMERSTEIN, *Jus und Historie*, cit., pg. 362). Uno dei compiti fondamentali che si assunsero gli esponenti della scuola di Göttingen sarà appunto quello di rendere nuovamente accessibile scientificamente ed utilizzabile quella disciplina.

Sebbene questi tentativi fossero in definitiva destinati a fallire in assenza di un criterio tendente a cogliere un'unità interna della storia, me-

tamente al progetto di un « *Cursus politicus* » (7): esso si sostanzia in due parti, una storica e una filosofica, secondo una distinzione che ci si rivela a questo punto come effettivamente paradigmatica per la ricostruzione dell'*humus* culturale gottinghese, tanto che l'autore stesso lo denominerà più dettagliatamente anche come « *Cursus politicus historicus et philosophicus* », senza tema di poter incorrere in fraintendimenti.

La parte « storica » tende infatti a porsi come analisi e ricerca su singoli Stati secondo le loro condizioni passate ed attuali e conseguentemente si suddivide in *Staatengeschichte*, da un lato, e in *Staatenkunde* o Statistica. Quest'ultima, essendo dedicata, nella visione di Schlözer, all'« attualità » di quegli stessi Stati dei quali in precedenza era stata ricostruita l'evoluzione, doveva rivolgersi alla loro « realtà », nella misura in cui essa si lasciasse determinare sulla base delle stime numeriche e quantitative disponibili, nonché dei calcoli e delle conclusioni da esse derivabili (8).

dante un'adeguata « proposizione » del problema che si dimostrasse idonea a strutturare in un ordine dotato di senso la massa dei fenomeni storici, è questo tuttavia un dato da tenere presente, e senza il quale la stessa proposta di una storia universale del diritto, quale vedremo emergere di tanto in tanto nel corso dell'Ottocento, non potrebbe comprendersi.

(7) Per quel che segue cfr. B. WARLICH, *August Ludwig Schlözer*, cit., pg. 27 e 108 ss.

(8) In questo senso invece la concezione di statistica propria di Achenwall che, giusta l'indicazione restituitaci anche da Pütter, teneva lezioni « über die *Staatsverfassung* der vornehmsten Europäischen Reiche und Staaten oder die sogenannte *Statistik* » (J. S. PÜTTER, *Versuche einer akademische Gelehrten-Geschichte*, cit., pg. 150), corrisponde ad uno stadio in qualche misura precedente, nel quale l'incipiente separazione tra Stato e società civile non riusciva per ora ad affiorare, e si manteneva ancora una notevole incertezza nel distinguere il termine « Stato » dagli altri che indicavano invece soltanto delle *species* di esso. Schlözer, al quale, come abbiamo veduto, quella separazione si manifestava più evidente, ebbe modo di sottolinearlo con chiarezza (cfr. in questo senso B. WARLICH, *August Ludwig Schlözer*, cit., pg. 108 nota 2 e vedi anche G. VALERA, *Scienza dello Stato*, cit., pg. XLII): appare pertanto per lo meno inesatto il tentativo di definire globalmente questa disciplina, facendo leva soltanto sul ricorrere nella definizione achenwalliana del termine *Staatsverfassung*, come la rappresentazione della dottrina della « costituzione » statuale dei singoli stati. Un tentativo che ricorre ad es.: in F. MERZBACHER, *Staat und ius publicum im*

La parte « filosofica » indaga invece come gli Stati 'dovrebbero' realmente essere, ma la stessa interna articolazione mostra come ormai la dimensione di supremazia tendenzialmente totalizzante del giusnaturalismo — al quale incontestabilmente sarebbe spettata in precedenza la competenza sulla sfera del dover essere — venga, se non completamente superata, tuttavia incanalata in una ben diversa direzione, servendosi di un modello che non può non palesare le sue radici aristoteliche. Mentre infatti, secondo una prospettiva all'epoca ancora largamente presente, lo *Staatsrecht* non era ancora in grado di differenziarsi in maniera decisiva dalla politica proprio in quanto, in assenza di una chiara delimitazione delle sfere spettanti rispettivamente alla società civile e allo Stato, esso veniva a costituire in ogni caso la sede sistematica *anche* della società civile — in considerazione di ciò la stessa Statistica poteva, come si è visto, assurgere ad analisi sia del substrato materiale della società che del suo assetto costituzionale⁽⁹⁾ —, ora nella struttura quadripartita del *Cursus politicus* troviamo delineata dal punto di vi-

deutschen Absolutismus, in *Gedächtnisschrift für Hans Peters*, Berlin-Heidelberg-New York, 1967, pgg. 144-156, 154.

Sui mutamenti semantici del concetto e del termine Stato si può rinviare alla significativa ricerca di P.-L. WEINACHT, *Staat. Studien zur Bedeutungsgeschichte des Wortes von den Anfängen bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin, 1968.

(⁹) Cfr. quanto segnalato alla nota precedente; ampiamente, sulle varie fasi nelle quali si articola l'intero processo, si può vedere M. RIEDEL, *Zur Topologie des klassisch-politischen und des modern-naturrechtlichen Gesellschaftsbegriff*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LI (1965), pg. 308 ss., nonché P.L. WEINACHT, *Staat*, cit., spec. pg. 172 ss. e 199 ss. Non più del tutto utilizzabile in riferimento al periodo che ci interessa si rivela alla luce di queste recenti indagini la pionieristica ricerca di A. O. MEYER, *Zur Geschichte des Wortes Staats*, in *Die Welt als Geschichte*, X (1950), spec. pg. 233 ss., la quale ha anzi piuttosto contribuito a rafforzare il pregiudizio corrente che il termine sia servito come veicolo della teoria dello Stato assolutistico-personalistica (Stato = somma degli *Hobeitsrechte* del Principe) in contrapposizione alla dottrina tradizionale del *Gemeinwesen*, del bene comune esplicitata nell'espressione *Societas civilis*.

In realtà proprio l' 'illuminato' diciottesimo secolo determina il campo semantico della parola Stato, del tutto in conformità con l'antica dottrina, come 'società'. Nel senso di Meyer vedi comunque ancora H. EHMKE, *Staat und Gesellschaft*, cit., pgg. 27-8.

sta sistematico una collocazione nuova e distinta della nozione di « bürgerliche Gesellschaft ».

Le quattro 'materie' che vengono a comporre la carta geografica del piano accademico si susseguono infatti nell'ordine seguente: « Metapolitica » o « Metafisica della Politica », *Staatsrecht*, *Staatsverfassungslehre* ed infine *Staatsverwaltungslehre* o *Regierungswissenschaft*.

Le due ultime discipline sono destinate nell'economia del progetto a mettere in luce rispettivamente i vantaggi e gli svantaggi dello Stato determinandoli a seconda delle influenze necessarie o causali che le diverse costituzioni possono esercitare su di esso e ad ordinare astrattamente la pluralità dei 'negozi di governo', facendovi poi seguire la rappresentazione dei mezzi idonei ad un loro funzionale perseguimento, e segnalando per parte loro la relativa autonomizzazione della dimensione dello *Staatsrecht* dalla prospettiva costituzionale ed amministrativa corrispondente al processo di concentrazione del monopolio della forza nel centro d'imputazione Stato⁽¹⁰⁾; prospettive che comunque sono collocate con tutta chiarezza completamente sul versante di quest'ultimo.

Ciò si rivela appunto possibile proprio grazie all'introduzione di quella nuova disciplina relativa a quanto, letteralmente, « sta al di là della Politica », e nella quale trovano collocazione l'analisi dei diritti prestatuali degli individui e delle circostanze che determinano i partecipanti della società civile — espressa ancora con la formula tradizionale di « *societas civilis* oder *civitas* » — all'« ingresso » nello Stato. In ogni caso, la sede sistematica di quest'ultima, come pure, ed è doveroso notarlo, della dimensione globale del diritto naturale è mutata. Ora è possibile concepire lo 'Staatsrecht' in *contrapposizione* allo stesso diritto naturale come la dottrina degli *Zwangspflichten* e *Zwangsrechten*: la dottrina in definitiva della *vis coactiva* correlata alla centralizzazione del politico nello Stato (e nella sua costituzione ed amministrazione)⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Si veda quanto già accennato *supra*, Premessa, pg. 74, nota 55.

⁽¹¹⁾ Cfr. ancora *supra*, cap. I, nota 80 e vedi anche M. RIEDEL, *Der Begriff der « bürgerlichen Gesellschaft » und das Problem seines geschichtlichen Ursprungs*, in E.-W. BÖCKENFÖRDE, (hrsg) *Staat und Gesellschaft*, cit., pg. 89.

Se quindi dietro le quinte dei problemi di sistematizzazione delle discipline del *Cursus politicus* è possibile scorgere in filigrana gli spostamenti e gli aggiustamenti ai quali gli stessi mutamenti delle strutture sociali tedesche dell'epoca davano origine, non costituirà fonte di soverchia sorpresa la considerazione che un simile processo storico si trova, molto più che 'rispecchiato', rielaborato ed approfondito anche nell'opera di un autore come Spittler — profondamente legato a Gustav Hugo da solide affinità culturali — che in modo ancor più netto di Schlözer amava esplicitamente segnalare la sua lunga consuetudine con lo studio delle strutture politico-costituzionali ed anche economiche della vicina Inghilterra⁽¹²⁾. In questo senso Spittler rivela tuttavia alcuni punti di con-

(12) Ludwig Timotheus Spittler (1752-1810), è senza dubbio una delle figure di punta della scuola storiografica di Gottinga, nella cui Università insegnò a partire dal 1778. Oltre al rilievo che va attribuito alle già menzionate *Vorlesungen über Politik* tenute nel 1796 e ai numerosi lavori dedicati alla storia politica e territoriale del Württemberg e del principato di Hannover, si deve ricordare almeno l'*Entwurf der Europäischen Staaten*, Göttingen 1793: data, quest'ultima, significativa proprio perché testimonia della stretta connessione tra questa impostazione di più ampio respiro universalistico e l'attenzione da lui dedicata alle vicende della rivoluzione francese (cfr. sul punto G. P. GOOCH, *Germany and the French Revolution*, London, 1920, pgg. 86-90).

Non è comunque da sottacere il fatto che egli, prendendo le mosse dai suoi studi filosofici e teologici, iniziati a Tubinga nel 1771, fosse spinto a interessarsi inizialmente, e con un'attitudine assai scettica, a problemi di storia della chiesa e dei dogmi, approdando poi all'insegnamento della storia del diritto canonico, nelle scuole della sua città natale, Stuttgart.

A testimonianza del rilievo che la sua opera ebbe ad assumere bisognerà inoltre notare come essa fu raccolta ancora a partire dal 1827 in un'edizione integrale in quindici volumi: K. WÄCHTER (hrsg), *Ludwig Timotheus Spittlers Sämmtliche Werke*, Stuttgart und Tübingen, 1827 ss.

Per ulteriori informazioni biografiche si può senz'altro rimandare al bel profilo che già nel 1812 ne tracciava Gustav Hugo nell'articolo *Spittler*, in *Civilistisches Magazin*, III, pgg. 485-512, successivamente ripubblicato in volume con l'aggiunta di un saggio di HEBEREN (cfr. G. HUGO, *Beyträge*, cit., Bd. 2, pg. 110), nonché, più recentemente, alle indagini di J. GROLLE, *Landesgeschichte in der Zeit der deutschen Spätaufklärung. Ludwig Timotheus Spittler (1752-1810)*, Göttingen, 1963 e, per il panorama italiano, di L. MARINO, *I maestri della Germania*, cit., pg. 297 ss. e G. VALERA, *Scienza dello Stato*, cit., pgg. 229-232.

tatto con Schlözer e quando, pur in un quadro ancor ben lontano — un giudizio questo valido del resto anche nel caso del suo collega — dal rifiutare nettamente gli elementi tradizionali impliciti nella concezione politica aristotelica o nella dottrina dello Stato come società, approda in ultima analisi alla individuazione della fe-

Meriterebbe poi di essere approfondita, a proposito delle relazioni di Spittler con l'Inghilterra, la connessione tra l'accentuazione della 'differenza' — per usare il termine hegeliano — tra Stato e società e l'apporto che a questa consapevolezza crescente poteva fornire il retroterra culturale rappresentato da opere quali quelle di Adam Smith o di Adam Ferguson. Il primo procedeva infatti alla divisione della 'società civile' nei tre diversi ordini dei proprietari fondiari, dei lavoratori salariati e dei capitalisti, di contro alle precedenti distinzioni che ravvisavano un dualismo tra classe produttiva, rappresentata essenzialmente dagli addetti all'agricoltura, e classe sterile che racchiudeva invece gli industriali e i commercianti (cfr. A. SMITH, *An Inquiry into the nature and causes of the wealth of nations* (1776), trad. it., Milano, 1977, vol. 1, pg. 252 ss. e vedi L. CALABI, *L'uomo «mercante» di A. Smith. Rapporti reali e rapporti personali alle origini della economia politica*, in *Angelus Novus*, XIX (1971), pgg. 3-96).

Questo tema è espressamente recepito e discusso non soltanto da Spittler — *Vorlesungen über Politik*, cit., pg. 366 ss.; cfr. anche G. VALERA, *Scienza dello Stato*, cit., pg. LVI, nota 99 —, ma, dato che non viene perlopiù intravisto, dallo stesso Hugo, il quale espressamente vi dedica alcuni paragrafi del suo diritto naturale: cfr. G. HUGO, *Lehrbruch des Naturrechts⁴*, cit., pg. 164 ss. e pgg. 468-469.

La convergenza tra Hugo e Spittler si ripete a proposito di un altro tema che era invece peculiare alla struttura del ben noto studio di A. FERGUSON, *An Essay on the History of Civil Society* (1767), trad. it., Firenze, 1973 — cfr. ivi P. SALVUCCI, *Introduzione*, pg. XIII, nonché Id., *Adam Ferguson. Sociologia e filosofia politica*, Urbino, 1977, spec. pg. 396 ss. e pg. 587 ss. —, per il quale la divisione del lavoro, propria delle società 'commerciali' avanzate, aveva come sua conseguenza la riduzione dell'uomo a macchina e l'impossibilità di una sua *Bildung* umana e scientifico-umanistica, pur mostrandosi inevitabile dato l'effetto di liberazione delle fonti di ricchezza in essa insito; cfr. ancora L. T. SPITTLER, *Vorlesungen*, cit., pg. 360.

È quindi assai probabile che Hugo — si veda *supra*, cap. III, pg. 282 nota 298 — abbia avuto occasione di familiarizzarsi con queste suggestioni anche grazie ai suoi rapporti di amicizia con lo storico gottinghese: ma, mentre nel caso di Hugo è accertabile una diretta utilizzazione delle opere smithiane, per quanto riguarda invece la politica spittleriana, la fonte principale si rivelerà 'mediata' (cfr. *infra* nota 15), anche se pur sempre significativa per la determinazione dell'orizzonte culturale di cui si discute.

licità come 'fine' dello Stato, è spinto a sottolinearne il carattere di felicità consapevolmente contrapposta al bene comune⁽¹³⁾ e basata sull'egoismo umano': « Soltanto se si è certi che i nostri diritti privati, il nostro patrimonio siano difesi contro qualsiasi attacco, nasce il commercio, nascono tutte le istituzioni, con le quali viene promosso il benessere dell'uomo; mentre tutto ciò è continuamente danneggiato quando si voglia darvi un'impronta che deriva da principi generali procedenti dal potere supremo, invece che adattarlo ai bisogni individuali. *La certezza del diritto è la base di tutto ... Quanto più si dà lavoro allo Stato tanto meno questo lavoro può essere portato a termine.* Anche per questo la storia mostra che generalmente negli Stati in cui il governo si occupa attivamente di tutto, non lascia nulla senza una norma, si realizza il minor numero di importanti novità »⁽¹⁴⁾. Gli elementi che colpiscono in una visione siffatta della Politica come distinta in modo particolarmente chiaro⁽¹⁵⁾, da un lato, dalla statistica e, dall'altro, dalla morale e dal diritto naturale sono più d'uno.

La delimitazione del confine rispetto all'ultima delle discipline citate avviene in un'ottica in ogni caso pur sempre dichiaratamente giuridica e a noi ormai nota⁽¹⁶⁾: Spittler definisce infatti

(13) Cfr. L. T. SPITTLER, *Vorlesungen über Politik*, citate secondo la traduzione contenuta in G. VALERA, *op. cit.*, pg. 309 ss., che comprende le pagine 1-7 e 23-31 dell'originale: « La politica è la spiegazione degli istituti "mediante i quali nello Stato può essere procurata la maggiore quantità possibile di felicità e di gioia di vivere a tutti i suoi membri". Ci si potrebbe a questo punto domandare: perché non viene usata l'espressione bene generale? Per far percepire con immediatezza che il bene generale non può essere raggiunto se non preoccupandosi che le cose vadano bene per tutti » (pg. 313).

Ma si vedano anche più oltre le seguenti significative espressioni: « detto ciò, ci si domandava se dunque non sarebbe meglio mettere in primo piano nella costituzione dello Stato la preoccupazione per il bene comune... Anche a questo interrogativo deve darsi risposta negativa. Sembra che questa estensione del fine dello Stato induca confusione nell'insieme; infatti μ bene, felicità, sono concetti relativi e debbono essere lasciati meglio alla determinazione dei singoli; soltanto gli *Zwangsrechte* si fondano su concetti assoluti... » (pg. 321).

(14) L. T. SPITTLER, *trad. it. cit.*, pg. 322.

(15) *Ibid.*, pg. 313 e 316.

(16) Cfr. *supra*, *Premessa*, pg. 69 ss.

lo Stato come una « *fordauernde Gesellschaft unter einer Regierung nach dem gestimmten Hauptzweck der Sicherung der Zwangsrechte* — sotto la cui denominazione sono da intendersi essenzialmente la libertà e l'uguaglianza giuridica⁽¹⁷⁾ — « *aller Mitglieder derselben* »⁽¹⁸⁾. In tal senso, poiché si dimostra altresì perfettamente consapevole dell'identità da lui in tal modo postulata tra concetto di 'diritto coercitivo' e semplice protezione giuridica del Bürger, egli è il primo dei Gottinghesi — se si eccettui appunto il tardo Schlözer⁽¹⁹⁾, che tuttavia non l'esprimerà con una tale chiarezza — che definisca del tutto apertamente lo Stato non più in termini di Stato del benessere ma invece di *Rechtsstaat*.

In modo significativo accanto a questa determinazione abbiamo visto tuttavia emergere ancora una volta l'esigenza di perseguire la *felicitas* del Bürger e persino la sua 'gioia' di vivere (*Lebensgenuss*)⁽²⁰⁾.

Ma già la formula impiegata — « *die grösstmögliche Summe von Glückseligkeit und Lebensgenuss für sämtliche Mitglieder [des Staats]* » — ci mette in certo senso sull'avviso. Del tutto in contrasto con Achenwall e perlomeno con lo Schlözer del primo periodo⁽²¹⁾, egli istituisce infatti una connessione oggettiva e sistematica tra il tenore dei due contesti, limitando chiaramente lo scopo proposto anche con una tale diversificata espressione alla semplice protezione dell'eguaglianza e libertà giuridica del Bürger⁽²²⁾.

Questo aspetto risulta ancora più chiaro ove si rifletta che il concetto di *felicitas* proposto dal nostro si rivela espressamente condizionato dal presupposto speculare e necessario che lo Stato intervenga nella misura più ristretta possibile nello sviluppo di quella stessa felicità individuale.

Rendersi conto dell'origine di questo atteggiamento è possibile — tenendo conto che ormai questa Politica spittleriana è volta

⁽¹⁷⁾ Cfr. L. T. SPITTLER, *Sämmtliche Werke*, cit., Bd. 15, pgg. 14-16.

⁽¹⁸⁾ *Ibid.*, pg. 23; vedi anche *trad. it. cit.*, pg. 314.

⁽¹⁹⁾ Cfr. ancora *supra*, *Premessa*, pg. 71 ss.

⁽²⁰⁾ Si veda il passo citato in precedenza alla nota 13.

⁽²¹⁾ Cfr. sul punto F. UHLE-WETTLER, *Staatsdenken und England-verebrung*, cit., pg. 72 ss. e 88.

⁽²²⁾ Lo aveva già notato K. WÄCHTER nella *Einleitung* al citato quindicesimo volume delle *Sämmtliche Werke*, pg. XVII.

anche alla evidenziazione della scissione sussistente tra il suo oggetto tradizionale, che le rimane in ogni caso proprio (ovverosia lo Stato), e la quantità di altre strutture sociali altrettanto importanti, che accanto ad esso si delineano, alle quali l'attività dello Stato non si estende, ma che sono tuttavia *e ciò non ostante* da annoverare nell'ambito di quella scienza⁽²³⁾ —, proprio interrogandosi sulla genesi culturale di quell'impostazione che risulta dalle sue pagine. Essa postula non a caso, tra l'altro, la completa sottrazione della sfera del commercio dall'ambito statale, con la relevantissima conseguenza⁽²⁴⁾ di eliminare quasi del tutto dalla prospettiva le que-

(23) L. T. SPITTLER, *trad. it. cit.*, pg. 312; e vedi anche le osservazioni di G. VALERA, *Scienza dello Stato*, cit., pg. LVII.

(24) Anche nel caso dell'accentuazione della felicità del *Bürger* come scopo dello Stato, operata da Achenwall ed in misura diseguale da Schlözer, lo Stato non veniva concepito come scopo in sé, ma come posto al servizio dello stesso soggetto del quale si doveva assicurare la felicità. Ma il rischio di una ricaduta sulle posizioni tradizionali che era insito in questa nuova via d'uscita si rivelava non appena si trattasse di pervenire al momento nel quale la realizzazione di un tal 'servizio' doveva essere prestata: allora infatti quei 'soggetti' *praticamente* potevano ridivenire *oggetti* dello Stato, nel senso che sulle modalità con le quali una simile felicità doveva essere raggiunta era di nuovo arbitro a decidere soltanto lo Stato. In tal modo gli restavano assicurate, già per il solo fatto che esso doveva prendersi cura dell'accrescimento della ricchezza e dell'educazione, ampie possibilità e spazi d'azione, specialmente per quanto aveva riguardo alla sua capacità di intervento nella sfera privata.

In una tale ottica lo Stato poteva funzionare ancora senza soverchi problemi come soggetto economico sia sulla scena nazionale sia su quella internazionale: una qualificazione che anche all'interno doveva evidentemente influire sulla ridefinizione delle stesse priorità sistematiche tra discipline.

Una spia linguistica significativa di queste diverse possibili collocazioni ci è fornita dal distinto atteggiamento di Schlözer e Spittler a proposito dell'utilizzazione del concetto astratto di *Masse*: l'ultima parola di Schlözer era stata che l'obbedienza all'autorità sarebbe dovuta divenire per la massa del *Pöbel* esclusivamente 'meccanica'. Spittler usava invece raramente quel concetto e preferiva porre al suo posto più accurate distinzioni tra le categorie dei contadini, degli *Handwerker*, e così via; di nuovo una segnalazione indiretta, ma significativa, come vedremo in seguito, del reale retroterra a cui il suo atteggiamento 'liberale' faceva capo. Cfr. per ora sull'intera problematica F. UHLE-WETTLER, *op. ult. cit.*, pg. 95-6, che comunque opportunamente rileva come il discorso a proposito della scuola di Gottinga debba

stioni relative al potere, alla *Macht* e, in stretta connessione, alla politica internazionale: la stessa peculiarità del suo modo di fare storiografia, se non esclusivamente, certo prevalentemente dedicato a problemi di storia costituzionale, tende a rivestirsi così di alcuni degli aspetti e delle sfumature della successiva concentrazione liberale sui problemi giuridici e di politica 'interna' ⁽²⁵⁾. Un'origine culturale, si diceva, e per di più non dichiarata: le argomentazioni politico-economiche che Spittler ci fornisce nella sua *Politica* — che, come diremo tra breve, rappresenta l'orizzonte adeguato su cui collocare anche quelle sue stesse opere più risalenti alle quali farà compiaciuto riferimento Gustav Hugo — sono infatti non a caso ricavate da una traduzione letterale di sezioni del famoso saggio *Report on the subject of manufactures* (1791) dovuto alla penna di Alexander Hamilton ⁽²⁶⁾.

Il concetto di felicità proposto da Spittler si armonizzava quindi oggettivamente con la precedente definizione dei compiti dello Stato proprio in ragione della sua non corrispondenza alla tradizione culturale assolutistica tedesca che se ne era venuta servendo in precedenza ⁽²⁷⁾; sebbene evidentemente l'identità terminologi-

sempre giocare sulle sfumature, data la spesso scarsa rigosità, pur essa però sintomatica, con la quale vengono mantenute le posizioni inizialmente assunte ad 'assiomi'.

⁽²⁵⁾ Questi elementi risaltano particolarmente nel fondamentale saggio *Summarische Entwicklung der Entstehungs-Geschichte des Englischen Parlaments* (1789), in *Sämmtliche Werke*, cit., Bd. 14, pgg. 135-170, ora accessibile anche in G. VALERA, *Scienza dello Stato*, cit., pg. 278 ss.; e rimandano, probabilmente, anche alla sua iniziale formazione 'giuridico'-canonica.

⁽²⁶⁾ Cfr. *supra* nota 13; e vedi altresì il passo riportato nel testo alla nota 14. Questo particolare non è tuttavia sfuggito all'attenzione di H. CHRISTERN, *Deutscher Ständestaat und Englischer Parlamentarismus*, München, 1939, pg. 140 nota 1.

Il *Report* di Hamilton era infatti uscito sul *Neues Göttingisches Historisches Magazin*, III, (1794), pgg. 57-110, in una traduzione che evidentemente era stata frutto dell'impegno dello stesso storiografo gottinghese, il quale, insieme con Meiners, rivestiva anche la qualifica di editore di quella medesima rivista.

⁽²⁷⁾ Si tratta di una precisazione che, come avremo agio di osservare, non sarà del tutto priva di rilievo neppure per ciò che concerne la dottrina di Gustav Hugo; la sua figura si muove certamente in costanza di mediazioni culturali, anche diverse, che sono tuttavia pur sempre ascrivibili, in ultima analisi, al contesto discorsivo che veniamo analizzando.

ca determinasse ancora una volta paradossalmente, se abbiamo riguardo a quell'ideale collettivo cui si accennava, una scarsa capacità autodifferenziatrice.

Ma questo tendenziale accantonamento della cultura del *Wohlfahrtsstaat* — che si accennava già meno chiaramente in Schlözer — non può essere idoneamente interpretato soltanto alla luce di questi dati, seppur significativi; senza, cioè, far ulteriore riferimento alla stessa più globale concezione della storia che già si era venuta formando fin dagli anni giovanili ed era tale da recare in sé alcuni elementi di novità che meritano di essere posti in luce⁽²⁸⁾, perché sono atti a rendere ancor meglio conto del clima nel quale Gustav Hugo venne maturando l'idea di dare veste definitiva ad un corso 'civilistico'⁽²⁹⁾.

Spittler è infatti il primo degli illuministi gottinghesi che, pur senza rinunciare almeno inizialmente alla prospettiva generalizzante sulla quale abbiamo cercato di attirare l'attenzione, non ritiene immediatamente opportuno — proprio perché prende le mosse dalla conoscenza della diversità delle forze capaci di condizionare il sorgere e la successiva 'crescita' di tutto ciò che è storico — che gli oggetti storici, dei quali ognuno tende a seguire le sue 'proprie' leggi di sviluppo, vengano sottoposti a regole e a giudizi che abbiano validità generale.

Come si accennava già in uno dei suoi scritti giovanili dedicati alla storia della Chiesa, inizia a mostrarsi uno dei meriti tipici dell'inclinazione storica del Nostro rispetto alla impostazione più tradizionale e dominante in vasti settori dell'operosa attività culturale della Georgia Augusta; l'allentamento del nodo funzionale tra rappresentazione del passato e attività politica attuale⁽³⁰⁾: «Alla sensibilità del nostro secolo potrà certo sembrare ripugnante il voler

(28) In generale, sul pensiero storico di Spittler, oltre alla letteratura già citata, si può ancora utilmente consultare E. SCHAUMKELL, *Geschichte der deutschen Kulturgeschichtsschreibung*, Leipzig, 1905, pg. 88 ss.

(29) Per quanto segue si veda innanzitutto H. A. OPPERMANN, *Die Göttinger gelehrten Anzeigen*, cit., pg. 162 ss. ed inoltre F. UHLE-WETTLER, *Staatsdenken und Englandverehrung*, cit., pg. 83 ss.

(30) Un tale nesso appare particolarmente evidente nei lavori storici di Schlözer; cfr. F. UHLE-WETTLER, *Staatsdenken und Englandverehrung*, cit., spec. pg. 105 nota 3.

scoprire in istituzioni ecclesiastiche e conventuali dell'età di mezzo (des miltlern Zeitalter) ⁽³¹⁾ un lato positivo ..., ma il ricercatore storico non deve semplicemente confermare e restituire la soluzione del suo secolo » ⁽³²⁾. Farsi carico esclusivamente di una simile funzione — benché poi in definitiva il Medioevo rimanga anche per lui un'epoca di barbarie, resta tuttavia degno di nota l'accenno ad una possibile diversa posizione del problema ⁽³³⁾ — vorrebbe significare rendersi colpevoli necessariamente di una obliterazione delle circostanze e dei tempi che formano oggetto dell'indagine ⁽³⁴⁾; ma « *der raisonierende Geschichtsschreiber soll nicht den Theologen machen, sondern Ursachen und Erfolge spähen* » ⁽³⁵⁾.

Un simile atteggiamento non vuol però affatto significare un accantonamento della politica come aspetto dell'interpretazione storica: esso manifesta piuttosto l'emergere di una concezione a più dimensioni. La storia dello Stato — la stessa storia della chiesa e del diritto canonico fa parte della storia statale — non è più unicamente storia delle 'Staatsrevolutionen' che hanno condotto alla costituzione attuale ⁽³⁶⁾, ma anche la storia di rivoluzioni sociali (*Gesellschaftsrevolutionen*) e di *Ideenrevolutionen*; in ultima analisi, la storia di una serie complessa di fattori nella quale il corso propriamente storico-politico degli eventi visti nella loro cornice 'genealogica', ed in essa però come relegati, viene arricchito di uno spessore sociale impensabile per la vecchia storiografia di stampo giuridico ⁽³⁷⁾.

⁽³¹⁾ Per questa suddivisione cfr. *supra* nota 6.

⁽³²⁾ L. T. SPITTLER, *Von einer Findelanstalt in Trier* (1776), in Id., *Sämmtliche Werke*, cit., Bd. 8, pg. 209 ss., 228.

⁽³³⁾ Sulla concezione del Medioevo e del Papato, intesi da Spittler come il grande problema culturale dell'Occidente, cfr. E. SCHAUMKELL, *op. cit.*, pg. 96.

⁽³⁴⁾ L. T. SPITTLER, *loc. ult. cit.*, pg. 216.

⁽³⁵⁾ *Ibid.*, pg. 221.

⁽³⁶⁾ Il termine, utilizzato anche da Hugo (cfr. Id., *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*¹, cit., pg. 164), non va inteso, come si evince anche dal contesto, esclusivamente nel senso 'moderno' di rottura della continuità, ma tende piuttosto a cogliere, in ciò forse più vicino all'accezione latina del termine *revolutio*, i fattori 'in movimento' del processo storico.

⁽³⁷⁾ Cfr. G. VALERA, *Scienza dello Stato*, cit., pg. LXXIII e G. MARINI, *Gustav Hugo*, cit., pg. 63.

In Spittler tuttavia una simile analisi storica è al servizio di uno spostamento d'accento nella costellazione globale dei concetti sino ad allora impiegati nel tentativo di chiarimento della posizione delle società umane e civili considerate fin dalla loro origine. E lo è proprio perché essa cela la postulazione di una struttura per stadi del processo storico, che giunge così ad un suo preciso coronamento. Anche il suo distanziarsi da opinioni, come quelle di Schlözer⁽³⁸⁾, volte ad affermare l'uomo come essere completamente determinato e formato dal suo ambiente, ammettendo invece che fin dalle origini sussisteva la possibilità che a partire dallo stato dell'uomo come animale si sviluppassero delle *Sittengesetze* atte a condurlo fino al raggiungimento dello stadio di essere razionale⁽³⁹⁾; il riconoscimento che pur al livello più basso della scala di valori culturali sia possibile scorgere differenze nel modo di pensare e di organizzare la vita comune, cosicché « auch vielleicht der Mensch in seinem ersten, einfachsten, rohesten Naturzustände sah am Nil ganz anders aus, als am Ohio oder Ganges »⁽⁴⁰⁾; lo stesso stravolgimento ed il sostanziale rifiuto delle vecchie formule della teoria del contratto come costruzione della ragione per ricondurlo alla sua origine non remota nel tempo, e per cogliere da ultimo *storicamente* la presenza e la conclusione dei primi 'contratti' quasi nell'era contemporanea; tutti questi sono elementi che rimandano a quel superamento della concezione del *Wohlfahrtsstaat* ed al connesso mutamento della concezione della storia sotto un ben preciso profilo.

Il coronamento dei progressi della cultura rimanda per Spittler immediatamente al mutamento del quadro di riferimento storica-

(38) Cfr. F. UHLE-WETTLER, *Staatsdenken und Englandverehrung*, cit., pg. 54.

(39) L. T. SPITTLER, *Sämmtliche Werke*, cit., Bd. 15, pg. 14; colpisce qui il parallelo che è possibile istituire con la struttura che assume l'antropologia giuridica all'interno del diritto naturale di Hugo: esso si articola appunto prendendo le mosse dal 'Mensch als Thier', per giungere, attraverso lo stadio intermedio del 'Mensch als Vernünftigen Wesen' alla sua definitiva considerazione come 'Mitglied einer einzelnen Verfassung', una struttura che trascorre pressoché invariata in tutte le edizioni dell'opera.

(40) L. T. SPITTLER, *Sämmtliche Werke*, cit., Bd. 15, pg. 8.

mente originario dell'insorgere dello Stato che si rivelava inizialmente « *blos in dem Rechte des Stärkeren zu suchen* »⁽⁴¹⁾. Un tale mutamento è determinato dal sorgere 'recente' di un nuovo soggetto storico: « *Überall hat sich erst nach und nach, wie jener Stärkere sein Recht gar zu sehr zu missbrauchen anfieng, und allmählich auch die mit grossen Unrecht zu einem Staat Zusammengesetzte Gesellschaft Cultur und Aufklärung zu gewinnen strebte, und also die Menschen ... ihre ... Rechte, wieder hervorsuchten, die wahrhaft natürliche Ordnung der Dinge gebildet* »⁽²⁴⁾.

Tali contratti non si pongono quindi chiaramente più all'inizio della vicenda storica della vita dello Stato; gli Stati si sviluppano fino a giungere al contratto sociale in un processo che è univocamente determinato dalla crescente sostituzione della violenza e del potere con il diritto.

Dal momento che si è passati da un'ipotesi di carattere giusnaturalistico — alla quale venivano poi aggiunte per così dire in modo del tutto esteriore le più diverse correlazioni con le realtà effettivamente date —, ad un ideale, ad una finalità *etica*, si può comprendere come dovesse essere assai dura la reazione rispetto a chi tentasse di squalificare un simile tipo di storiografia come semplice

⁽⁴¹⁾ *Ibid.*, pg. 54.

⁽⁴²⁾ *Ibidem*. È significativa in questo contesto l'osservazione tendente a mettere in luce come, nonostante l'influsso sempre crescente nel principato di Hannover — un principato, non lo si dimentichi, legato all'epoca in unione personale con l'Inghilterra — delle idee di Burke, proprio nelle *Vorlesungen* di Spittler e più ampiamente nell'intera sua opera non se ne trovi traccia alcuna; cfr. in questo senso G. REXIUS, *Studien zur Staatslehre der historischen Schule*, cit., pg. 506, il quale però, d'altro canto, nell'affermare *sic et simpliciter* che il nostro attribuisce al contratto di formazione dello Stato 'addirittura' una realtà storica, sembra disconoscere la novità e la complessità della sua reale collocazione.

In ogni caso è tuttavia esatto che in ultima analisi, al di là delle variazioni contenutistiche, l'impedimento più forte per un 'definitivo' superamento dei principii giusnaturalistici giaceva pur sempre in quello che potrebbe con un'espressione forse un po' troppo abbreviata essere definito 'metodo empirico'. La verità è forse che un simile 'superamento' non era in fondo affatto incluso tra i fini che si intendevano realisticamente raggiungere, e corrisponde assai di più ad una proiezione operata *a posteriori*.

« aggregato di fatti »⁽⁴³⁾. Una reazione che, pur testimoniando di quell'importante separazione perseguita da Spittler dell'attività storica dal presente, finiva però, con la collaterale assunzione che non esista « zwischen Philosophie und Geschichte kein notwendiger Zusammenhang »⁽⁴⁴⁾, per istituire uno iato assai forte anche tra

(43) Si vuole qui alludere ad un lavoro del kantiano K. L. H. Pölitz — tra l'altro editore delle opere del maestro, cfr. H. BÖCKERSTETTE, *Aporien der Freiheit und ihre Aufklärung durch Kant*, Stuttgart-Bad-Cannstadt, 1982, pg. 300 —, che prendendo lo spunto dalle *Ideen zur einer Allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Hinsicht* del filosofo di Königsberg, ne aveva ricavato le sue *Grundlinien zur Pragmatischen Weltgeschichte, als Versuch sie auf ein Princip zurückzuführen*: esse occasionarono appunto la recensione di Spittler in questione, comparsa sulle 'Göttingische Gelehrte Anzeigen' del 1795 (Stück 22).

Tutta la vicenda è riportata in H. A. OPPERMANN, *op. cit.*, pg. 164, dal quale sono tratte anche le successive citazioni.

L'attribuzione della recensione alla persona del Nostro, operata « con verosimiglianza » da Oppermann, oltre che da ragioni di coerenza contenutistica ed interna, ci sembra confortata da un'ulteriore e significativo rilievo. È infatti dato poco noto che lo stesso Hugo ebbe a prendere posizione sul lavoro storiografico di cui si discute nell'articolo *Anzeige von Herrn Advoc. Oppermann Geschichte dieser Anzeigen*, in *Id.*, *Beyträge*, cit., Bd. 3, Berlin, 1844, pgg. 1-41, sottolineando tra l'altro alcune inesattezze di attribuzione avvenute nell'identificazione dei recensori: senza tuttavia potere elevare alcuna rimostranza sulla sezione da noi presa in esame, che certo non doveva essere sfuggita alla sua attenzione di vecchio amico ed allievo di Spittler.

(44) H. A. OPPERMANN, *Die Göttinger gelehrten Anzeigen*, cit., pg. 167: si tratta in questo caso dell'analisi della lezione di commiato dello stesso Pölitz che era titolata, in modo, vorremmo dire, tipicamente kantiano, 'Sulla necessaria connessione della filosofia con la storia dell'umanità'; un'analisi che apparve sulla medesima Rivista nello stesso anno 1795, (Stück 86). Spittler poteva così ironicamente proseguire: « richtiger und deutlicher wäre es doch, man spräche von Geschichte *a priori* (wie es nach den Entdeckungen der neuesten Philosophie in der Welt hat hergehen müssen) und *a posteriori*, wie es laut den vorhandenen Berichten darin hergangen ist » (*loc. cit.*).

Sul problema dei gradi di scientificità di *Philosophie* (e *Politik*) da un lato e *Historie* dall'altro vi è invece tra Hugo e Spittler una notevole convergenza: anche per lo storiografo gottinghese la Storia viene a rappresentare l'individuale, e pertanto, per fondare scientificamente la politica, bisogna ricondurla fundamentalmente a principi *a priori*; confronta *supra*

trattazione storica e trattazione filosofica⁽⁴⁵⁾; una posizione che tuttavia, come si sarà già in parte potuto notare, non verrà in questo caso del tutto condivisa neppure da Gustav Hugo: « Wenn der erste Zweck der Geschichte nicht verkannt werden, wenn sie die treue Erzählerin der vergangenen Begebenheiten bleiben sollte, so folge daraus, dass sie von allem äusserm Einflusse, philosophischen nicht weniger als theologischen, rein erhalten werden müsse, und dass wenigstens die Gefahr, sich von ihrer Hauptbestimmung zu entfernen, in eben dem Masse zunehme, als man jenem Hauptzweck einen andern unterzuordnen anfange »⁽⁴⁶⁾.

La ' storia a posteriori ' di Spittler è quindi volta, come a suo scopo più o meno esplicitamente confessato, a cogliere questi « ständische Verträge » nella loro qualità di segnali indicatori dello sviluppo che abbiamo delineato verso una definitiva instaurazione della sicurezza e certezza del diritto dell'individuo: essi possono così acquistare in ultima analisi una rilevanza non solo storica o politica ma *culturale*, e vengono pertanto trasportati nel regno della *Sittlichkeit*. Si comprende allora come la rappresentazione dei ' progressi ' culturali che si compiono nella costituzione e nel grado di partecipazione dei popoli al governo sia ciò che conferisce alla sua ' maniera ' storiografica quella tendenza a concentrarsi sui problemi sociologici e costituzionali.

Ma, ben al di là di ciò, è il carattere necessario che questa ' svolta ' acquista che va esaminato, come si accennava, proprio al livello dell'emersione di uno dei problemi centrali di Spittler; quel problema che ha fatto scorgere a taluno, nelle parole con cui esso viene più icasticamente proposto, « la prima influenza veramente significativa della rivoluzione francese sulla storiografia tedesca »⁽⁴⁷⁾. Egli infatti, nell'introduzione ai suoi ' Lineamenti di una storia

cap. III, pg. 222 ss., anche per le sfumature non sempre univocamente determinate dell'atteggiamento di Hugo su questo tema.

⁽⁴⁵⁾ È da dire, ad ogni buon conto, che per Spittler filosofia e teologia vengono spesso accostate in un'endiadi, così da far pensare che si tratti in questo caso di un ideale emancipatorio assai più comprensibile nelle sue finalità.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. H. A. OPPERMANN, *op. ult. cit.*, pg. 165.

⁽⁴⁷⁾ Così H. VON CAEMMERER, *Ranke « Grösse Mächte » und die Geschichtsschreibung des 18. Jahrhunderts*, Berlin, 1940, pg. 296.

degli Stati europei', poteva così esprimersi: « Man fragt jetzt ... gleich darnach, *wenn und wie ist ein dritten Stand* emporgekommen? wie haben sich die Verhältnisse der Stände unter einander, und wie die Verhältnisse der Stände zum Regenten gebildet?... und billig muss das Compendium auch Constitution des Reichs so zum Hauptthema sich machen, dass sich die Auswahl der Begebenheiten vorzüglich darnach richtet » (48).

In realtà fin dalla giovinezza egli aveva sempre guardato allo Stato prendendo le mosse dai ceti, dagli *Stände*, e questo voleva sostanzialmente significare per un cittadino del Württemberg che l'ottica tramite la quale il problema Stato poteva venire localizzato era, non casualmente, proprio per buona parte rappresentata da quella del terzo stato e delle sue lotte, dal momento che la nobiltà territoriale del *Land* era ormai divenuta 'imperiale', 'Reichsunmittelbar', e d'altro canto al clero non poteva riconoscersi in ogni modo che un ruolo specifico assai limitato (49).

Con ciò non si vuole suggerire comunque l'impressione che il concetto di terzo stato si manifesti del tutto chiaro agli occhi dello stesso autore, o che esso possa *sic et simpliciter* identificarsi con il concetto di *Bürgerstand*. Come mostra la significativa analisi della costituzione inglese, rimasta incompiuta e ferma al 1388 ma volta principalmente a chiarire anche le 'origini' del cosiddetto terzo stato — al di là di ogni incertezza terminologica inteso come la somma di quelle forze sociali che si mostravano in grado di spezzare l'antico regime (50) —, ed inoltre a dar conto delle interrelazioni esistenti tra sistema feudale e *Nationalfreiheit*, egli tendeva a sottolineare proprio la convergenza tra ceti nobiliare e grossa borghesia come una delle motivazioni principali dell'esito favorevole di cui si poterono giovare le aspirazioni libertarie all'interno

(48) L. T. SPITTLER, *Entwurf der Geschichte der Europäischen Staaten*, Göttingen, 1793, in Id., *Sämmtliche Werke*, Bd. 3, pg. V ss.

Per ulteriori informazioni sulla collocazione di questo lavoro nel panorama delle opere spittleriane, cfr. ancora G. VALERA, *Scienza dello Stato*, cit., pg. LXX ss.

(49) Cfr. F. UHLE-WETTLER, *Staatsdenken und Englandverehrung*, cit., pg. 89 e E. HÖLZLE, *Das alte Recht und die Revolution*, München, 1931, pg. 11 ss.

(50) Si veda G. VALERA, *op. ult. cit.*, pg. LXXII, nota 131.

dell'antica costituzione inglese⁽⁵¹⁾, assunta ormai contemporanea-
mente anche a modello del movimento liberale del suo tempo.

Sia come sia, è proprio questa seconda dimensione che caratterizza quel compimento della dissoluzione dell'ideale del *Wohlfahrt* di cui si discorreva.

Quel compimento si realizzava quindi essenzialmente sotto l'influsso di un patrimonio culturale a forte contenuto cetuale; d'idee che avevano perciò le loro radici in un'epoca ormai trascorsa.

L'operazione culturale che Spittler portava a termine diviene così assai più palese ed è proprio la forza residua della sua ideologia cetuale che lo doveva condurre quasi fatalmente nella sua attività di storico ad affrontare problematiche di taglio storico-costituzionale: in tal modo però le idee sulle quali più tardi lo stesso movimento liberale si sarebbe appoggiato subentravano nel posto tradizionalmente riservato al patrimonio culturale assolutistico, ed ora lasciato vuoto. In sostanza furono principalmente idee cetuali che

(51) Cfr. sul punto H. CHRISTERN, *Deutscher Ständestaat*, cit., pg. 130 ss. Anche l'atteggiamento di Spittler nei confronti dell'aristocrazia come forma 'governativa' si manifesta contraddittorio; infatti oltre alla tradizionale tripartizione delle forme di governo in repubblica, monarchia e aristocrazia, Spittler, probabilmente sulla base di suggerimenti che gli provenivano da una familiarità con i lavori di Möser (cfr. K. HUNGER, *Die Bedeutung der Universität Göttingen*, cit., pg. 52 E. J. TROJAN, *Über Justus Möser, Johann Gottfried Herder und Gustav Hugo*, cit., pg. 10 ss.), dà un resoconto di quelle stesse forme tradotto nella singolare terminologia volta a ravvisare nello Stato una società per azioni. In quest'ottica sembrerebbe a prima vista che l'aristocrazia si potesse rivelare come la miglior forma di governo; ma Spittler, proprio giunto in conclusione del suo resoconto, rifiuta, con un improvviso voltafaccia, la praticabilità stessa del modello (*Sämmtliche Werke*, cit., Bd. 15, pg. 90 ss. e 96). Del resto, è da rilevare che una valutazione positiva della forma di governo aristocratica si presenta già di per sé come una testimonianza filologicamente 'sospetta', dato che essa non collima con quelle che erano le posizioni di tutta la scuola di Gottinga e persino di un Rehberg o di un Brandes. La contraddizione va forse ricercata nell'incerto stato redazionale nel quale le lezioni sulla politica sono giunte alla stampa: esse sono state infatti tratte da un manoscritto dello stesso autore integrato però in maniera attualmente non più ricostruibile con trascrizioni operate direttamente dai suoi allievi. Cfr. in questo senso già K. WÄCHTER, *Introduzione* in L. T. SPITTLER, *Sämmtliche Werke*, Bd. 15, pg. X.

gli consentirono un trapasso privo di momenti di rottura tra una concezione dello Stato preassolutistica e quella propria della teoria liberale.

Già la stessa storia del diritto canonico del 1777⁽⁵²⁾ che attrasse su di lui l'attenzione della Facoltà Gottinghese determinandone la chiamata a coprirvi la cattedra di storia della Chiesa e dei dogmi — quella storia che costituisce, per così dire, la prova generale del più celebre *Grundriss der Geschichte der Christlichen Kirche*⁽⁵³⁾ — denota in non piccola misura una identica intonazione politica: « *Kein Staat hat alle Abwechslungen von Verschlimmerung und Wiederherstellung so durchlaufen; in keinem Staat hat sich die ursprünglich demokratische Freiheit ... anfangs in Aristokratie, und endlich in mehr als orientalischen Despotismus verloren ... als in der Gesellschaft der christlichen Kirche* »⁽⁵⁴⁾.

(52) Il titolo corretto è il seguente: *Geschichte des Kanonischen Rechts vor dem falschen Isidor*, Tübingen, 1777, accessibile ora nel primo volume delle succitate *Sämmtliche Werke*.

(53) L. T. SPITTLER, *Grundriss der Geschichte der Christlichen Kirche*, Göttingen, 1782, ristampato successivamente nel secondo volume delle 'editio princeps'. Merita appena, dopo quanto già osservato *supra* in nota 6, segnalare ancora quella continuità con le concezioni storiografiche della scuola di Halle che era implicita nel fatto stesso di prospettare una centralità della *Kirchengeschichte*, accanto alla *Reichshistorie* e alla storia letteraria. Può però essere interessante osservare che l'anno di edizione del *Grundriss* segna anche un punto di svolta nell'attività di storico dello Spittler; egli d'ora in poi si volgerà sempre più alla storia politica e territoriale in senso stretto: il momento di trapasso è certamente rappresentato dalle sue *Vorlesungen über die Griechen und Römer* — cfr. in proposito K. HUNGER, *Die Bedeutung der Universität Göttingen*, cit., pg. 32, nonché H. A. OPPERMAN, *Die Göttinger gelehrten Anzeigen*, cit., pg. 106. —

Mentre, come subito vedremo, il riferimento di Hugo allo Spittler storico della chiesa è preciso e ricorre a più riprese, non altrettanto può dirsi per ciò che riguarda le *Vorlesungen*. Data l'accuratezza con la quale Hugo era solito indicare le sue fonti, si potrebbe forse concludere per una esclusione di un influsso scaturente da queste lezioni antichistiche, ma la cosa meriterebbe certo in ogni caso un'indagine più approfondita, non foss'altro perché, proprio in seguito allo stretto legame di amicizia che intercorreva fra i due, si potrebbe congetturare una minore meticolosità nel segnalare filologicamente tutte le valenze culturali.

(54) L. T. SPITTLER, *Sämmtliche Werke*, cit., Bd. 1, pg. 3. È sintomatico inoltre il contenuto dei primi paragrafi di questo lavoro di storia

I lineamenti contengono in germe tutti gli elementi costitutivi del metodo di Spittler e non si può perciò considerare la forte inclinazione spittleriana all'individuale storico una componente esclusivamente appartenente al periodo dedicato alla storia territoriale. Essa emerge anzi specificatamente negli anni '80⁽⁵⁵⁾, nonostante che questi rappresentino in definitiva — non però a giudizio del contemporaneo Heeren⁽⁵⁶⁾ — una fase transitoria del pensiero di Spittler nel suo trapasso ai più assorbenti interessi della storia specificatamente politica⁽⁵⁷⁾. Sebbene, quindi, si possa in un primo tempo supporre una sua notevole lontananza da quelle problematiche della periodizzazione e della sistematica nella storia che erano tipiche dell'impostazione storiografica gottinghese, è invece proprio nell'ambito della storia ecclesiastica che emerge anche a livello teorico la consapevolezza che il sistema e la periodizzazione rappresentino momenti irrinunciabili rispetto ad una raffigurazione della storia che la vede invece come un ' ganzes Continuum '. Questo atteggiamento lo riavvicina così in maniera nettamente definita ad autori come Gatterer o, più tardi, Schlözer: « io ho tralasciato tutto quanto è puramente erudito, ho riassunto brevemente i principali momenti pragmatici in modo ora più evidente ora meno, ho tentato di condurre il lettore *in quel luogo* dal quale egli potesse vedere a mio avviso nel modo migliore *l'insieme e il rapporto fra tutte le singole parti* »⁽⁵⁸⁾.

ecclesiastica, quale ci risulta già fin dall'indice analitico: paragrafi 1-3, Kirchenverfassung und Kirchenrecht zu der Zeit der Apostel; par. 4-5, Ursachen der früh verloschenen *Demokratie* in den Cristlichen Gemeinden, par. 7, Etnstehung des Subordinationssystem (cfr. F. UHLE-WETTLER, *Staatsdenken und Englandverehrung*, cit., pg. 87 nota 1).

⁽⁵⁵⁾ F. UHLE-WETTLER, *loc. ult. cit.*, pg. 105 nota 3.

⁽⁵⁶⁾ Che egli invece considerava — sia sotto il profilo dell'impegno filologico profuso che sotto quello della documentazione, dell'oggettività della trattazione e dei risultati linguistici raggiunti — la migliore opera del nostro storico; un giudizio fatto proprio fondamentalmente anche da Gustav Hugo (cfr. L. MARINO, *I Maestri della Germania*, cit., pg. 298 ss.).

⁽⁵⁷⁾ K. HUNGER, *Die Bedeutung der Universität Göttingen*, cit., pg. 26.

⁽⁵⁸⁾ L. T. SPITTLER, *Grundriss*, cit., pg. 216, qui riportato secondo la traduzione di G. VALERA, in *Scienza dello Stato*, cit., pg. LXXXV nota 156.

Non può più a questo punto essere considerata fonte di sorpresa l'affermazione che il 'corso civilistico' immaginato da Hugo ed essenziale per la comprensione dei futuri sviluppi della scienza delle Pandette — al di là di tutte le sue innegabili pedanterie e della sua configurazione che è rimasta in definitiva ferma a uno stadio compendiario, così da presentare al lettore odierno spesso insormontabili difficoltà di decifrazione⁽⁵⁹⁾, dal momento che esso fin dall'inizio era stato concepito per essere integrato nel corso della concreta analisi che si sarebbe dovuta sviluppare durante le singole lezioni orali — si situò in una condizione di equidistanza, quasi a costituire un contrappunto civilistico del 'corso' politico schlözeriano e della *Kirchengeschichte* spittleriana. Questa sua collocazione 'sistematica', — e ci scusiamo se abusiamo per una volta del termine che funge da oggetto e da linea direttrice nella nostra ricerca — appare la più atta a delinearne, per lo meno in negativo, già in qualche modo i contorni.

Che non si possa trattare solo di una collocazione casuale lo testimonia, ben al di là della sola — eppur ben significativa — dedica dell'intero *Civilistischer Cursus* a Spittler, il costante compiacimento che Hugo sempre manifestò in relazione al giudizio espresso da Haubold⁽⁶⁰⁾, secondo il quale egli avrebbe coerentemente e coscientemente inteso realizzare per la storia del diritto romano — il cui decisivo rilievo sul piano della struttura del corso e nella determinazione della tonalità di esso abbiamo avuto modo di lumeggiare — ciò che Spittler aveva già compiuto per la *Kirchengeschichte*⁽⁶¹⁾. Si tratta di un giudizio in qualche misura 'provocato', dal momento che proprio nella prima edizione della *Römische Rechtsgeschichte* si poteva leggere la seguente programmatica dichiarazione: « Una tale storia del diritto può nell'ambito della giurisprudenza mostrarsi altrettanto utile quanto lo sono la storia della Chiesa e la storia dei dogmi nel campo della teologia. Senza di essa non ci si può in nessun modo proporre uno studio approfondito, ma, al contrario, la si può invece del tutto trala-

(59) Cfr. E. J. TROJAN, *op. ult. cit.*, pg. 80.

(60) Nella recensione citata *supra* cap. III, nota 334.

(61) G. HUGO, *Beyträge*, cit., Bd. 1, pg. 424.

sciare, qualora ci si voglia apprestare ad imparare soltanto ciò che si lascia *immediatamente* applicare nella prassi »⁽⁶²⁾.

Ma Hugo andava anche al di là di simili affermazioni, e poteva con grande lucidità riconoscere il retroterra immediato della problematica del sistema nella storia, quale Reitemeier l'aveva proposto, senza indicarne tuttavia le fonti o l'origine culturale. Una soluzione, questa, alla quale, « quasi tutte le altre sezioni della *storia politica* e della *storia ecclesiastica* quasi necessariamente avevano dovuto condurre »⁽⁶³⁾. Riconoscimento che acquista tutto il suo rilievo ove solo si rifletta come proprio la *Vorstellung seiner Universalhistorie* di Schlözer⁽⁶⁴⁾ — che seguiva non a caso, nell'esigenza di collegare il metodo puramente sincronistico alla esplicazione cronologica dei fatti, le suggestioni di Gatterer alle quali abbiamo fatto riferimento⁽⁶⁵⁾ — venne a costituire per Herder l'occasione di scatenare una drastica polemica⁽⁶⁶⁾ contro la concezione gottinghese della storia come storia delle *Revolutionen*: una storia che prende cioè in considerazione i singoli momenti temporali nella loro individualità inserendoli poi nel sistema.

Ad essa Herder — del quale vale qui appena la pena di ricordare l'influenza sulla concezione storico-giuridica del Savigny⁽⁶⁷⁾ —

⁽⁶²⁾ G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*¹, cit., pg. 2.

⁽⁶³⁾ G. HUGO, *Beyträge*, cit., Bd. 2, pg. 181.

⁽⁶⁴⁾ A. L. SCHLÖZER, *Vorstellung seiner Universalhistorie*, Bd. 1 e 2, Göttingen, 1772-73, alla quale più tardi fece seguito una seconda edizione corretta, dall'identico titolo e apparsa a Gotha e Göttingen nel 1775.

⁽⁶⁵⁾ Oltre ai testi citati *supra*, pg. 224 ss., si può far riferimento anche all'ampio saggio *Vom historischen Plan und der darauf sich gründenden Zusammenfügung der Erzählung*, in *Allgemeine historische Bibliothek*, I (1767), pgg. 15-43, ora opportunamente tradotto in G. VALERA, *op. cit.*, pg. 50 ss.; si vedano, per il problema che ci interessa più da vicino, specialmente le pagine 60-3, laddove il mutamento di prospettiva viene inoltre posto in correlazione con il superamento della partizione storiografica secondo le quattro monarchie (cfr. *supra* nota 6). Per una esauriente analisi di questi contesti si veda particolarmente N. HAMMERSTEIN, *Jus und Historie*, cit., pg. 363 ss.

⁽⁶⁶⁾ Nella recensione alla prima edizione del volume apparsa sulle *Frankfurter Gelehrten Anzeigen*, LX (1772), pg. 475 ss. Su tutta la polemica si veda da ultimo G. VALERA, *op. cit.*, pg. 123 ss.

⁽⁶⁷⁾ Ci sembra a questo proposito quasi superfluo ricordare il rapporto sussistente fra la dottrina storica savignyana e le teoriche herderiane,

voleva invece vedere contrapposta una storia universale come storia del progresso umano. Una storia di questo tipo non poteva non proporsi allora che come 'un tutto continuo'. Siamo di fronte, come si vede, ad un momento cruciale del dibattito.

Infatti l'abbracciare la prospettiva dualistica implicita nel metodo sincronistico veniva a significare sia per Schlözer che per Spittler — come, prima di loro può valere per Gatterer, e successivamente per Gustav Hugo — l'abbandono della concezione della successione cronologica (o, se si vuole, *genealogico*-cronologica) dei fatti come migliore e più naturale guida per ordinare gli eventi — una concezione che non a caso si rivelava particolarmente conveniente ed in uso proprio nella storiografia di tipo giuridico. Quest'ultima lasciava il posto ad un diverso tipo di organizzazione sistematica, che poteva condurre in definitiva anche ad una valutazione assai distinta del ruolo spettante al fatto nella storia. Anche per questa via, cioè, valutazione dell'individualità del fatto e sistema si rivelano dimensioni interscambiabili e speculari — non senza intenzione Schlözer esprimeva una tale consapevolezza paragonando il

un rapporto che è sottoposto ad analisi in tutta un'ampia letteratura; cfr. solo F. ZWILGMEYER, *Die Rechtslehre Savignys*, cit., pg. 47 ss. e nella letteratura più recente ora anche G. HAVERKATE, *Gewissheitsverluste*, cit., pgg. 63-70.

La questione assume rilievo anche sotto un altro profilo. Infatti spesso le espressioni di Hugo concernenti il tema dei rapporti tra diritto e linguaggio, e più in generale la sua stessa concezione della storia, sono interpretate nel senso di una sussistenza di un forte debito che sarebbe stato contratto appunto nei confronti della dottrina herderiana; — in una tale direzione si indirizzava già K. HUNGER, *Die Bedeutung der Universität Göttingen*, cit., pg. 15, seguito poi, tra gli altri, da F. ZWILGMEYER, *loc. ult. cit.*, pg. 7 nota 7.

In realtà, proprio nei contesti che rilevano in relazione a questo problema, non ci sarà dato di incontrare il nome di Herder. Questo elemento nel caso di un autore, come si diceva così scrupoloso nell'addurre le proprie fonti dovrebbe costituire già di per sé un motivo di riflessione. Ancor più interessante ci pare però il precoce ed esplicito rifiuto da parte di Herder della prospettiva metodologica centrale della scuola Gottinghese, prospettiva alla quale invece Hugo rimarrà sempre fedele. Ci sembra che la dubbio consistenza del richiamo ad ascendenze herderiane nel caso di Hugo fosse stata bene avvertita da G. MARINI, *op. cit.*, pg. 128, che tuttavia non prende espressamente in esame il profilo cui si accennava.

« Systema Historiae » esplicitamente con il « Systema Naturae » di Linneo⁽⁶⁸⁾ — e coerentemente opposte alla concezione organicistica, che trovava invece il suo cammino agevolato proprio dalla vecchia concezione cronologica della storia giuridica.

Il richiamo quindi alla storia ecclesiastica di Spittler — giudicato da Herder un « verschliffener akademischen Politik - und Geschichtslehrer » del tutto immeritevole della qualifica di storico⁽⁶⁹⁾ — e al dibattito metodologico svoltosi nelle varie branche della storia politica⁽⁷⁰⁾ ci offre nuovi lumi mostrandoci così sotto quale segno il corso di Hugo si venga ad iscrivere.

2. Passeremo tuttavia ad analizzare più 'direttamente' questo stesso corso sotto lo specifico profilo del problema del ruolo del sistema del diritto romano attuale, delle ulteriori sfaccettature culturali che determinarono l'identificazione di questo concetto così 'contraddittorio', e successivamente la sua sistematizzazione, nell'ambito della 'parte speciale'. Prima di poter giungere ad esaminare più da vicino questi aspetti sarà infatti inevitabile soffermarsi su alcune considerazioni 'archeologico'-introspettive che già sembrano emergere con una certa impellenza da quanto siamo venuti esponendo intorno al proscenio sul quale il rinnovamento della scienza civilistica verrà a recitare, per così dire, il suo monologo.

È un'analisi quella a cui si accennava che si rende necessaria dal momento che, se non andiamo errati, la peculiare presa di posizione di Hugo a proposito del problema del diritto romano attuale — e peculiare proprio rispetto a quella sostenuta dal maestro della Scuola Storica — sembra essere sfuggita alla quasi totalità degli interpreti, i quali si sono contentati di rilevare come nella

⁽⁶⁸⁾ E proprio in risposta alle critiche herderiane, cfr. B. WARLICH, *August Ludwig Schlözer*, cit., pg. 139 e nota 108.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. F. UHLE-WETTLER, *Staatsdenken und Englandverehrung*, cit., pg. 82 nota 4; H. OPPERMAN, *Die Göttinger gelehrten Anzeigen*, cit., pg. 164 vuole invece ricondurre, a livello di ipotesi, gli elementi di novità insiti nell'impostazione di Spittler proprio ad un *Gedankengut* herderiano, senza addurre tuttavia alcuna fonte testuale attendibile.

⁽⁷⁰⁾ La familiarità di Hugo con la *Universalgeschichte* di Schlözer, certo criticata a proposito di specifici problemi di valutazione storiografica si può ricavare già da una citazione risalente al 1790 (cfr. ID., *Beyträge*, cit., Bd. 1, pg. 192 e nota).

controversia fra Thibaut e Savigny il Nostro si sia apertamente e decisamente schierato, 'dalla parte' del secondo⁽⁷¹⁾, tralasciando così di conseguenza, ma del tutto coerentemente, di riflettere altresì sul fatto che la svolta più accentuatamente 'dogmatica' del Savigny del 1840 può essere, e non da ultimo, ricondotta in parte proprio ad un influsso su di lui esercitato in questo senso dal suo 'nemico' Thibaut⁽⁷²⁾.

Più d'uno potrà a questo punto domandarsi però se l'insistenza nel lumeggiare i tentativi operati nell'ambito della scuola di Gottinga — ma solo in parte riusciti — di superare la concezione tradizionale della dottrina degli scopi dello Stato o di riconfigurarla attribuendole modalità e prospettive più consone all'emergere di un soggetto storico come il terzo stato — un soggetto del quale certo si era tuttavia ben lontani dal sottolineare esclusivamente la dimensione borghese —, ci possa in ultima analisi condurre a scorgere un contesto di interna connessione con la problematica dell'emersione del concetto di sistema e con il nuovo ruolo che a partire dall'introduzione di questo concetto viene a spettare alla scienza giuridica privatistica.

Noi crediamo, e ci sembra di avere già fornito alcune indicazioni sulla via che conduce a quest'ultimo e definitivo interrogativo, che la risposta debba essere affermativa.

Essa però ci induce altresì ad individuare e a distinguere due specifiche linee direttrici sulle quali il fenomeno potrà muoversi.

È evidente infatti come quella che abbiamo definito, forse un pò icasticamente, 'ideologia collettiva' dell'*actio finium regundorum*, un'ideologia alla quale anche Gustav Hugo dà più di una

(71) Questo era non casualmente il commento con il quale già H. A. OPPERMANN, *loc. ult. cit.*, pg. 237, aveva potuto accompagnare il resoconto della vicenda: un simile giudizio aveva immediatamente destato l'indignazione di Hugo (Id., *Beyträge*, cit., Bd., 3, pgg. 15 e 39), certo in quella sede tutto preoccupato di rivendicare i meriti suoi ed altrui — in particolare quelli di Schlosser — per quanto avesse riguardo alla priorità temporale, piuttosto che di segnalare la innegabile peculiarità dei suoi intendimenti.

(72) Questa opinione era stata avanzata già da H. DORN, *Die Rechtslehre von Anton Friedrich Justus Thibaut*, Diss. juris, Tübingen, 1958, pg. 84; un lavoro anche altrimenti ricco di interessanti spunti, benché praticamente sconosciuto.

testimonianza di partecipazione — certamente con la particolare caratteristica di interpretarla, realisticamente, non come procedimento puramente scientifico, ma anche come il necessario riflesso di un più generale processo di divisione del lavoro che si veniva concretando ad ogni livello della vita associata⁽⁷³⁾ —, appare evidente, dicevamo, come una tale ideologia postuli uno specifico rapporto con la logica giuridica che le serve da strumento⁽⁷⁴⁾.

Non può essere considerato un caso se uno dei lavori di Hugo che meno è stato sottoposto ad indagine nella ricostruzione del suo pensiero e della stessa vicenda della genesi della scienza giusprivatistica, sia costituito dal volume — rimasto d'altro canto sintomaticamente isolato, pur segnando comunque un rilevante tentativo di approfondimento della conoscenza della riflessione kantiana alla quale sempre si era rivolto come a irrinunciabile guida — che portava per titolo la singolare dicitura *Enciclopedia filosofica per giuristi*⁽⁷⁵⁾.

Un tal volume avrebbe dovuto racchiudere nella sua seconda parte una sezione appositamente dedicata, al di là delle più generali considerazioni sulla *Reine Logik*⁽⁷⁶⁾, particolarmente alla lo-

(73) Ma che, data la sua inevitabilità funzionale, presa a modello dai dotti di Gottinga, ricaccia tutti coloro che non si mostrino capaci di interpretare correttamente i segni dei tempi in una dimensione 'arcaica', premoderna. Cfr. ad es. l'articolo *Daniel Nettelblatt. Einige Bemerkungen über seinen Litterarischen Character*, in *Civilistisches Magazin*, II (1797), pgg. 21-22. Il giudizio su Nettelblatt è tuttavia, come vedremo, — al di là della stessa avversione di fondo verso il personaggio, un'avversione che si palesa fin dal tono nel quale tutto il saggio è condotto — assai più complesso di quanto l'interpretazione tradizionale non riconosca, e ricomprende anche alcuni non irrilevanti momenti di convergenza: del resto, lo stesso Nettelblatt proprio in alcuni punti della sua dottrina — come ad esempio in riferimento al rapporto pubblico-privato, — sembra partecipare anch'egli ai fermenti innovatori e alle inquietudini del suo tempo.

(74) Per alcuni primi accenni indirizzati a rendere fruttuosa la disciplina della logica nell'ambito delle scienze sociali e più in particolare in riferimento alla stessa storiografia si può ormai fare capo al bel lavoro di J. ELSTER, *Logik und Gesellschaft. Widersprüche und mögliche Welten* (1978), trad. ted., Frankfurt am Main, 1981.

(75) G. HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, Bd. 5, *Philosophische Encyclopädie für Juristen*, Berlin, 1802.

(76) *Ibid.*, pg. 23 ss.

gica giuridica, ponendosi così ben all'interno di una tradizione, che attende ancora di essere esplorata appieno, e che, fatta com'è di dissertazioni e di saggi sulla logica per giuristi, corre lungo tutto l'itinerario del '700 giuridico ⁽⁷⁷⁾.

Quello che tuttavia ci preme osservare a questo punto è il fatto che, seppure lo spirito di innovazione kantiano non sia passato senza lasciare traccia anche in questo campo, come testimonia l'affermazione dello stesso Hugo, foriera degli importanti sviluppi successivi, secondo la quale la filosofia (la *scienza* rigorosa, non dimentichiamolo) deve essere ormai contrapposta alla giurisprudenza in quanto la prima rappresenta piuttosto « eine bestimmte Anlage und Bildung des Geistes » ⁽⁷⁸⁾, nonostante tutto ciò — ed è questo il punto rilevante — la giurisprudenza (o meglio, adesso soltanto essa) resta considerata in generale ancora come una « Art von *Kenntnis* » ⁽⁷⁹⁾.

Nel concentrarsi del giurista a preferenza sulla ricerca dei criteri secondo i quali il materiale giuridico può essere suddiviso e rimodellato in ampie sfere ⁽⁸⁰⁾, piuttosto che nel limitarsi esclusivamente alla classificazione accurata dei singoli settori al loro interno, si fa luce in sostanza un rapporto di fiducia con la logica tradizionale (e si potrebbe aggiungere, formale), che lo induce ad utilizzare a prevalenza un preciso concetto di sistema, che ci pare da vicino connesso al taglio enciclopedico di quel procedere.

Come ci sarà dato di osservare più ampiamente quando, nella seconda parte di questa ricerca, riprenderemo e approfondiremo la teorizzazione del sistema propria di Lambert, è infatti possibile in via di principio suddividere — nell'uso che ne ha fa la giurisprudenza — due diversi concetti di sistema.

Uno che può essere definito in modo sintetico come « monoreferenziale » o associativo e che viene in questione qualora, in corrispondenza all'affermazione contenuta in un punto di vista me-

⁽⁷⁷⁾ Cfr. ad es., *infra*, nota 211, pg. 409.

⁽⁷⁸⁾ G. HUGO, *Beyträge*, cit., Bd. 1, pg. 369, nota 4.

⁽⁷⁹⁾ *Ibidem*; l'intero passo recita: « Eigentlich kann man *nur* die Jurisprudenz eine Art von *Kenntnis* nennen, die Philosophie hingegen ist eher eine bestimmte Anlage und Bildung des Geistes ».

⁽⁸⁰⁾ Cfr. sul tema D. VON SCHENCK, *Der Begriff der « Sphäre » in der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1977, dal taglio comunque solo 'teorico'.

dante il quale sia possibile 'ordinare' una serie disparata di elementi (concetti, oggetti, etc.) (*Ordnungsgesichtpunkt*), vengano trascelti e strutturati sistematicamente soltanto quelli che siano sufficienti a soddisfare le condizioni contenute in quel punto di vista, senza preoccuparsi in via principale di determinare ulteriormente il rapporto che intercorre tra loro; l'altro che invece tiene conto anche di questa seconda esigenza e può essere denominato sistema a referenza binaria, o discorsivo, proprio perché ha in sé non soltanto il criterio di esclusione degli elementi estranei, ma altresì lo stesso criterio secondo il quale gli elementi così raccolti vadano successivamente posti in relazione tra loro⁽⁸¹⁾.

Non è difficile osservare che per la tendenza sinora analizzata e propria della impostazione culturale dei giuristi di Gottinga può parlarsi almeno di una attenzione prevalente verso il primo concetto di sistema, benché anche il secondo sia noto ed in certa misura utilizzato⁽⁸²⁾.

Ad ogni buon conto, anche nel caso dell'utilizzazione del secondo concetto non si supera mai il confine segnato dall'usuale riferimento del sistema di proposizioni dogmatiche soltanto al 'sistema normativo'. A ciò si aggiunge anche un secondo ordine di considerazioni; ovvero il sistema si presenta costituito nella sua quasi totalità da concetti 'simmetrici'⁽⁸³⁾, e si rivela perciò in definitiva come tendente all'equilibrio: equilibrio tra diritto ed obbligo, tra diritto soggettivo e diritto oggettivo⁽⁸⁴⁾, e così via.

⁽⁸¹⁾ Si può rimandare per ora a W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. 4, *Dogmatischer Teil, Anhang*, Tübingen, 1977, spec. pg. 84 ss. e A. F.-J. PEINE, *Das Recht als System*, cit., pg. 54. Accenniamo qui appena, ricollegandoci in tal modo ad un'osservazione che emergeva fin nel primo dei testi in questione, che non v'ha luogo a contraddizione tra la concezione della storia e quella del sistema sostenute da ciascun giurista, ma che si tratta, come ci si è finora sforzati di mostrare, anche dallo stesso punto di vista storiografico, di due lati di una identica medaglia: di più, senza fare propria una concezione determinata della storia, non pare possibile approdare ad una coerente idea di sistema.

⁽⁸²⁾ Cfr. ad esempio G. HUGO, *Encyclopädie*², cit., pg. 1.

⁽⁸³⁾ Fondamentale sul punto si rivela R. KOSELLECK, *Zur historisch-politischen Semantik asymmetrischer Gegenbegriffe*, in ID., *Vergangenen Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Frankfurt am Main, 1979, pg. 211 ss.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. *supra* cap. II pg. 156 ss., e cap. III pg. 249 ss.

Esso corrisponde ad una realtà, anche statutale, nella quale il sistema non deve autocostituirsi⁽⁸⁵⁾, non può essere produttivo, proprio in quanto ordina un materiale che gli viene proposto dall'esterno sotto quella condizione che è costitutiva di tutta l'antica tradizione dogmatica: il sistema logico è, e deve essere, cioè, necessariamente diverso dal 'sistema reale', dal mondo degli oggetti⁽⁸⁶⁾.

Il fatto che si accentuò l'attenzione verso il sistema monoreferenziale e che in ogni caso non si superò il punto di vista del sistema come ordinamento di concetti secondo le categorie della logica rinvia quindi ad una doppia serie di fenomeni. Da un lato, il problema della scientificizzazione della giurisprudenza, anche pratica, non costituisce ancora il problema centrale delle tensioni dei giuristi — ed una significativa conferma ci pare offerta dal fatto che la scientificizzazione che Hugo perseguiva, quasi programmaticamente escludeva la dogmatica pratica dal novero dei suoi tentativi. Dall'altro, mediante gli strumenti proposti dalla semplice logica formale non era possibile superare del tutto la dimensione degli scopi nell'ambito della sfera statutale e più ampiamente giuridica, data l'impossibilità di dissolverli all'interno dell'argomentazione. Anche l'incipiente movimento liberale doveva servirsi della dottrina tradizionale, operando soltanto degli spostamenti d'accento e delle riduzioni di prospettiva: con tali strumenti non era in una parola possibile sottrarre definitivamente il diritto alla sfera della teleologia, rendendolo un sistema autoreferenziale, poiché era preclusa proprio la conclusione che rendeva possibile un tale processo: « Die wahre Gestalt, in welcher die Wahrheit existiert, kann allein das wissenschaftliche System derselben sein »⁽⁸⁷⁾.

(85) Vedi sul problema dello statuto concettuale dei sistemi 'auto-poietici' nell'ambito della ricerca scientifica H. R. Maturana and F. J. Varela, *Autopoiesis. The organization of the Living* (1973) in Id., *Autopoiesis and Cognition*, Dordrecht, Boston, London, 1980, pg. 73 ss.

(86) Cfr. M. Herberger, *Dogmatik*, cit., pg. 399 nota 279.

(87) G. F. Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, hrsg. v. Hoffmeister, Leipzig, 1937, pg. 12, citato secondo J. Edelmann, *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz. Eine historisch-kritische Studie über die deutsche Rechtsmethodologie vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich, 1967, pg. 36.

Non siamo lontani quindi dalla supposizione che una tale finalità potesse essere perseguita soltanto rivolgendosi ad una concezione organicistica del sorgere del diritto, che fosse in grado di accantonare la problematica logica tradizionale.

In realtà, come vedremo, la dottrina dell'emersione del diritto dal *Volksgeist*, non elimina il problema del rapporto tra forma e contenuto, tra sistema logico e sistema reale, addirittura non è in grado di stabilire se questo rapporto debba persino aver luogo. La presenza di forme espressive organicistiche di per sé sola non è decisiva di un superamento del punto di vista logistico, proprio perché può ben darsi il caso che la forma nella quale il materiale si produce non sia identica con la forma nella quale si decida di rappresentarlo⁽⁸⁸⁾.

V'è cioè bisogno, in sovrappiù, di un'altra premessa che sia in grado di assolvere il compito proposto, mediante la postulazione di una necessaria uguaglianza tra le due forme.

Tuttavia questo processo, l'aveva già lucidamente compreso il giovane Jhering⁽⁸⁹⁾, poteva ricevere tutto il suo senso solo se lo si fosse letto non soltanto sullo sfondo del mutamento degli strumenti logici, ma al contempo ove ci si fosse resi conto del contesto unitario di problemi che in quel mutamento venivano coinvolti:

⁽⁸⁸⁾ In questo senso si erano già espressi essenzialmente H. KIEFNER, *Lex frater a fratre*, cit., pg. 129 ss., nonché da ultimo H. HAMMEN, *Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*, cit., pg. 50 ss.

⁽⁸⁹⁾ (R. von JHERING), *Die Hauptwendungen im Entwicklungsgange der modernen Staatswissenschaft*, in *Literarische Zeitung*, 1842, n. 29, col. 685 ss., 686. L'autografia dello scritto apparso anonimo è tuttora controversa. W. PLEISTER, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit*, cit., pg. 69 ss., mutando il suo precedente avviso, si dichiara adesso per la tesi negativa. L'autenticità era stata invece sostenuta con pari dovizia di argomenti congetturali e filologici da W. FIKENTSCHER, *Eine Erstlingsarbeit Rudolph von Jherings entdeckt?*, in *Historisches Jahrbuch*, XCIII, (1973), 2. Halbband, pgg. 377-379, e poi in Id., *Methoden des Rechts*, cit., Bd. 3, pg. 205 ss., nonché da M. LOSANO (ed.), *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, Milano, 1977, pgg. 568-570. Una presa di posizione dettagliata su questo argomento supererebbe certamente i limiti, e della nostra ricerca, e della utilizzazione 'oggettiva' di questo passo; la nostra inclinazione ci pare comunque risultare chiaramente dal contesto.

« Indem nun hier in sogenannten " Identität-System ", der Rest des Gegensatzes von Ich und Nicht-Ich aufgelöst sein sollte, so verlor auch der " Staatszweck " seine ganze alte Bedeutung, welche eben der Charackter der rationalistischen Politik ausgemacht hatte »⁽⁹⁰⁾.

Il passaggio da una concezione prevalentemente monoreferenziale ad una a referenza binaria, il rapporto tra scienza e soggetto, i suoi mutamenti, in una con l'emergere di un sistema basato essenzialmente su relazioni ' asimmetriche ' ⁽⁹¹⁾, saranno quindi alcuni dei momenti qualificanti per comprendere la lenta *Wendung* da un modello dogmatico tradizionale al suo definitivo e indolore accantonamento ⁽⁹²⁾, nel tentativo di lasciarsi definitivamente dietro le

⁽⁹⁰⁾ R. von JHERING, *art. cit.*, in *Literarische Zeitung*, 1842, n. 30, col. 705; la prima sottolineatura è nell'originale.

⁽⁹¹⁾ Cosa vogliamo intendere nel testo con il termine *asimmetrico* risulterà forse più chiaro se, riportando alla memoria quella diretta connessione tra diritto ed obbligo che abbiamo visto essere esistente ancora nella dottrina wolfiana, si rilegga a mo' d'esempio il seguente passo di B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main, 1906⁹ (Bearbeitet von T. KEPP), Bd. 1, pg. 164, nota 4 qui riportato secondo la traduzione già in precedenza effettuata da Fadda e Bensa (vol. I, Torino, 1902): « L'opinione dominante vede nella coattività della legge giuridica il criterio che la distingue dalla morale. Io mi oppongo a tale opinione. Io vedo l'antitesi tra legge giuridica e legge morale in ciò, che i precetti della legge morale sono precetti puri e semplici, i precetti della legge giuridica sono precetti in grazia d'un altro, e quindi precetti suoi (di costui) nel senso più sopra esposto. Nella legge morale *non v'è altro che il dovere*; nella legge giuridica il dovere v'è in forza del diritto garantito. A dirla incisivamente, la legge morale stabilisce doveri, *la legge giuridica accorda diritti*. Il diritto non fiancheggiato da mezzi coattivi è un diritto imperfetto, ma non è perciò meno un diritto » (pg. 172).

Sulla funzione che questa asimmetria viene ad esercitare nel sistema cfr. *infra*, parte II.

⁽⁹²⁾ Cfr. M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 410 ss. Un dato degno di nota era contenuto già nel primo lavoro, che, su sollecitazione di Theodor Viehweg, si era venuto occupando, seppur in misura assai più breve e partendo esclusivamente dal nesso dogmatica-teologia, dello stesso sviluppo storico del concetto di dogmatica giuridica. Vogliamo alludere a E. J. THUL, *Untersuchungen zum Begriff der Rechtsdogmatik*, Diss. iuris, Mainz, 1959, che era potuto giungere ad un risultato per più versi sconcertante. Proprio nella Pandetistica tedesca dell'Ottocento, cioè, che è sempre valsa a modello

spalle quella concezione del sistema giuridico che lo voleva unicamente intendere come insieme strutturato di *proposizioni* giuridiche. Un concetto che rimaneva in tal modo rinchiuso soltanto sul piano della sua stessa struttura e che, proponendosi come una teoria 'analitica' del sistema medesimo, offriva il fianco all'accusa di lasciarsi a malapena distinguere dalle pure e semplici classificazioni⁽⁹³⁾.

3. Ernst Landsberg in una breve ma rilevante annotazione in calce alla segnalazione dell'aspra polemica condotta da Hugo nei confronti di Heineccius a proposito della funzione del pretore romano⁽⁹⁴⁾, e svolta proprio in quella significativa sede costituita dalla *Dissertatio de bonorum possessionibus* che gli era valsa nel 1788 il titolo di dottorato ad Halle, aveva agio di osservare come anche al Thomasius fosse riservato un analogo trattamento — quel Tho-

di scienza dogmatica per eccellenza, il termine non compare praticamente quasi più: un segnale linguistico da non sottovalutare.

Sullo sfondo di quanto affermato nel testo e a parziale conferma di quel permanere di una utilizzazione dei lavori del Thibaut 'dogmatico' nel contesto del *System* savignyano, si potrà anticipare la seguente osservazione: il rapporto tra scienza e oggetto nell'opera del fondatore della Scuola Storica ed in quella di Puchta — benché possa sembrare tesi in qualche modo insolita — si configurano realmente in maniera assai diversa, come del tutto diversa è la soluzione che quest'ultimo sceglie, pur all'interno del comune quadro del pensiero organicistico.

Su di un tale presupposto — il tema, cioè, del rapporto con la logica tradizionale — potrà forse essere sensato istituire all'interno della stessa Pandettistica alcune ulteriori differenziazioni in 'filoni', a seconda di una presenza più o meno accentuata della tendenza ad utilizzare gli strumenti di una logica empirica di contro a quelli di una logica idealistica, come da ultimo si è sforzato di fare anche D. TRIPP, *Der Einfluss der Naturwissenschaftlichen, philosophischen und historischen Positivismus auf die deutsche Rechtslehre im 19. Jahrhundert*, Berlin, 1983, spec. pg. 166 ss.

⁽⁹³⁾ Cfr. in tal senso l'interessante articolo di N. LUHMANN, *Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie*, in Id., *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, 1981, pg. 243 e 248. Si potrebbe forse soggiungere che un simile tentativo doveva implicare quasi necessariamente il superamento del principio del terzo escluso, e quindi l'ammissibilità teorica della contraddizione come elemento della costruzione logica.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. *supra* cap. II pg. 162 nota 57.

masius nel quale Hugo avrebbe individuato e combattuto il disprezzatore del diritto romano —, e così poteva concludere: « ci si rende allora evidente come il primo passo della giovane e nuova scienza giuridica conduca ad una aspra lotta e contesa contro gli errori del diciottesimo secolo, ad un'anticipazione del completo disprezzo e della sottovalutazione nella quale essi molto presto verranno a cadere »⁽⁹⁵⁾.

Certamente, in apparenza, Landsberg, come dopo di lui la maggior parte degli interpreti⁽⁹⁶⁾, potevano sentirsi forse confortati a permanere in una presunzione così netta in favore della chiusura degli atti sul rapporto intercorrente tra Thomasius — e più in generale tra lo 'spirito' di Halle — e la dottrina di Hugo, dal leggere proprio nella antiporta della prima edizione dell'Enciclopedia le delucidazioni che lo stesso dotto gottinghese aveva ritenuto opportuno apporvi: « Der gänzliche Mangel eines schon vorhandenen Compendiums hindert aber sehr oft die allgemeinere Einführung gewisser Vorlesungen, und diesem Mangel auch nur einiger Massen abgeholfen zu haben, wäre in meinen Augen und bei meiner Ueberzeugung von dem Nutzen des *Leibnitzisch-Pütterischen Cursus*, wovon eine solche Encyclopädie der Anfang ist, schon ein kleines Verdienst »⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁵⁾ E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt. 3, Halbband 2, *Note*, pg. 3.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. N. HAMMERSTEIN, *Jus und Historie*, cit., pg. 351, nota 176. Lo stesso Ernst Landsberg (*loc. ult. cit.*, pg. 4) svalutava completamente gli ultimi prodotti dell'attività di recensore dell'Hugo, — saggi del resto scarsamente accessibili, poiché non ripubblicati nei *Beyträge* —, laddove avrebbe invece forse potuto trovare altre occasioni di riflessione. Egli è così, non a caso, indotto a gettare il ridicolo (*ibid.*, pg. 11) sulle 'serie' rimostanze da Hugo sollevate contro Savigny, il quale si sarebbe reso reo di aver evitato di adeguarsi alle sue proposte di modificazione del metodo di citazione del *Corpus iuris*.

⁽⁹⁷⁾ G. HUGO, *Encyclopädie*, cit., pg. 4 (*Vorrede*). In realtà, come vedremo, quel testo apparentemente minore di cui alla nota 96, può essere compreso solo se interpretato sistematicamente, collegandolo alla recensione del *Beruf savignyano* e al precedente saggio sulla legge come fonte del diritto: esso corrisponde appieno ad una logica che, se considerata sotto certi profili è apparentabile a quella savignyana, ma che se ne distingue anche in notevole misura e si inserisce invece in quel filone problematico che abbiamo cercato di delucidare nel primo capitolo di questa ricerca.

Il riferimento a Pütter come a suo ' autore ' non sembrava, cioè, celare altro che un autoriferimento alla stessa facoltà gottinhese; un riferimento, se si vuole, certamente indirizzato nel senso di individuare colui che più di ogni altro aveva avuto sentore della necessarietà di una riforma dello studio del diritto romano, ma nulla più.

In realtà, prima di addentrarci a misurare l'apporto di Pütter al mutamento di orizzonti della dottrina giuridica privatistica del tardo settecento e hughiana in particolare, vale forse la pena di soffermarsi un momento a riflettere sulla collocazione dell'Università di Göttingen proprio se vista sotto il profilo dei suoi rapporti con la consorella Hallense.

Non è infatti un caso che fondatore dell'Università fosse quel Gerlach Adolph Freiherr von Münchhausen che, dopo una parentesi iniziale a Jena, aveva proseguito i suoi studi ad Halle presso Thomasius, Ludewig e Gundling, e che inoltre nel 1724 poteva con tutta franchezza scrivere, caratterizzando in maniera ben sintomatica la sfera dei suoi interessi, le seguenti parole autobiografiche: « in ogni tempo mi ero sempre concentrato e dedicato molto più al diritto pubblico e alle scienze storico politiche con quella disciplina connesse e da essa dipendenti, piuttosto che occuparmi della giurisprudenza pratica »⁽⁹⁸⁾. La sua stessa ' condotta ' culturale aveva dato così più tardi occasione al famoso filologo Heyne di osservare — un giudizio questo, come vedremo, condiviso anche da Hugo — come la sua predeterminata intenzione nella formazione dell'intera università gottinhese si dirigesse « auf das *StaatsRecht* nach protestantischen Grundsätzen... », dato che già « die Bibliothek von Münchhausen vorzüglich für die *nicht positiven Wissenschaften* bestimmt (war) »⁽⁹⁹⁾.

E di fatto la *Hochschule* della Georgia Augusta era stata fin dall'inizio concepita come strumento privilegiato di una politica

⁽⁹⁸⁾ Citato in E. F. RÖSSLER, *Die Gründung der Universität Göttingen, Entwürfe, Berichte und Briefe der Zeitgenossen*, Göttingen, 1855, pg. 15; qui riportato secondo N. HAMMERSTEIN, *Jus und Histoire*, cit., pg. 313.

⁽⁹⁹⁾ Ricordato in G. HUGO, *Pütter*, in *Civilistisches Magazin*, V (1814) pg. 86.

culturale che fosse indirizzata a servire gli interessi dello Stato, se si tien conto del fatto che il suo compito principale veniva individuato nella formazione del funzionario statale, fosse esso ecclesiastico o laico. Su questo sfondo si comprendono da un lato la preoccupazione di assicurare alla storia della Chiesa una funzione centrale all'interno del corso di studi in una stretta connessione con la sottovalutazione dell'aspetto propriamente confessionale e filosofico della teologia — ormai intesa quasi esclusivamente come teologia storica —; e, dall'altro, l'assorbente attenzione dedicata alla Facoltà giuridica, che appariva più di ogni altra significativa, ma non esclusivamente per motivi tecnici: essa, in conformità all'accresciuta importanza che la giurisprudenza aveva già assunto ad Halle come espressione della nuova politica dello Stato territoriale⁽¹⁰⁰⁾, era infatti in grado di attirare a Gottinga — specialmente nel settore dello *jus publicum* — « viele vornehme reiche Leute », molti appartenenti ai settori più benestanti del ceto aristocratico, aumentando in tal modo in misura rilevante le entrate dello Stato mercantile⁽¹⁰¹⁾.

La stessa classificazione dei giuristi offertaci dal Münchhausen è del tutto idonea a rappresentare vividamente il debito culturale che fin dai suoi primi passi la nuova Università si assumeva nei confronti di quella di Halle, che resterà sempre agli occhi dell'attento ministero e curatore hannoverano un valido serbatoio da cui attingere professori e novità scientifiche⁽¹⁰²⁾: egli suddistingueva infatti assai esplicitamente tre specie di giuristi, i puri pratici, i semplici teorici, in quanto tali lontani dalla prassi giuridica⁽¹⁰³⁾,

⁽¹⁰⁰⁾ Lo stesso Hugo ci riferisce che nonostante gli ottimi rapporti intercorrenti tra il Münchhausen e Pütter, il secondo, sospinto da un suo in certo qual modo coerente rifarsi alla tradizione della *Reichspublizistik*, era ancora solito attribuire un rilievo maggiore di quanto il suo curatore non potesse desiderare alla figura del *Kaiser*: in tal modo « er bey Münchhausen selbts antiess, weil es so sehr viel mehr für das Cammergericht war, als für den Reichshofrath » (*loc. ult. cit.*, pg. 79). In ogni caso, come ci sarà dato di accertare tra breve, proprio l'opera fondamentale per il decisivo incremento della inclinazione sistematica nella scienza giuridica tedesca fu occasionata non da ultimo tramite le pressanti richieste del Münchhausen.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. N. HAMMERSTEIN, *Jus und Histoire*, cit., pg. 315.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. G. HUGO, *Nettelblatt*, cit., pg. 21.

⁽¹⁰³⁾ Si veda in proposito l'articolo autobiografico e parzialmente auto-

e coloro che « collegavano una solida teoria ... con la prassi ». La sua preferenza nell'ottica territorialistica e mercantilistica che abbiamo appena delineato non poteva non andare a quest'ultimo genere, privilegiato rispetto ad entrambi gli altri, proprio perché egli ravvisava come decisiva caratteristica del giurista teoretico-pratico la sua capacità di dominare le *Antiquitates Romanarum et Germanicarum*, di ricercare le *circumstantiae*, le *causae*, in una parola le *Rationes legum*, di mostrare quanto di esse fosse ancora « Auf dem Statum Germanicum applicabel », ed infine di « in Sonderheit aber das *ius patrium ex antiquitatibus Germanicis* erleutern, anbey das natürliche Recht excoliren und aus selbigem die vorkommende in *Legibus civilibus* nicht determinierte *casus* entscheiden »⁽¹⁰⁴⁾.

Come si può agevolmente accertare, non siamo qui di fronte altro che ad una versione abbreviata di quello che costituiva il sistema della *Rechtsgelahrtheit hallense*. Anche senza forzare il contesto che apparentemente non sembra attribuire ad alcuna disciplina giuridica una preferenza specifica, è però altresì evidente che la disciplina alla quale si ha di mira di assegnare un ruolo privilegiato è principalmente lo *jus publicum* come era stato rinnovato ad Halle.

Proprio un tale *jus publicum* e la *Historie* dovevano costituire i momenti qualificanti dell'insegnamento; un programma che, si badi, data l'allora quasi corrente identificazione dei due concetti,

difensivo, con il quale però in ultima analisi Hugo doveva ammettere di non aver mai assegnato alla prassi giuridica un posto di rilievo nell'ambito della sua attività gottinghese; G. HUGO, *Practische Laufbahn eines blossen Theoretikers*, in *Civilistisches Magazin*, VI (1837), pgg. 161-171. Come professore nei primi anni di intensa attività egli ebbe infatti, a suo stesso dire, troppo da dedicare ai suoi interessi letterari, per aver tempo di partecipare allo *Spruchcollegium* della Facoltà. Soltanto con l'ordinariato vi fu inserito, ma senza peraltro averlo direttamente richiesto: « ich war aber doch zum voraus ganz wohl damit zufrieden, besonders da mir *Spittler* sagte, es würde ihm sehr unangenehm seyn, wenn andere *Lehrer der Geschichte* sich mit *historischen Geschäften* für das wirkliche Leben abgäben und er keinen Antheil daran hätte » (*ibid.*, pg. 165).

⁽¹⁰⁴⁾ Ancora in E. F. RÖSSLER, *Die Gründung*, cit., pg. 35; si tratta del protocollo di una seduta consiliare del 1733, cfr. N. HAMMERSTEIN, *Jus und Historie*, cit., pg. 314.

avrebbe significato praticamente ripetere sotto diversa terminologia una stessa finalità⁽¹⁰⁵⁾.

Una tale prospettiva di giuridicizzazione della *Historie*, prevalentemente affidata a giuristi, doveva spingere alla protesta negli anni '70 proprio di uno dei primi autori — non a caso sempre ricordato con rispetto da Hugo⁽¹⁰⁶⁾ — che tentarono di applicare le idee montesquieviane alla giurisprudenza, Johann David Michaelis⁽¹⁰⁷⁾. Tuttavia è da dire che lo stesso curatore Münchhausen assai per tempo aveva preso le distanze nei confronti di questo specifico aspetto della prassi dell'Università Fredericiana, con la quale sussisteva ora anche un certo antagonismo politico, com'era testimoniato dall'accresciuta dominanza che veniva colà attribuita al metodo wolfiano⁽¹⁰⁸⁾ — ed in tal senso egli poteva rifarsi alla valutazione negativa che già i 'pubblicisti' di Halle, a partire da Justus Henning Böhmer, avevano espresso sul wolfianesimo giuridico⁽¹⁰⁹⁾ —. Una prassi, dicevamo, secondo la quale la *Historie* costituiva un settore di esclusiva competenza dei giuristi e le stesse cattedre di storia e di eloquenza venivano attribuite come aggiuntive prebende ai pubblicisti.

Nonostante lo stretto legame da lui mantenuto tra le due discipline, infatti, egli non volle attenersi a quella funzione esclusi-

(105) Cfr. N. HAMMERSTEIN, *loc. ult. cit.*, pg. 316.

(106) Cfr. G. HUGO, *Naturrecht*⁴, pg. 30, laddove anch'egli si trovava annoverato tra i precursori della sua filosofia del diritto positivo.

(107) Vedi N. HAMMERSTEIN, *Jus und Historie*, pg. 319 e cfr. *supra* pg. 213 nota 120; nel passo riportato da Hammerstein, e ricavato da J. D. MICHAELIS, *Raisonnement über die protestantischen Universitäten in Deutschland*, 4 Theile, Frankfurt und Leipzig, 1770 ss., vol. I, par. 34, pg. 182 ss., si riscontra una opposizione tra scopo giuridico e finalità esclusivamente scientifica, funzionalizzata ad una maggiore autonomizzazione della *Historie*, che richiama da vicino la posizione di Hugo.

(108) Così in certo senso già G. HUGO, *Nettelblatt*, cit., pg. 4; cfr. *Id.*, *Pütter*, cit., pg. 79.

(109) Si veda sul punto ancora G. HUGO, *Nettelblatt*, cit., pg. 14 ss. In ogni caso Münchhausen a seguito del successo di quella filosofia non cercò di negarle accesso alle cattedre universitarie delle sue Facoltà, nelle quali tuttavia essa non riuscì mai a prendere piede. E, fatto degno di nota, l'insuccesso si ripeté immutato anche nell'ambito della Facoltà di giurisprudenza, sebbene, come vedremo, né lo stesso Pütter né tantomeno Hugo potessero dirsi rimasti del tutto immuni da 'contatti' con essa.

vamente sussidiaria nell'ambito della quale veniva relegata la storia, e si sforzò, anche mediante la scelta dei professori, di assicurare a quest'ultima uno specifico campo di azione accanto e all'interno della giurisprudenza, aprendo la via a quella che sarebbe stata l'ipotesi di fondo delle più tarde generazioni dei vari Spittler e Hugo.

Quest'ultimo, tuttavia, era ben lontano, come per lo più si ritiene, dal disconoscere le radici di quel faticoso processo che si andava realizzando; ed anzi, proprio in relazione a quel momento fondamentale rappresentato per tutta la sua dottrina dalla ormai nota tripartizione delle discipline secondo il problema cui ciascuna di esse dava origine e secondo il loro diverso grado di scientificità⁽¹⁰¹⁾, egli si colloca — senza richiamarsi minimamente a suggestioni kantiane — in una linea di cosciente continuità con la tradizione thomasiana di Halle: « Seit dem Ende des siebzehnten Jahrhunderts, besonders seit der Stiftung der Universität zu Halle (1694), wurden theils *dogmatische* Vorträge über das ursprünglich deutsche Privatrecht, das Staatsrecht, das Criminalrecht, theils *philosophische* über das Naturrecht und die nichtjuristische Politik, theils endlich *historische* über die Geschichte des Römischen Rechts, die Rechtsalterthümer, die Reichsgeschichte, und die Geschichte aller in Deutschland geltenden Rechte, entweder mehr wie vorher, oder auch ganz von neuen, in Gang gebracht. Unsere Universität (1734) war lange Zeit in *Ansehung der juristischen Collegien nur eine Fortsetzung von Halle*, wie es sonst gewesen war, und ausser einigen dogmatische Vorträgen vervielfaltigte man am meisten die mit eigenen Ausarbeitungen verbundenen Collegien »⁽¹¹¹⁾.

A questo punto si fa allora strada la persuasione che anche nell'atteggiamento verso il diritto romano attuale proprio dello stesso giurista gottinghese, accanto alle numerose altre influenze culturali, sia possibile rilevare qualche tratto, e non dei più secondari, che rinvii a quella stessa esperienza.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. *supra* cap. III, pg. 177 ss.

⁽¹¹¹⁾ G. Hugo, *Encyclopadie*^A, cit., pg. 34. Vedi anche ID., *Civilistisches Magazin*, II (1797), pg. 384, per un esplicito riferimento all'allievo di Thomasius, Gundling, sul quale si può veder H. RÜPING, *op. cit.*, pg. 70 ss.

4. Come si ricorderà, in chiusura del precedente capitolo, avevamo accennato al fatto che Hugo nel proporre il suo programma di rinnovamento della scienza giuridica voleva vedere strettamente connessi metodo sincronistico e trattazione del diritto romano, e che, proprio utilizzando la forma concettuale dello *Zeitraum*, arrivava ad enucleare come uno dei nodi centrali da risolvere quello dell'individuazione del diritto romano attuale. A conferma della legittimità della sua intrapresa egli riteneva di dover pubblicare sul numero inaugurale del *Civilistisches Magazin* con il consenso dell'autore ampi estratti dei passi da Pütter — quello stesso Pütter che Savigny, avendone udito durante il periodo dei suoi studi gottinghesi le lezioni sullo StaatsRecht, giudicava tuttavia 'ridicolo' ⁽¹¹²⁾ — dedicati al metodo dell'insegnamento del diritto romano; un articolo che, accanto a molti altri significativi, contenuti nello stesso numero, verrà tralasciato nelle successive edizioni ridotte ⁽¹¹³⁾.

Quei passi si potevano originariamente leggere nella seconda edizione della Enciclopedia putteriana apparsa nel 1767; vale quindi la pena di soffermarsi sulle proposte di Pütter, sulla loro collocazione sistematica all'interno della sua stessa caratteristica opera enciclopedica, proprio perché esse forniscono la chiave ⁽¹¹⁴⁾ per comprendere in che cosa consistano quelle « Neuerungen » a causa delle quali Hugo prevedeva una sofferta accoglienza al suo primo smilzo manuale di 'istituzioni di diritto romano attuale' — in esso in buona sostanza vedeva per la prima volta la luce quel concetto 'moderno' di diritto romano attuale, non più riferito all'uso attuale di un diritto antico, ma, direttamente, immanentemente, all'oggetto diritto romano ⁽¹¹⁵⁾ —, dal momento che esse non si ri-

⁽¹¹²⁾ Cfr. A. RUDORFF, *Friedrich Karl von Savigny, Erinnerung an sein Wesen und Wirken*, in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, hrsg. von Rudorff, Bruns, u. a., II (1862), pg. 14; l'unico professore gottinghese del quale Savigny conservasse un ricordo positivo — egli non ebbe comunque occasione di ascoltare Hugo se non un'unica volta —, fu proprio il 'liberale' Spittler, cfr. anche G. Hugo, *Spittler*, cit., pg. 510.

⁽¹¹³⁾ Cfr. *supra* cap. III, pg. 322, nota 341.

⁽¹¹⁴⁾ Non la sola, ma certamente una fra le più significative; per altre considerazioni cfr. *infra*.

⁽¹¹⁵⁾ Ci pare però che nella letteratura storico-giuridica esistente sulla figura di Hugo nessuno si sia preoccupato di porre in rilievo che fra gli

sollevano « in einzelnen Sätzen, weil das Buch überhaupt wenig Detail enthält, als vielmehr in der ganzen Art die Wissenschaft zu behandeln » (116).

Si può dire che tutta la sua attività letteraria (117) fosse guidata proprio dal principio espresso nella prima versione del 'Progetto' di una 'enciclopedia giuridica' a proposito di un problema che ha già attirato la nostra attenzione; il rapporto tra la struttura concettuale della scienza vista nella sua esplicazione dottrinale ed il legislatore oggettivato nel suo prodotto, il Codice: « altrimenti però sussiste di fatto tra un codice ed un manuale (Lehrbuch) una quasi *essenziale* differenza. Il legislatore non è obbligato ad inserire concetti logici (*Logicalische Begriffe*), principii generali o dimostrazioni rigorose all'interno delle sue leggi. Questo richiede però il dovere dell'insegnante. Persino lo stesso modo di scrivere

autori cui egli si richiama — ed almeno in due punti 'strategici' quali sono rappresentati appunto dal problema del diritto romano attuale e da quello della concezione del diritto pubblico — compare proprio il nome di uno dei più celebri giuristi dell'*usus modernus*: Augustin Leyser (cfr. *supra*, *Premessa*, pg. 107 nota 37).

L'unico che a quanto ci consta lo abbia rilevato, sia pure ad un livello generico, è stato non a caso il suo quasi contemporaneo H. A. OPPERMANN, *Die Göttinger gelehrten Anzeigen*, cit., pg. 219: « Er scheute sich nicht, das Gegentheil von dem auszusprechen, was die gewöhnliche Meinung annahm, so nannte er Justinian einen Despoten ohne allen juristischen Scharfblick, Leyser, für den im 1790 noch die höchste Verehrung hegte, einen seichten Schriftsteller ».

È appena il caso di osservare che il primo giudizio corrispondeva in ogni caso ad un'altra tradizione di pensiero, seppur minoritaria, della quale proprio Thomasius rappresentava uno degli esponenti di punta.

(116) G. HUGO, *Institutionen des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1789, *Vorrede*, pg. 4.

(117) Pütter (1725-1807) aveva studiato anch'egli, dopo un'iniziale frequentazione, lui giovanissimo, delle lezioni wolfiane a Marburg (1738), nella Facoltà di Halle, potendo annoverare tra i suoi maestri Justus Henning Böhmer, von Ludewig, nonché Heineccius; due anni più tardi (1741) era passato a Jena con Estor (Cfr. *supra* cap. III, nota 221). Dal 1746 venne cooptato, con l'obbligo di condurvi un insegnamento 'a vita', tra i professori della Georgia Augusta dallo stesso ministro von Münchhausen; il che testimonia, tra l'altro, della sua intima e quasi totale adesione ai progetti che questi veniva predisponendo (cfr. G. HUGO, *Pütter*, cit., pg. 60 ss.).

commisurato alle due diverse finalità non può, se non in modo quasi impossibile, coincidere nell'uno come nell'altro caso. Certo ciò che rappresenta la *maior pars*, cioè un ordine adeguato, è in grado di impreziosire anche un codice. Esso è però in questo caso incredibilmente difficile da raggiungere a causa della quantità di singole leggi del tutto particolari, ed ancor più in vista della qualità della stesura normalmente molto diversa, del tempo, dell'occasione che vi ha dato origine, del legislatore, e così via ... Soltanto nel caso di un manuale e *soprattutto in generale dove si fa questione dell'apprendimento della giurisprudenza come una scienza* (der Rechtsgelehrsamkeit als einer Wissenschaft), *l'ordine* (die Ordnung) *è e rimane l'anima dell'intero discorso, e non è molto meno importante della cosa stessa* »⁽¹¹⁸⁾.

Partendo da questo nocciolo problematico si può dire che a Pütter spetti — in misura forse ancora maggiore che ad un Wolff, o, per meglio dire, se vogliamo attenerci all'ambito della giurisprudenza positiva, ad un Nettelblatt — il merito di aver determinato l'insorgere di quella corrente di pensiero sistematico che sarà chiamata a largamente dominare il secolo XIX.

Un merito che non deve credersi realizzato in vasti ed articolati sistemi: il libretto in questione, di poco più di cento pagine, ma straordinariamente ricco di influssi sulla successiva scienza giuridica tedesca, rimase, assieme alla sua successiva nuova versione, l'unica vera e propria prestazione del pubblicista, *Reichshistoriker* e 'germanista' Pütter nell'ambito che stiamo prendendo in esame, confermando per altro verso che i destini della scienza giuridica privatistica e romanistica sono legati a doppio filo alle elaborazioni di un settore della giurisprudenza nel quale non si sarebbe certo di primo acchito inclini a ricercarne le origini. E, fatto sotto certi profili ancor più rimarchevole, non si deve credere che l'occasione di composizione di questo lavoro fosse stata dettata a Pütter inizialmente da un'interna problematica scientifica lungamente meditata. Fu molto più l'istituzione Georgia-Augusta — con le sue esigenze politiche e finanziarie di consolidazione delle strutture cetuali, di approntamento di un piano di ricomposizione 'moderna' che facesse fronte alla crisi della cultura tradizionale e

⁽¹¹⁸⁾ J. S. PÜTTER, *Encyclopädie*¹, cit., pg. 57-58.

trovasse i suoi fruitori in prima istanza all'interno della nobiltà tedesca ⁽¹¹⁹⁾ —, nella persona del ministro von Münchhausen a dettare i termini stessi del problema e a sollecitarne una soluzione adeguata.

Già fin dal momento della fondazione della Georgia-Augusta, in riferimento alla lacunosità e all'assenza di metodo che generalmente caratterizzavano gli studi giuridici, ma potendo richiamarsi alle analoghe esigenze fatte valere proprio ad Halle dal Thomasius ⁽¹²⁰⁾ con scritti come il ricordato « Summarischer Entwurf » e le *Cautelae circa praecognita jurisprudentiae* ⁽¹²¹⁾, egli aveva infatti avanzato la richiesta alla Facoltà giuridica di istituire un corso di lezioni che fornissero uno sguardo d'insieme, riassuntivo delle materie insegnate e delle scienze ad esse connesse da un vincolo più o meno stretto di necessità ⁽¹²²⁾: il *Collegium iuris praeparatorium*

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. *supra*, pg. 362 e vedi G. VALERA, *op. cit.*, pg. XVIII.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. A. FRIEDLÄNDER, *Juristische Encyclopädie oder System der Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1847, pg. 18 ss.

⁽¹²¹⁾ Cfr. *supra* pg. 92 ss. Il testo rammentato inizialmente rappresentava anche il primo scritto accademico in lingua tedesca. Il secondo, con il titolo *Cautelae circa praecognita jurisprudentiae in usum auditorii thomasiani* fu pubblicato ad Halle nel 1710. A detta di J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 25, nota 27, il tentativo di schizzare una storia delle enciclopedie giuridiche, contenuto appunto nella *Encyclopädie* del giurista schellinghiano-hegeliano Friedländer (*op. cit.*, pg. 4-42) è da considerare finora come l'unico esistente. Egli lo valuta però altresì come praticamente inutilizzabile, tra l'altro a causa di una pretesa parificazione ed identificazione fra opera di carattere assai diverso, e principalmente tra scritti enciclopedici e metodologici. Una tale valutazione ci pare però doppiamente inesatta. Infatti, se si vuol prescindere dal recente lavoro di Buschmann, specificatamente dedicato alla storia delle Enciclopedie giuridiche, già I. N. WENING, *Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie*, cit., pg. 19-33, ce ne aveva fornito consapevolmente una prima elaborazione unitaria; essa poteva comunque riconnettersi largamente agli sparsi contributi approntati da Gustav Hugo particolarmente per il suo *Civilistisches Magazin*. Anche il secondo rilievo, alla luce delle precedenti osservazioni, ci pare perdere molto del suo significato: cfr. soltanto A. FRIEDLÄNDER, *op. cit.*, pg. 27.

⁽¹²²⁾ Cfr. J. J. SCHMAUSS, *Entwurf eines Collegii iuris praeparatorii*, Göttingen, 1737, *Vorrede*, riportato da G. HUGO, *J. J. Schmaussens Juristische Encyclopädie und Methodologie*, in *Civilistisches Magazin*, II (1797), pg. 380.

di Schmauss⁽¹²³⁾ aveva in questo senso costituito il primo, anche se non molto fortunato, approccio gottinghese alla 'scienza' enciclopedica.

L'opera conteneva del resto, come aveva già ben visto il suo 'riscopritore' Hugo, alcune delle tematiche favorite dell'impegno 'propagandistico' e della concreta prassi che sarebbero stati in seguito dispiegati all'interno di quella Facoltà; dalla critica del metodo matematico applicato alla giurisprudenza e alla sottolineatura della utilità della *Historie*, alle affermazioni sulla 'incerta' esistenza del diritto di natura e del diritto internazionale — solo parzialmente modificate dalla postulata necessità di una specifica attenzione verso uno *jus sociale*, e principalmente verso « la *Costituzione* di una *societas civilis*, ovvero, come alcuni preferiscono dire, verso un *jus civile universale* ed uno *jus publicum universale* » —, per giungere all'esigenza di palesare appieno lo stretto nesso ormai sussistente tra lo studio del diritto pubblico ed i compiti burocratici attribuiti al ceto degli *Staatsdiener*, nonché con la stessa struttura delle professioni giuridiche tradizionali: un nesso che era invece ancora da molti messo in discussione⁽¹²⁴⁾.

A vent'anni da quella prima richiesta⁽¹²⁵⁾, Münchhausen rinnovò il procedimento, ma estendendolo questa volta a tutte le Facoltà, cosicché già nel 1756 apparvero i primi programmi di tali lezioni per le scienze storico-filologiche e per quelle fisico-mate-

Egli sottolineava inoltre le analogie sussistenti tra le *Cautelae* del Thomasius e le odierne Enciclopedie giuridiche (*Ibid.*, pg. 389).

Il collegio dello Schmauss, del resto solo un breve abbozzo concepito per le sue lezioni, non era comunque giunto nelle librerie, ma era rimasto confinato allo stato di dispensa universitaria: benché in realtà il tentativo del Thomasius costituisse una prima pietra sulla via di una « trattazione razionale dell'Enciclopedia » (A. FRIEDLÄNDER, *op. cit.*, pg. 18), era di fatto ancora assente il riferimento all'enciclopedia come ad un genere scientifico autonomo e a sé stante, dato quest'ultimo che determinerà invece, accanto ad altri elementi, la fortuna dell'opera di Pütter.

⁽¹²³⁾ Su quest'autore, il più grande pubblicista della Georgia Augusta, che funse altresì da tramite fra la cultura giuridica di Halle e la sua nuova Facoltà, cfr. N. HAMMERSTEIN, *Jus und Historie*, cit., pgg. 343-351.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. per un dettagliato resoconto e una prima valutazione di questo iniziale tentativo ancora G. HUGO, *art. ult. cit.*, pgg. 382-4.

⁽¹²⁵⁾ Vedi W. EBEL, *Johann Stephan Pütter*, cit., pg. 61.

matiche ⁽¹²⁶⁾; il compito nell'ambito della Facoltà giuridica fu questa volta direttamente assegnato al Pütter.

Un primo sguardo d'insieme alla vicenda potrà far sorgere però un legittimo interrogativo: in che modo si può riconnettere, cioè, la crescente tensione sistematica propria della scienza giuridica positiva con un genere letterario per il quale la stessa definizione di 'scienza' che si è tentato — quasi incidentalmente — di avanzare appare nel migliore dei casi una metafora priva di valore esplicativo?

In realtà che le nozioni di Enciclopedia e di Sistema si trovino nella seconda metà del Settecento in un contesto di strettissima implicazione ⁽¹²⁷⁾ è un dato che si può ricavare dalla storia stessa dell'Enciclopedia giuridica o delle sue mutazioni strutturali.

Come anche Gustav Hugo ebbe infatti a più riprese a mettere in risalto ⁽¹²⁸⁾, i più importanti saggi enciclopedici nel periodo che intercorre tra Thomasius e Pütter — che vale comunque a definitivo fondatore del genere — sono costituiti, per quanto ciò possa apparire a tutta prima singolare, dai vari *Sistemi* e dalle numerose *Propedeutiche* composte con inesauribile assiduità dal giurista wolfiano Daniel Nettelbladt ⁽¹²⁹⁾.

Christian Wolff aveva provveduto, come è noto, a rieditare quella *Nova methodus* leibniziana che deve essere considerata, dopo

⁽¹²⁶⁾ Ce ne informa lo stesso Pütter riportandone anche l'indicazione: Si tratta di I. M. GESNER, *Primae lineae isagoges in eruditionem universalem, nominatim philologiam, historiam et philosophiam*, Göttingen, 1756 e 1760² e A. G. KAESTNER, *Matheseos et physicae idea generalis in usum lectionum encyclopaediarum*, Göttingen, 1756. Cfr. sul punto anche J. N. WENING, *Lehrbuch*, cit., pg. 30 nota 37.

⁽¹²⁷⁾ Lo aveva correttamente messo in rilievo anche K. VOLK, *Die Juristische Encyclopädie des Nikolaus Falck. Rechtsdenken im frühen 19. Jahrhundert*, Berlin, 1970, pg. 105; ma cfr. ormai J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktische Jurisprudenz »*, cit., pg. 126 ss.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. soltanto G. HUGO, *Encyclopädie*⁴, cit., pg. 35 e 36 nota 3.

⁽¹²⁹⁾ I dati biografici su Daniel Nettelbladt (Rostock 1719 - Halle 1791) si possono leggere nella sua autobiografia, (successivamente completata da altra mano, dal momento che giungeva solo fino al 1758), ristampata come saggio introduttivo e corredata da un catalogo completo dei suoi scritti in ID., *Sammlung kleiner Juristischen Abhandlungen*, Halle, 1792, pgg. V-LIV; cfr. altresì E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. 3, Halbband 1, Note, pg. 195.

i tentativi intrapresi dal Thomasius, come un'ulteriore e certamente più solidamente fondato approccio enciclopedico in vista della finalità di affermare una nuova struttura unitaria per l'intera scienza giuridica globalmente considerata in tutte le sue ramificazioni⁽¹³⁰⁾.

Egli aveva, inoltre, reso fruttuoso e popolare il suo metodo⁽¹³¹⁾ per l'intera filosofia pratica, e pertanto anche per il diritto naturale, non senza però apportarvi delle modificazioni non certo irrilevanti proprio in relazione al tema del 'sistema': l'intenzione wolfiana era infatti rappresentata dalla ricostruzione non solo della trattazione di determinate problematiche giusnaturalistiche, ma, attraverso di esse, dell'intero diritto naturale sotto l'egida delle 'condizioni' imposte dal metodo matematico, in altre parole dal procedere argomentativo e dimostrativo peculiare a quel metodo.

Ma mentre per Leibniz si trattava in prima istanza, con l'aiuto dell'armamentario concettuale offerto dall'arte combinatoria⁽¹³²⁾ e dalla matematica, di scoprire un sistema completamente *nuovo* della giurisprudenza, per Wolff la questione invece si risolveva altrimenti.

Il sistema razionale delle conoscenze giuridiche era fondamentalmente considerato come già presupposto, come già dato, ed allora non può sorprendere che la meta da raggiungere fosse adesso rappresentata non già dall'intenzione di produrre o scoprire qual-

⁽¹³⁰⁾ Cfr. A. BUSCHMANN, *Enzyklopädie und Rechtswissenschaft*, cit., pg. 302 ss. e C. VASOLI, *Enciclopedismo, Pansofia e Riforma 'metodica' del diritto nella « Nova Methodus » di Leibniz*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II (1973), pg. 37-109.

⁽¹³¹⁾ Ci sia perdonata la necessaria semplificazione a fini retorici: a questo punto del nostro discorso si rivelerebbe certamente un fuor d'opera — al di là di ciò che abbiamo potuto precisare nel testo — il tentativo di analizzare partitamente la questione di quanto a buon diritto il metodo wolfiano possa in ogni suo aspetto fregiarsi dell'usuale qualifica di 'leibniziano-wolfiano'. Lo stesso Wolff sembrava del resto non molto soddisfatto di questa espressione; cfr. M. WUNDT, *Die deutsche Schulphilosophie*, cit., pg. 150, 151 ss. Si veda comunque ora specificamente G. UNGEHEUER, *Sprache und Symbolische Erkenntnis bei Wolff*, in W. SCHNEIDERS (hrsg.), *Christian Wolff*, cit., pg. 89 ss., spec. pg. 97 ss.

⁽¹³²⁾ Cfr. G. OTTE, *Leibniz und die juristische Methode*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 5. Jg. (1983), n. 1-2, pgg. 1-21.

cosa di nuovo, ma molto più dall'applicazione a dotare il già esistente di una certezza superiore, ' dimostrativa ', appunto ⁽¹³³⁾.

Eppure quella trattazione enciclopedica che avrebbe manifestato in tutta la sua chiarezza l'intenzione di fondo di tutta la sua filosofia, Wolff, non l'ha personalmente portata a termine; ma non può a sua volta essere considerato un caso se una simile intrapresa sia stata concepita dall'allievo-giurista del filosofo prussiano più significativo per la storia della scienza giuridica.

Non è del resto sorprendente che l'enciclopedia giuridica considerata in sé e per sé abbia trovato proprio nel XVIII secolo una sua definitiva configurazione a causa dell'accresciuta consapevolezza, ormai variamente penetrata nella coscienza comune, che il giurista non potesse più limitarsi alla sola conoscenza dei « tre diritti stranieri » — o addirittura soltanto di quello romano — ma si rendesse invece necessaria una non minor consuetudine anche con altri campi dello scibile, la cui ampiezza e quantità stava crescendo e variando in maniera apparentemente poco dominabile, facendo insorgere la domanda, impellente ma di difficile risposta, « su cosa e secondo quali aspetti ed in quale connessione si dovesse considerare oggetto di un piano di studi per il giurista ». Com'è evidente, il metodo matematico, contribuendo a soddisfare questa istanza enciclopedica — qualunque giudizio definitivo se ne voglia dare — doveva non poco contribuire a migliorare questo stato di cose, per il solo fatto di implicare in vista di una sua corretta utilizzazione la conoscenza di discipline diverse dalla pura giurisprudenza ed esigendone aggiuntivamente un'applicazione non scevra di difficoltà teoriche ⁽¹³⁴⁾.

⁽¹³³⁾ Cfr. M. WUNDT, *Die deutsche Schulphilosophie*, cit., pg. 149, e A. BUSCHMANN, *Encyclopädie und Rechtswissenschaft*, cit., pg. 307 ss. È appena il caso di anticipare a questo proposito l'importanza di una tale osservazione rispetto alla consolidata *communis opinio* secondo la quale sarebbe accertabile una netta linea di continuità tra il metodo dimostrativo della scuola wolfiana e quello della cosiddetta giurisprudenza concettuale pandettistica.

⁽¹³⁴⁾ Così già J. N. WENING, *Lehrbuch der Encyclopädie*, cit., pg. 27-8, che del resto non poteva certo annoverarsi, per sua stessa ammissione, tra i simpatizzanti di quel metodo.

La prima edizione dell'opera di Nettelblatt a cui si faceva riferimento — terminata già nel 1748, dunque nello stesso anno della celebre riedizione della *Nova Methodus* — fu data alle stampe nel 1749 con il titolo, che verrebbe fatto di definire programmatico, di 'Systema elementare universae jurisprudentiae positivae' ⁽¹³⁵⁾; un'opera che diede occasione ai più accesi detrattori del suo autore di accusarlo di volersi candidare alla qualifica di riformatore della scienza giuridica proprio perché se ne poteva dedurre che egli fosse intenzionato a costruire 'die ganze Rechtsgelahrtheit nach allen ihren Theile in e i n e n Lehrbegriff' ⁽¹³⁶⁾.

È tuttavia da osservare che l'uso del termine sistema in Nettelblatt acquista oggettivamente una doppia valenza, volto com'è da un lato a designare manuali esaurienti, completi, su singoli rami del diritto — esaurienti e completi in quanto condotti a termine secondo un 'vero' ordine sistematico —, ma dall'altra a indicare una struttura che abbracci l'intera scienza giuridica ⁽¹³⁷⁾, pur senza prendere di ricondurla *esclusivamente* ad un unico concetto fondante. Se si coglie questa ambiguità, si comprenderà perché a quest'opera vada affiancata come sua integrazione anche la vera e propria 'dottrina della scienza' nettelblattiana, quelle *Praecognita universae eruditionis generalis* ⁽¹³⁸⁾, che furono del resto pubblicate in seguito spesso come introduzione a molti dei suoi scritti — sia

⁽¹³⁵⁾ Il titolo completo suona *Systema elementare universae iurisprudentiae positivae communis Imperii Romano-Germanici usui fori accommodatum, in usum praelectionum adornatum*, Halae Magdeburgicae, 1749 (N. 16 del surricordato catalogo; vedi nota 129).

⁽¹³⁶⁾ *Leben und Schriften D. Nettelblatts*, in Id., *Sammlung*, cit., pg. XXVII; ad una tale critica l'autore cercava di sottrarsi rispondendo di non aver tanto inteso procedere « in quel senso », quanto piuttosto di aver voluto mostrare che quelle dottrine negli usuali manuali, « Nicht allemal in der wahren Ordnung stünden » (*Ibid.*).

⁽¹³⁷⁾ In questo senso già E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. 3, Halbband 1, note, pg. 196; almeno in parte divergente J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 103 e nota 122.

⁽¹³⁸⁾ Esse apparvero una prima volta sotto il titolo *Praecognita universae eruditionis generatim et in specie jurisprudentiae naturalis tamquam positivae*, Halle, 1748 (n. 13); di nuovo autonome senza la parte speciale come *Praecognita eruditionis generalia*, Halle, 1755 (n. 49).

di diritto naturale che positivo⁽¹³⁹⁾ — e che subirono una ultima e definitiva elaborazione nella *Propedeutica* del 1781⁽¹⁴⁰⁾.

Ritornando comunque al sistema del 1749 quale primo esempio di rappresentazione enciclopedica della *giurisprudenza* elaborata su basi strettamente razionali, si potrà innanzitutto notare che anch'esso doveva certamente, come era il caso della *Nova Methodus* servire al miglioramento dello studio del corso accademico. Si trattava cioè per Netterblad di impedire il frazionamento dello studio giuridico in parti diverse e del tutto indipendenti⁽¹⁴¹⁾, per permettere uno sguardo completo sull'intero campo della giurisprudenza positiva del diritto comune.

E in questo senso anch'esso riprende e fa sua quella che era stata la caratteristica deviazione della dottrina wolffiana dalle pretese avanzate da Leibniz in favore dello sviluppo di un sistema nuovo dell'intera giurisprudenza: se il compito, in altri termini, resta quello di 'costringere' l'intera giurisprudenza in un sistema il più possibile esatto e comprensivo, non si potrà prendere le mosse, come avveniva nello scritto leibniziano, dalla deduzione di un concetto generale e di un sistema dallo *status* della ragione⁽¹⁴²⁾, quanto piuttosto doveva trattarsi invece dell'esatta determinazione del concetto di giurisprudenza del diritto 'positivo', separandola dalla nozione pertinente alle restanti scienze positive.

Che la « capacità della ragione » costituisca il fondamento metodologico e sistematico di una tale esatta determinazione, non è,

⁽¹³⁹⁾ Cfr. soltanto D. NETTELBLADT, *Nova introductio in Jurisprudentiam positivam germanorum communem*, Halae Magdeburgicae 1772² (n. 97), pgg. 3-54; quest'opera costituisce un primo abbozzo della successiva *Propedeutica* del Nostro, che a sua volta rappresenta la prosecuzione di quanto si è intrapreso con le varie *Praecognitae* (cfr. E. LANDSBERG, *loc. cit.*, pg. 197). Si veda anche ID., *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis in usum praelectionum academicarum adornatum*, Halae Magdeburgicae, 1767³, (n. 69), pgg. 5-12.

⁽¹⁴⁰⁾ D. NETTELBLADT, *Systema elementare doctrinarum propaedeuticarum iurisprudentiae positivae germanorum communis*. Praemissae sunt Praecognitorum eruditionis generalium primae lineae, Halae, 1781 (n. 115).

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. del resto anche ID., *Nova introductio*, cit. *Praefatio*.

⁽¹⁴²⁾ Si veda inoltre G. GRUA, (ed.), G. W. LEIBNIZ, *Textes inédits*, cit., vol. II, pg. 649 ss.

cioè, altro che uno tra i presupposti: « *inter veritates logicas dantur veritates de hominum iuris et obligationibus, quae generali nomine veritates iuridicae appellari possunt, suntque omnes universales veritates* »⁽¹⁴³⁾.

Il criterio decisivo per questa differenziazione non è però neppure in prima linea quello del contenuto di volta in volta ricorrente, non è quindi rappresentato dalla materia: « *iurisprudentiae divisio, a concreto sumpta, omnis confusionis principium est et ad eos pertinet, qui vel tractatus vel indices scribunt* »⁽¹⁴⁴⁾.

Quel criterio è costituito invece, inizialmente, soltanto dal concetto, e precisamente dal concetto di giurisprudenza positiva. La giurisprudenza positiva è allora quella scienza positiva, cioè relativa ad oggetti, a verità date — siano esse dotate di « *rationes necessarias hoc est, tales rationes ex quibus ita intelligi potest cur hoc potius quam aliud sit, ut ita non esse contradictionem involvere simul intelligi possit* », siano esse, all'opposto, estranee alla sfera della logica non contraddittoria, ma tuttavia pur sempre corredate di

⁽¹⁴³⁾ D. NETTELBLADT, *Nova introductio*, cit., pg. 7; cfr. ID., *Systema elementare* (1781), cit., pgg. 9-10: « *est vero veritas logica convenientia cognitionis nostrae cum eo quod nobis repraesentamus, et veritates logicae dicuntur non vulgares, si tales sunt ad quarum cognitionem acquirendam solus sensus communis non sufficit, eaque tum sunt veritates in formam artis redactae, si secundum certum ordinem distincte et solide proponuntur, qui ordo est vel ordo scholae, vel ordo systematicus, vel mixtus, prout ordinis unica regula vel haec est, coniungi, veritates quae servantur circa idem objectum; vel unica eius regula haec est, praemitti veritates quae cognitioni subsequentium veritatum inserviunt; vel utraque regula simul, quatenus fieri potest, observatur* »; le sottolineature sono nel testo.

È appena il caso di ricordare che nella tradizione wolfiana (cfr. C. WOLFF, *Philosophia rationalis, sive logica methodo scientifica pertractata*, Frankfurt-Leipzig, 1732², par. 750 ss.) i libri dogmatici sono quelli che propongono « *Dogmata seu veritates universales* », mentre i libri storici si occupano solo di 'singularia': pertanto ci potremmo imbattere anche in testi definiti come libri dogmatici 'storici', ma solo i primi saranno in grado di meritare la qualifica di libri dogmatici scientifici. Quando Nettelbladt parla di *veritates*, il termine si deve quindi intendere utilizzato alla stessa stregua del concetto di dogma. Sulla distinzione, all'interno delle sue opere, tra *Scripta doctrinalia* e *Scripta legalia*, che raccolgono specificatamente i dogmi riferiti alle leggi, vedi M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 340.

⁽¹⁴⁴⁾ Secondo il detto leibniziano riportato da A. FRIEDLÄNDER, *loc. cit.*, pg. 25.

rationes « ... *sed dantur etiam tales quae non nisi rationes arbitrarias, hoc est, tales rationes ex quibus non simul intelligi potest ita non esse contradictionem involvere, habent* »⁽¹⁴⁵⁾ — quella scienza positiva, dicevamo, che si occupa dei diritti e degli obblighi cui gli uomini danno origine⁽¹⁴⁶⁾.

Non viene quindi in questione la natura, la struttura della scienza in astratto come tale: questo era invece il caso di Leibniz — per il quale, in contrasto con le precedenti rappresentazioni globali della giurisprudenza, non si doveva partire dal concetto di diritto o direttamente da quello della stessa giurisprudenza, ma bensì dal medesimo concetto di studio come tale — « *studiorum ratio est species quaedam rationes status, ed est modus perveniendi ad statum actionum perfectarum* »⁽¹⁴⁷⁾. Si tratta invece, trascurando la specie, la qualità delle rappresentazioni con le quali essa ha a che fare, di dedicarsi soltanto alla conoscenza concettuale dell'oggetto al quale la scienza si riferisce: « *positivae veritates quarum complexus constituit eruditionem positivam, differunt pro objecti diversitate, et inter alia obiecta earum sunt etiam iura et obligationes ... hinc oritur specialis quaedam eruditionis positivae et iurisprudentiae pars IURISPRUDENTIA POSITIVA, seu civilis die bürgerliche Rechtsgelahrtheit dicta, quae est pars eruditionis positivae quae continet veritates iura et obligationes concernentes* »⁽¹⁴⁸⁾.

Se in tal modo abbiamo delimitato la giurisprudenza positiva rispetto alle altre scienze, allo stesso tempo abbiamo però delineato anche il nesso tra la giurisprudenza positiva e le *relíquas eruditionis partes*. Il concetto degli *iura et obligationes* aveva infatti ricevuto poco prima una ulteriore specificazione, oltre a quella dell'universalità che come tale compete ad ogni verità (giuridica) — il che potrebbe certamente implicare, come vedremo, o l'indebolimento del riconoscimento della sussistenza di *rationes arbitrariae*, le quali sono pur sempre anch'esse *veritates iuridicae*, o l'aggiustamento teorico dello stesso criterio di razionalità, di universalità —: i di-

⁽¹⁴⁵⁾ D. NETTELBLADT, *Systema elementare*, (1749), cit., pg. 6.

⁽¹⁴⁶⁾ *Ibid.*, pg. 4.

⁽¹⁴⁷⁾ G. W. LEIBNIZ, *Nova methodus*, cit., pg. 1.

⁽¹⁴⁸⁾ D. NETTELBLADT, *Systema elementare*, (1749), pg. 4.

ritti e le obbligazioni di cui prevalentemente si occupa la giurisprudenza sono quelli « voluntate entis rationalis constitutae »⁽¹⁴⁹⁾. Allora il concetto dei diritti e delle obbligazioni fondati dagli uomini non serve soltanto a fornire il criterio di distinzione della scienza positiva, ma anche il *fondamento* per una suddivisione sistematica interna. Quelle verità infatti possono concernere i diritti e le obbligazioni in quanto esse « contengono » quegli stessi diritti o quelle stesse obbligazioni, o, altrimenti, in quanto prescrivono il *modum peragendi*, le modalità con le quali i *negotia* relativi a quei diritti possano essere portati a termine.

Se quindi tutti quei *Rechte und Verbindlichkeiten* possono essere concettualmente considerati sotto due distinti profili e punti di vista, ne consegue che è lecito altresì rinvenire due *partes generales* all'interno dell'unitario concetto di giurisprudenza positiva, e precisamente la *jurisprudencia theoretica* e quella *practica*⁽¹⁵⁰⁾. Tocchiamo qui un nodo significativo del rapporto sussistente tra l'attività di ridefinizione dei confini dei vari concetti di scienza e l'emersione del concetto 'moderno' di sistema: in realtà infatti la distinzione che ci sta di fronte non è di per sé affatto evidente e postula uno spostamento d'accento, a prima vista non percettibile, delle stesse premesse dalle quali Nettelbladt aveva inizialmente preso le mosse. Uno spostamento del quale il Nostro è del tutto consapevole, pur essendosi sempre schermito di fronte alla qualifica di riformatore, che parzialmente persino lo stesso Hugo vorrà successivamente riconoscergli.

Abbiamo cioè potuto vedere come egli partisse da una definizione di giurisprudenza che, richiamandosi direttamente ed esplicitamente alle verità logiche quali erano state trattate nei paragrafi iniziali delle *Praecognita*, assumeva un carattere complesso, assai sfuggente, se vogliamo, nei confronti del rapporto dottrina-applicazione. La definizione dottrinale di giurisprudenza che era più corrente ed usuale assumeva invero una ben diversa formulazione, come lo stesso autore brevemente ricorda, e suonava: « la giurisprudenza è l'*habitus practicus* volto alla corretta interpreta-

⁽¹⁴⁹⁾ *Ibid.*, pg. 6.

⁽¹⁵⁰⁾ *Ibid.*, pg. 7.

zione delle leggi e alla loro applicazione conveniente a ciascuno dei casi che via via si presentano »⁽¹⁵¹⁾.

L'attività puramente teorica non poteva quindi essere immediatamente compresa nel concetto di *habitus practicus*, e conseguentemente, di giurisprudenza: essa veniva allora concepita, del tutto ovviamente, come 'dottrina' del diritto; teoretico od anche pratico poteva essere soltanto lo studio del diritto, dato che, essendo la giurisprudenza già per definizione pratica, l'inserimento della qualificazione di 'pratico' nella sua definizione avrebbe significato soltanto una pura e semplice tautologia.

Poiché ora invece ormai il termine giurisprudenza viene equiparato a 'dottrina e complesso delle verità giuridiche', e quindi inteso non più già in modo « soggettivo », secondo l'*habitus*, la capacità dell'operatore giuridico, ma oggettivamente, non vi è più ostacolo a parlare di giurisprudenza pratica.

In tal modo, inizialmente sembra che si sia acquisito un notevole vantaggio per la stessa giurisprudenza pratica: la dottrina precedente aveva infatti fino ad allora sempre inteso, anche nei suoi lavori introduttivi alla prassi, la 'pratica' come la dottrina del processo. Facendo leva adesso su di un concetto generale di *negotium*, esteso fino alla sua massima comprensione, Nettelblatt può giungere invece alla conclusione che sia necessario ampliarne l'orizzonte.

E difatti la dottrina del processo può essere tradotta in questo nuovo linguaggio degli 'oggetti' come riferentesi ai negozi giudiziali; come si sarà però compreso da quanto stiamo esponendo, Nettelblatt lavora del tutto in sintonia con le ragioni sociali del suo tempo, con concetti 'simmetrici'. Non vi possono allora essere 'vuoti' nel sistema proprio perché si tratta di riordinare un esistente che cerca le sue ragioni al di fuori di sé, nella fitta rete di correlazioni gerarchiche e stratificazioni sociali. Non a caso, subito dopo la *summa divisio* in giurisprudenza teorica e pratica, si accedeva, in modo logicamente perspicuo, a suddividere quei diritti e quelle obbligazioni di nuovo in classi secondo la *ratio subjectorum*:

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. *ibid.*, pg. 5; più ampiamente, sul concetto di giurisprudenza 'abituale', si veda J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pgg. 9-36.

« Sunt enim aut 1) Iura et obligationes *subditorum sive privatorum* inter se aut 2) Iura et obligationes inter subditos et superiorem aut 3) Iura et obligationes gentium inter se. Hinc fluit manifesto quod iurisprudencia positiva theoretica, *etsi non soleat*, debeat tamen in tres in genere dispesci partes »⁽¹⁵²⁾.

La giurisprudenza teorica è allora o privata o pubblica⁽¹⁵³⁾, ed inoltre *iurisprudencia gentium*. Non sorprenderà allora, procedendo nel ragionamento relativo alla giurisprudenza pratica, che ai *negotia iudicialia* debbano venire affiancati quelli *extra iudicialia*; dei primi come dei secondi vale poi la distinzione in litigiosi e non litigiosi, e per questi ultimi di nuovo la suddivisione in tre classi che abbiamo appena visto elaborare per l'intera giurisprudenza teorica⁽¹⁵⁴⁾.

Ma proprio quest'ultimo dato fa le veci di una spia significativa: da un lato, la giurisprudenza pratica emerge con nuova dignità, apparentemente anche culturale e accademica, e tuttavia nel rapporto tra le due non vige alcuna parità. La giurisprudenza teorica è piuttosto ampiamente più rilevante e fornisce anche i fondamenti sui quali dovrà svilupparsi anche quella pratica: « Dicatur de differentia inter jurisprudentiam theoreticam et theoriam iuris, et inter jurisprudentiam practicam e praxin iuris, secundum tres diversos horum vocabulorum significatus inter quos *significatus optimus* est, si *theoria* sumitur pro ipsa doctrina de jurisprudentia, *praxis* vero denotat applicationem iuris ad facta »⁽¹⁵⁵⁾.

⁽¹⁵²⁾ D. NETTELBLADT, *Systema elementare*, (1749), pg. 8.

⁽¹⁵³⁾ Come vedremo meglio nella seconda parte, a Nettelbladt spetta realmente un certo ruolo nell'ambito dell'evoluzione del rapporto pubblico-privato in termini moderni.

⁽¹⁵⁴⁾ D. NETTELBLADT, *Discursus praeliminaris de optima iurisprudentiam practicam docendi methodo*, in G. BONIGK, *Practica practicata, h. e. fundamenta processus civilis*, Halae Magdeburgicae 1747, pg. VII ss.

⁽¹⁵⁵⁾ D. NETTELBLADT, *Systema elementare* (1749), pgg. 7-8.

In questo senso deve essere inteso anche il passo che compare in Id., *Systema elementare*, (1781), pg. 33 — su cui vedi già, ma in senso parzialmente diverso, R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., pg. 90 —. Nel testo nettelbladtiano, oltre alla sopraenunciata identificazione tra *theoria iuris* e *ipsa iurisprudentia*, valida se la teoria venga appunto concepita « pro complexu veritatum de iuribus et obligationibus hominum, secundum leges positivas

Questa supremazia della teoria sulla prassi si interrompe nel caso di Nettlebladt a metà strada — un ulteriore segnale che il cammino da percorrere sulla via che conduce dal suddito (e la vicinanza ' locale ' tra i termini *subjectus* inteso in senso logico e *subditus* è più che istruttiva) al borghese è speculare in qualche misura a quella compiuta dalle concezioni del sistema e delle sistematiche giuridiche —: il nostro giurista wolfiano concepisce infatti la giurisprudenza come *Rechtsgelehrsamkeit*, come dottrina del diritto. Che questo sia il caso, il lettore lo avrà già potuto arguire dalla infaticabile attività sistematico-classificatoria che gli è propria, sintomaticamente monoreferenziale, e della quale abbiamo offerto tuttavia ' soltanto ' alcuni accenni. Si tratta però di un'attività che dovremo essere in ogni modo ben lontani da valutare con sufficienza in conformità a canoni ottocenteschi, soltanto perché stile e pedanteria sono qui forse la stessa cosa. Bisognerà riflettere invece che questo procedere si è rivelato nulla meno che decisivo per una scienza come quella del XVIII secolo priva sino ad allora di una fondazione metodologica sicura; compito sullo sfondo del quale soltanto può essere compreso un tentativo come quello qui preso in esame. Se, dicevamo, questo è il caso, allora è di fatto ammissibile che emergano tante « parti » della giurisprudenza, quante dottrine si è in grado di ricavare o di scoprire ⁽¹⁵⁶⁾.

In questo senso non si può credere che la tripartizione ' inusuale ' della giurisprudenza teoretica possa costituire per il nostro la parola definitiva: infatti sia all'interno della giurisprudenza pubblica, che di quella privata e delle genti, i diritti e le obbligazioni possono concernere ancora o l'esercizio esterno della religione, o i rapporti feudali, oppure ciò che, con espressione carica di valenze

in formam artis redactarum », si poteva inoltre leggere che la prassi è l'applicazione della stessa teoria ai casi particolari.

È pertanto evidente, allora, che « *conflictus inter theoriam et praxin iuris, non nisi in eo sensu locum habet, in quo non applicatio theoriae iuris ad casus obvenientes, sed potius valor legum in foro, sub hoc nomine venit* ». Non quindi l'applicazione della teoria al caso singolo, ma la difficoltà di determinare la norma valida — di diritto romano attuale, per esempio — può dare origine al problema.

⁽¹⁵⁶⁾ D. NETTELBLADT, *Systema elementare*, (1749), cit., pgg. 9-12.

semantiche suscettibili di futuri sviluppi, Nettelbladt qualifica come *horum neutrum*.

Così la giurisprudenza privata acquista ancora in specificazione: essa diviene allora ecclesiastica, feudale oppure, definita in negativo, quando non ricorra nessuna delle precedenti condizioni, essa si caratterizza come *jurisprudencia privata politica* ⁽¹⁵⁷⁾.

Il dato politico viene cioè a segnalarsi come adeguato ad esprimere l'incipiente neutralizzazione nei rapporti privati od anche pubblici rispetto a quei settori riferentisi ai ceti tradizionalmente privilegiati, che sono accettati tuttavia ancora come sezioni la cui appartenenza al diritto privato e a quello pubblico è tuttora auto-evidente. E contemporaneamente, il loro permanere all'interno di una sfera di superiore decisionalità fa sì che essi rimangano connessi in modo assai stretto, sottraendoli ad una definitiva autonomia e separazione.

Ma questo procedimento si applica altrettanto bene alla giurisprudenza teorica-pratica, con l'ulteriore conseguenza che persino una sezione, non importa se in forma di *Grundriss*, di semplice schema adatto a fornire lo scheletro per le lezioni, oppure completa, od anche soltanto espressamente qualificata come *specialis*, una sezione, dicevamo, dedicata ad una rappresentazione del diritto a scopi pratici, può venire a comporre nel mosaico finale appunto una parte autonoma della giurisprudenza.

È anzi pienamente comprensibile, dato che la distinzione fra i due rami principali della giurisprudenza poggia in ultima analisi sul rapporto *sostanza* (lo stesso diritto o lo stesso obbligo) - *modo* (il suo essere visto per così dire 'in azione'), che una stessa proposizione ricompaia identica nelle diverse parti della giurisprudenza: con la sola differenza che muta, a seconda delle diverse collocazioni, *lo scopo* per il quale essa è trascelta per l'insegnamento ⁽¹⁵⁸⁾.

La parziale identità tra le proposizioni giuridiche che di volta in volta ricorrono nelle due sezioni non diminuisce così l'autonomia della giurisprudenza pratica proprio perché di fatto sussiste

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. *supra* cap. III, nota 84, per lo specifico riferimento che ancora Hugo è significativamente portato a fare nei confronti di uno *ius politicum*.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. ormai J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktische Jurisprudenz »*, cit., pg. 82.

una notevole differenza nelle modalità rappresentative (dottrinali) di insegnamento di queste stesse proposizioni: stabilire chi possa testare pertiene alla teoria, ma il modo di confezionare un testamento legittimo è di competenza della giurisprudenza pratica.

Se però, invece di spingere l'identificazione solo sul lato delle dottrine e della raffigurazione a scopi didattici, si intendesse la giurisprudenza come scienza giuridica, come sistema di conoscenze giuridiche intese nel loro specifico interno rapporto di connessione — superando quindi il criterio di un sistema che con il suo punto di vista ordinante sia prevalentemente rivolto ad escludere verso l'esterno le componenti estranee, piuttosto che a stabilire in che modo i suoi elementi costitutivi debbano essere poi posti in rapporto tra loro —; allora le parti della scienza giuridica dovrebbero divenire contemporaneamente le parti di questo sistema, nel quale poi ad ogni proposizione giuridica spetterebbe non soltanto un determinato posto, ma altresì un peculiare modo di correlarsi con le altre proposizioni dello stesso tipo.

Sarebbero bensì in tal caso sempre possibili diverse forme di rappresentazione delle nostre conoscenze giuridiche in relazione all'istituto testamento, ma non più diverse parti della scienza giuridica che ad esso simmetricamente si riferissero, dal momento che ormai nel sistema ad ogni istituto è necessario che competa soltanto una casella.

Una tale evoluzione comporterebbe però fundamentalmente l'abbandono di una pluralità di criteri di suddivisione equivalenti della giurisprudenza — come accade ancora per Nettelblatt, sebbene nel suo caso come abbiamo potuto notare si renda già visibile una marcata preferenza per il criterio dell'*oggetto* del diritto⁽¹⁵⁹⁾ — in favore di una partizione basata su criteri unitari⁽¹⁶⁰⁾.

5. In definitiva però l'ultima tripartizione che abbiamo preso in esame, quella relativa alle varie comunità in cui i soggetti si

⁽¹⁵⁹⁾ Questo processo era stato assai per tempo individuato; cfr. F. BERGMANN, *Abriss eines Systems der Pandecten, Nebst Bemerkungen über die Systematische Behandlung dieser Disciplin*, Göttingen 1810, pg. 147.

⁽¹⁶⁰⁾ Sul ruolo ed il significato dell'introduzione di una 'parte generale' all'interno dei lavori di diritto positivo si veda per ora W. NEUSÜSS, *Gesunde Vernunft und Natur der Sache*, cit., pg. 55 e cfr. anche D. NETTELBLADT, *Nuova introductio*, cit., pgg. 22-5.

possono riunire, tendeva a rompere quel quadro unitario in astratto raggiungibile e persino quell'equilibrio instabile così faticosamente raggiunto. Essa denotava pertanto il riconoscimento del carattere politico, feudale od ecclesiastico come principio sussidiario di classificazione delle singole discipline, manifestando così una autoconsapevolezza ben precisa del giurista wolfiano nei confronti del metodo da lui stesso preso a fondamento per la sua attività. Questa autoconsapevolezza ci fa comprendere come quella linea di demarcazione, che pure sussiste, nei confronti degli appartenenti alla scuola di Göttingen non possa essere esclusivamente ravvisata nella qualità dei procedimenti conoscitivi messi in opera.

Una tale partizione non si lasciava difatti derivare immediatamente da fondamenti razionali, non poteva cioè essere determinata in modo puramente concettuale, secondo quella che era la caratteristica delle prime e più elevate distinzioni sistematiche nelle quali ci siamo imbattuti: « Quoad demonstrationes propositionum iuridicarum, maxima opus est cautione ad praecavendum *methodi demonstrativae abusum*. Unde hic praemonendum, demonstrationes veritatum iuridicarum, vel *philosophicas*, vel *historicas*, vel *mixtas esse*. Demonstrationes *philosophicas* vero ea hic appello, per quas ex principiis in rerum natura et *essentia* fundatis, per concatenata ratiocinia probatio fit; *historicas* eas, per quas ex legibus *positivis*, per ipsa earum verba probatio fit; *mixtas* eas, per quas ex legibus *positivis* quidem, ast mediante ratiocinatione ex iis, probatio fit, et si hoc ultimo modo per *mixtam* ratiocinatione ex iis, probatio fit, argumento legis probationem fieri dicitur »⁽¹⁶¹⁾.

Com'è allora chiaro, questo ulteriore criterio di ripartizione veniva a fondarsi su di una base puramente arbitraria, che poteva essere rinvenuta soltanto analizzando prima e recependo poi la dimensione storico-legislativa del proprio tempo.

La presenza, cioè, di verità prive di *rationes necessariae*, che poggiano invece sugli arbitrari eventi della storia, pur non incrinando in alcun modo quel rapporto di fiducia sussistente nei confronti del legislatore positivo, in virtù di una credenza mai smentita nella sua pretesa razionalità⁽¹⁶²⁾, induce ad una non indifferente ri-

⁽¹⁶¹⁾ D. NETTELBLADT, *Nova introductio*, cit., pg. 34.

⁽¹⁶²⁾ Cfr. ad es. *supra*, nota 155, laddove l'identificazione del compito di ridurre a sistema, mediante un'attività dimostrativa, i diritti e gli

formulazione del metodo medesimo. Il problema quindi della funzione della storia nell'ambito di dimostrabilità della giurisprudenza civile si era presentato al Nettelbladt, com'era intuibile data una certa convergenza di vedute sul valore da assegnare al semantema 'storico', in termini in prima istanza apparentemente non dissimili da quelli nei quali anche il suo stesso maestro marburghese di un tempo si veniva interrogando.

Vale perciò la pena di rendersi conto se ed in che misura quelle analisi potessero esaurire l'orizzonte nel quale qualche decennio più tardi il nostro giurista si vedeva costretto a riflettere.

La *sedes materiae* nella quale Wolff era venuto esponendo le sue vedute relative al problema del valore della conoscenza storica per il giurista è di per sé assai significativa.

Si tratta infatti del lavoro che può valere a manifesto dell'intera scuola: la dissertazione « de Iurisprudencia civili in formam demonstrativam redigenda » (1730)⁽¹⁶³⁾.

obblighi non sembra trovare ostacolo alcuno nel fatto che essi debbano considerarsi — come risulta anche dal passo che citiamo immediatamente sotto — sempre costituiti per legge, sia espressamente sia *tacitamente*. Il riconoscimento dell'arbitrarietà della legge è talmente mitigato dalla fiducia in un legislatore fondamentalmente razionale, che persino le disposizioni *meramente* positive — un uso terminologico che ritroveremo decisivo anche all'interno del sistema savignyano, ma con ben altra valenza — possono farsi portatrici di *rationes necessariae* e solo residualmente, vorremmo dire eccezionalmente, si distinguono per una loro non immediata razionalità da quelle a carattere filosofico o di diritto naturale: « Singulae veritates sub iurisprudentiae positivae ambitu contentae dicuntur *iuridicae veritates*, quarum criteria itaque sunt eas 1) *concernere iura et obligationes hominum*; 2) *per leges positivas constitutas esse, sive expresse, sive tacite*. Hinc oritur divisio veritatum iuridicarum in *mere positivas* et *mixta*. Dicuntur vero *mere positivas*, si differunt a veritatibus philosophicis de iuribus et de obligationibus hominum, seu a veritatibus iuris naturalis, mixtae vero si cum iis conveniunt, vel ideo quoniam per leges positivas idem expresse constitutum est quod iuris naturalis est, vel tacite ideo quoniam per eas contrarium non est constitutum. Unde *rationes veritatum iuridicarum positivarum mixtarum semper sunt rationes necessariae, mere positivarum veritatum iuridicarum rationes vero sunt, vel necessariae, vel arbitrariae rationes* » (*Systema elementare*, 1781, cit., pg. 34).

⁽¹⁶³⁾ Originariamente in ID., *Horae subsecivae Marburgenses anni MDCCXXX quibus Philosophia ad publicam privatamque utilitatem aptatur, Trimestre Brumale*, Frankfurt and Leipzig, 1731, pgg. 84-150. Noi cite-

Se Nettelbladt era stato così indotto a formulare quelle distinzioni che abbiamo appena riferito perché esse a suo dire erano idonee ad evitare l'abuso stesso di un metodo dimostrativo ormai consolidato, la sede nella quale Wolff aveva ad esprimere le sue vedute può essere invece assunta proprio a stadio preliminare, se non addirittura a data di battesimo di quello stesso metodo.

Bisogna innanzitutto prendere atto del fatto che in entrambi i casi la prospettiva non è determinata da un immediato interesse per la storia in quanto tale, ma piuttosto dallo sviluppo di una teoria della scienza che è chiamata a dare una collocazione sistematica ai vari tipi di conoscenza. In una tale ottica si tratta allora di ricercare anche per la conoscenza storica una collocazione definita, proprio perché la determinazione e la rappresentazione dei fatti — come ormai sappiamo, storico ed empirico erano all'epoca termini largamente convergenti — valgono in generale come fondamento della stessa capacità conoscitiva di carattere filosofico-matematico ⁽¹⁶⁴⁾.

L'atteggiamento ambiguo, per non dire in qualche misura contraddittorio che già fin da queste prime battute si ha occasione di respirare nei confronti della *cognitio historica* trova qui il suo principio di esplicazione. Infatti fra tutti i procedimenti atti ad assicurare la corretta formazione dei concetti — tra la riflessione su ciò che percepiamo, l'astrazione da ciò che è comune a più concetti o la mutazione delle determinazioni 'variabili' presenti in un concetto con altre di diversa origine ⁽¹⁶⁵⁾ — Wolff era non a caso portato a preferire proprio il primo, che rispetto ai due successivi poteva meritare la qualifica di procedimento *a posteriori*.

remo però in seguito da C. WOLFF, *De iurisprudencia scienter pertractanda. Dissertationes selectae in Thesaurus iurisprudenciae iuvenilis*, cit., tomo I, pg. 153 ss.

⁽¹⁶⁴⁾ Sul ruolo dell'empiria nel processo argomentativo wolfiano cfr. per un primo orientamento M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 332 ss.

⁽¹⁶⁵⁾ C. WOLFF, *Philosophia rationalis*, cit., (1728), par. 716, pg. 515, « ... exinde intelligitur, diversis modis notiones universales comparari, nimirum 1. reflectendo super iis, quae percipiuntur, 2. abstrahendo communia, quae notionibus insunt, 3. determinationes variabiles mutando in alias ». Sul punto vedi H. J. ENGFER, *Zur Methoden Diskussion bei Wolff und Kant*, cit., in W. SCHNEIDERS (hrsg.), *Christian Wolff*, cit., pg. 57.

Esso infatti non mediava le definizioni ricavandole, magari, arbitrariamente da altri concetti, ma le traeva direttamente dall'esperienza. Nel *discursus praeliminaris* alla Logica latina la conoscenza storica, la *nuda facti notitia*, appare allora da un lato il gradino più basso del processo della conoscenza, ma, dall'altro, ne fornisce il sicuro fondamento. Pur rimanendo sempre intesa quale conoscenza comune, *vulgaris*, essa non va perciò 'vilipesa' o 'disprezzata'. Si tratta invece di ricercarne incessantemente un 'conubio' con la conoscenza dimostrativa: « Praemittenda adeo est cognitioni philosophicae historia atque cum ista *constanter* conjungenda »⁽¹⁶⁶⁾.

Tuttavia questo concetto di storia come empiria non verrebbe sufficientemente precisato se non osservassimo che esperienza qui non si riferisce soltanto ai dati di fatto, ma — e ci troviamo ancora di fronte ad una utilizzazione di concetti propri della antica tradizione della Pneumatica e della Psicologia metafisica — si dirige anche alle esperienze 'spirituali'. Da queste riflessioni che postulano l'ammissibilità di quella forma *mista* di conoscenza emergente direttamente dal dato storico, si passa senza soluzione di continuità al problema stesso della *Historie* intesa adesso anche nel senso di storiografia: tuttavia i libri 'storici' non potrebbero assurgere alla dignità di libri scientifici⁽¹⁶⁷⁾, neppure se avessero a loro oggetto la storia *artium*, la storia dei progressi delle arti e della scienza, che in forza della precisazione del concetto di esperienza, assumevano ora un certo rilievo teorico. Il concetto di storia sostenuto da Wolff si mostra perciò in definitiva ancorato ad una tradizione ormai già sorpassata, dal momento che anche il tentativo di restringerlo prevalentemente ai fatti umani — e a fatti « *imprimis publica aut minimum personarum publicarum* » — viene in sostanza svuotato di senso proprio nell'attimo in cui si dichiara che esso sarebbe invece estensibile, senza tema di stravolgimento, anche ai « *facta ipsius Dei* »⁽¹⁶⁸⁾.

⁽¹⁶⁶⁾ C. WOLFF, *loc. ult. cit.*, par. 10 ss., pg. 4 ss.; cfr. altresì A. SEIFERT, *Cognitio historica*, cit., pg. 167 ss.

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. *supra*, nota 143, e vedi W. SCHNEIDERS, *Aufklärung durch Geschichte*, cit., in *Studia Leibnitiana* (Sonderheft 10), cit., pg. 91 ss.

⁽¹⁶⁸⁾ Citiamo questi passi della *Theologia rationalis* wolfiana secondo W. SCHNEIDERS, *loc. ult. cit.*, pg. 94.

Nel caso della giurisprudenza positiva, e più specificatamente del diritto romano civile che doveva essere ridotto in forma dimostrativa, evidentemente il dato storico, empirico (non necessario), può essere rappresentato da un qualche elemento non *immediatamente* evidenziabile come razionale, e contenuto *soltanto* nelle disposizioni di legge: in tutto il testo infatti il fattore di disturbo che potrebbe venire dal singolo soggetto privato in quanto titolare di un autonomo potere di dar origine a diritti e obbligazioni è fin dal principio accantonato mediante lo stesso uso logico — un uso non divergente in nulla da quello della tradizione logica aristotelico-scolastica — del termine *subjectus* ⁽¹⁶⁹⁾. Esso è infatti concepito come passivo ed oggettivo strumento di rinvenimento o del centro d'imputazione di attributi conferiti esclusivamente dal legislatore o addirittura del ' caso ' al quale la legge ricollega le conseguenze giuridiche conformi a giustizia ⁽¹⁷⁰⁾; « Etenim si ius ci-

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr. anche J. G. HEINECCIUS, *Elementa philosophiae rationalis, et moralis ex principiis admodum evidentibus iusto ordine adornata*, Venetiis, 1740, pg. 97.

⁽¹⁷⁰⁾ Che questo fosse all'epoca un uso non controverso lo testimonia del resto uno dei primi giuristi che, partendo da posizioni *latu sensu* thomasiane, intraprese la critica di quel ' nuovo ' metodo: nel paragrafo in cui riassume infatti le intenzioni wolfiane egli poteva così esprimersi: « evolvantur enim modo Leges rationis et positivae, debita attentione et meditatione perlegantur, ea notentur quae subjecto a legislatore sunt attributa » (G. H. ELEND, *Meditationes ad quaestionem, utrum methodus demonstrativa sive mathematica in Jurisprudencia civili adhiberi possit?* (1735), Kilonii, 1739², pg. 6). Su Elend (1706-1771), professore a Kiel dal 1738 al 1745, cfr. J. SCHRÖDER, *op. cit.*, pg. 134, nota 16.

Non condividiamo quindi l'opinione di R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, cit., pg. 118 ss., in quanto egli — pur riconoscendo che nella logica aristotelica e scolastica il termine *subjectus* stava a significare anche quello che oggi denominiamo oggetto — tende poi a rinvenire la possibilità di un nuovo uso (in senso soggettivistico, ' moderno ') del vocabolo *subjectus* da parte di Wolff in un passo come il seguente: « Homo persona moralis est, quatenus spectatur tamquam subjectum certarum obligationum atque iurium certorum » (C. WOLFF, *Institutiones iuris naturae et gentium*, 1750, par. 96). Se, come egli stesso ammette, è difficile stabilire se si sia in presenza del vecchio o del nuovo uso — a nostro avviso una risposta è più semplice —, non si comprende allora perché subito dopo si possa affermare: « Si andò operando così tutto un nuovo ripensamento del complesso degli istituti e dei principii in termini di *diritti*

vile in formam demonstrativam redigendum, definitiones foecundae, & demonstrationes propositionum condendae sunt. Patebit autem ex mox dicendis, quod neutrum fieri possit, antequam propositiones determinatae prostent, ut constet, quid demonstrandum sit, & quaenam per definitiones demonstrari debeant. Equidem fieri potest, ut propositiones non rite determinentur, antequam constet, quomodo demonstrari debeant, sed quum tantummodo desiderentur determinationes ex ipsis legibus deducendae, in subsidium vocatis casibus, quibus leges applicantur, non vero necesse sit, ut, quemadmodum in iure naturali obtinet, *per determinationes subiecti praedicatum necessario determinetur*; non multus metuendus est error, &, si quis admittitur, in ipso progressu facile corrigitur. *Plurimum autem adiumenti hic praestat ius naturae in formam demonstrativam redactum, in quo propositiones determinatae naturaliter de iisdem*

soggettivi: al centro signore e domino, il soggetto, *alias* l'individuo come persona libera e cosciente, rafforzata anche *ideologicamente* dalla sua posizione *logica* nel sistema intorno a lui costruito » (R. ORESTANO, *loc. ult. cit.*, pg. 119, sottolineature dell'autore).

Se, com'è per suo stesso riconoscimento possibile o almeno probabile, il testo dovesse essere interpretato nel *vecchio* senso, sarebbe proprio la posizione logica del soggetto a tramutarsi in quella ben diversa di semplice oggetto e a non costituire così più il centro ma semmai soltanto una 'periferia' del sistema.

In realtà, ci sembra che il wolfismo giuridico abbia dato origine nella letteratura ad un singolare fenomeno di illusione collettiva (Coing voleva scorgervi addirittura l'enucleazione di un concetto unitario di capacità giuridica; l'inizio di revisione di questa tesi non sembra però ancora poter prescindere dal 'anacronistico' postulato dell'*individualismo* wolfiano, che si risolve in favore della nota tesi di una continuità delle sue elaborazioni con la Pandettistica tedesca dell'Ottocento; cfr. soltanto M. LIPP, *Persona moralis*, cit., pg. 237 ss.; vedi anche A. MANTELLO, *Individuo, fenomeni associativi e strutture socio-economiche nel razionalismo wolfiano*, cit., pg. 179 ss.

L'unico, a nostro avviso, che si è sottratto a questa illusione, con lucide parole, che pur sperse in una nota e praticamente sconosciute, meritano di venir meditate approfonditamente, dal momento che costituiscono un punto di partenza assai più solido delle molte che ne sono altrimenti state spese, si può considerare Tullio Ascarelli: cfr. infatti lo studio introduttivo a T. HOBBS, *A dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England* - G. W. LEIBNIZ, *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum - De casibus perplexis - Doctrina conditionum - De legum interpretatione*, Milano, 1960, pgg. 66-67 nota 191.

casibus iam reperiuntur, ut non alio labore opus sit, quam ut determinationibus naturalibus substituantur civiles, si quidem differentia aliqua inter utrasque intercedit. Si quis in propositionibus determinatis concinnandis versatus fuerit, is non facile a veritate aberrabit, *ubi ius in tales resolvere conabitur, quales per leges esse debent.* Porro necessarium est, ut initio laboris in rationem legum statim inquiras, quoniam inde non solum patet, quoniam leges a se invicem pendent, & quoniam ex definitionibus fluunt; verum etiam quoniam principia in usum demonstrationum assumenda sint. *Rationem non sumo alio in significato, quam quem eidem tribuo in Philosophia Prima, ut scilicet per eam intelligatur id, unde innoscit, cur praedicatum tribuatur subiecto. Notionem subiecti in propositionibus determinatis constituit casus, in quo lex pronunciat, quid iustum censei debeat; praedicati autem vicem tuetur id quod lex iustum in illo casu pronunciat »* ⁽¹⁷¹⁾.

Lo strumento dimostrativo si rivela quindi espressione di una razionalità già in certo modo immanente nello stesso diritto da dimostrare. Sebbene nel *Corpus iuris* giustiniano non sia possibile riscontrare quelle definizioni esatte che una forma dimostrativa rigorosa richiederebbe ⁽¹⁷²⁾, chi volesse dedicarsi ad un simile compito non potrebbe che essere ' sicuro ' di raggiungere il fine prefisso.

Se non si riesca infatti nel raggiungimento dello scopo di ridurre lo *ius civile* in *Systema demonstrativum*, ciò sarebbe da imputare « non iuris, sed conditoris systematis vitio » ⁽¹⁷³⁾.

Sarebbe forse sin troppo facile semplicemente ironizzare su di una simile pretesa, oppure criticarla come frutto di illusioni realistico-concettuali proprie dell'età dei lumi e come tali definitivamente appartenenti al passato. In realtà ricerche recenti hanno dimostrato che l'assiomatizzazione integrale di singoli settori della

⁽¹⁷¹⁾ C. WOLFF, *De iurisprudencia civili*, cit., pgg. 167-8.

⁽¹⁷²⁾ Cfr., ad esemplificazione e a primo abbozzo di un lavoro in questo senso, C. WOLFF, *Dissertatio II. Specimina definitionum in iure emendatarum*, in *Thesaurus*, cit., pg. 198 ss., laddove vengono rielaborati significativamente i concetti di obbligazione, tutela, libertà, servitù e le definizioni di questi stessi concetti contenute nel *Corpus iuris*.

⁽¹⁷³⁾ C. WOLFF, *De iurisprudencia civili*, cit., pg. 165, 173.

scienza giuridica o dei dispositivi normativi sono possibili senza implicare una contraddizione con le premesse; e non solo possibili, ma di fatto conseguibili⁽¹⁷⁴⁾: sintomaticamente Wolff non sembra partire dalla esigenza di una sistematizzabilità generale ed indiscriminata di tutta i settori della giurisprudenza sotto un unico principio ordinante, sebbene la direzione seguita possa contenere alcune indicazioni in questo senso. Non per caso il discorso che sarà da fare per Nettelbladt assumerà invece sfumature diverse.

In tutti i modi un simile tentativo parla piuttosto, ancora una volta, e contro le apparenze, di un'opzione di fondo — motivabile ancora 'teologicamente'⁽¹⁷⁵⁾ — in favore della figura del legislatore e a vantaggio di un sistema ad una sola fonte: l'irrazionalità del primo può rivelarsi infatti solamente come *residuale*, l'arbitrio nell'ambito delle singole disposizioni positive non è da presumere. La società civile cetuale suddivisa e gerarchizzata al suo interno in una molteplicità di *societas minores* non percepisce ancora la dominazione dello Stato mercantilistico come antagonistica.

In ultima analisi, siamo di fronte al manifestarsi della intima consequenzialità di quell'idea che è racchiusa nel cuore del discorso wolfiano che abbiamo appena riportato.

Se un modo corretto di formare i concetti può procedere da definizioni arbitrarie, non necessarie, ricavate mutando le *determinazioni variabili* dei concetti già esistenti in altre diverse, allora sarà possibile sostituire alle determinazioni del diritto naturale già

⁽¹⁷⁴⁾ Cfr. principalmente J. RÖDIG, *Axiomatisierbarkeit juristischer Systeme*, in A. PODLECH, S. SIMITIS, u. a. (hrsg.) *Datenverarbeitung im Recht*, Bd. 1, Berlin, 1971-72, pgg. 170-206 e vedi inoltre dello stesso RÖDIG, *Axiomatische Methode als formale Richtschnur des Kodifizierens*, in Id. (hrsg.), *Vorstudien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, cit., pg. 31 ss. ed ancora E. von SAVIGNY, *Zur Rolle der deduktiv-axiomatischen Methode in der Rechtswissenschaft*, in G. JAHR, W. MAIHOFER (hrsg.), *Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, 1971, pg. 315 ss. che sintomaticamente ripropongono al contempo una *giurisprudenza positiva* orientata in prima istanza verso il legislatore, di contro alla ottocentesca *Scienza giuridica*.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. W. SCHNEIDERS, *Deus est philosophus absolute summus*, im Id. (hrsg.), *Christian Wolff*, cit., pgg. 9-30. Vedi anche la parallela espressione, che può certo suonare singolare nella sua formulazione ad un orecchio moderno, «*Deus est historicus absolute summus*» (citato ancora in Id., *Aufklärung durch Geschichte*, cit., pg. 95).

approntate per i medesimi casi le determinazioni civili corrispondenti, « si quidem differentia aliqua inter utrasque intercedit ».

Tutto il diritto civile è per tal via teoricamente 'naturalizzabile'.

Una tale impressione di apriorismo concettuale tende certamente a mitigarsi un po' ove soltanto si tenga conto di un particolare elemento, che a tutta prima potrebbe apparire semplicemente esteriore. L'esistenza del momento *misto* nel quale la conoscenza *a priori* si lega all'esperienza, quell'esistenza il cui riconoscimento abbiamo visto costituire uno dei fulcri del pensiero propriamente logico del filosofo marburghese, viene infatti quasi costantemente occultata dalla circostanza che nelle sue esplicitazioni programmatiche il metodo filosofico viene sempre inteso da Wolff semplicemente come *Lehrart*, come quell'ordine che si deve utilizzare nella trasmissione di dottrine, e pertanto sempre come tale offerto al lettore: « per methodum philosophicum intelligo ordinem quo in tradendis dogmatis uti debet philosophus »⁽¹⁷⁶⁾.

Esso può circoscrivere così soltanto la seconda parte, quella sintetica, aprioristica, di un processo conoscitivo in realtà composto⁽¹⁷⁷⁾. Una tale singolarità, questa preferenza espressa nel modo

⁽¹⁷⁶⁾ C. WOLFF, *Philosophia rationalis*, cit., par. 115, pg. 53.

⁽¹⁷⁷⁾ Cfr. H. J. ENGFER, *Philosophie als Analysis. Studien zu Entwicklung philosophischer Analysiskonzeptionen unter den Einfluss Mathematischer Methodenmodelle im 17. und frühen 18. Jahrhundert*, Stuttgart, Bad Cannstadt, 1982, pg. 219 ss., il quale ha agio però di osservare che Wolff non riuscì comunque, ed in modo non certo casuale, a portare a termine la progettata *ars inveniendi generalis* orientata al concetto di analisi proprio della matematica. Per una concezione più eclettica della stessa analisi e del suo rapporto con la sintesi vedi J. G. HEINECCIUS, *Elementa philosophiae rationalis*, cit., pg. 144 e 178. Egli voleva infatti che il metodo analitico non fosse contenuto nella sezione dedicata ai *media veritatem inveniendi*: « vulgo equidem *methodum* inquirendi in veritatem dividunt in *syntheticam* et *analyticam*, quarum *ille* a principiis ad conclusiones; *haec* a conclusione ad principia procedit. Sed ubi conclusiones notae sunt, veritas *magis applicatur et dijudicatur*, quam *quaeritur*. Igitur methodus analitica magis ad capita sequentia pertinebit... *est enim illa meditatio, qua conclusione ad sua principia, vel phaenomeno ad suas Hypotheses, tamquam ad Lydium lapidem, examinamus* ». Il concetto di analisi qui affermato si orienta infatti oltre che sull'esempio della logica wolfiana, che pur è ben presente agli occhi di Heineccius, anche verso la logica thomasiana (cfr. *ibid.*, pg. 161 e 178,

stesso di esporre esteriormente le sue dottrine, ha indubbiamente costituito l'occasione e la cagione di quella 'rivolta analitica' contro quel concetto sintetico di metodo che si 'assumeva' essere proprio del wolfismo: ma essa si rivolgeva soprattutto contro la sua pretesa, avvertita come *prematura*, di costruire senza ulteriori mediazioni la filosofia e la giurisprudenza in sistema.

Una tale rivolta trova tra la fine degli anni Sessanta e i primi anni Ottanta il suo acme e la sua espressione di punta proprio nelle critiche di Lambert da un lato⁽¹⁷⁸⁾, e nello scritto kantiano sulla evidenza dei principii e degli assiomi della teologia naturale e della morale, dall'altro: esso costituisce un passo rilevante sulla via che lo condurrà ad elaborare una teoria *critica* del diritto e la sua rilevanza non sfuggì, come abbiamo già avuto modo di osservare, allo stesso Gustav Hugo⁽¹⁷⁹⁾.

par. CCXXX): è argomento questo che andrebbe comunque ancora a lungo approfondito per poter raggiungere una migliore comprensione del carattere concettuale di questi due metodi e della loro applicazione alla giurisprudenza settecentesca.

Sul rapporto che intercorre tra Kant e Wolff proprio in questa prospettiva si veda anche D. HENRICH, *Kantsdenken, 1762/3. Über den Ursprung der Unterscheidung analytischer und synthetischer Urteile*, in H. HEIMSOETH, D. HENRICH, G. TONELLI, *Studien zu Kants Philosophischer Entwicklung*, Hildesheim, 1967, pgg. 9-55.

⁽¹⁷⁸⁾ Esse si possono leggere in J. H. LAMBERT, *Über die Methode die Methaphysik, Theologie und Moral richtiger zu beweisen*, hrsg. v. H. BOPP (Kantstudien, Ergänzungshefte 42) Berlin, 1918, pg. 12 ss.; Id., *Abhandlung vom Criterium Veritatis*, hrsg. v. H. BOPP, Berlin, 1915, pg. 9 ss., e, soprattutto, nel carteggio da questi tenuto con G. J. HOLLAND, e I. KANT, pubblicato ora in appendice a C. WOLFF, *Logica Tedesca*, a cura di R. CIAFARDONE, Bologna, 1978, pg. 179 ss.

⁽¹⁷⁹⁾ Riconoscimento contenuto non a caso nel passo volto a sottolineare i meriti di Pütter per la costituzione di un diritto positivo generale e quindi in definitiva in favore della fondazione di una filosofia del diritto positivo; cfr. G. HUGO, *Pütter Verdienste um die Philosophie des Positiven Rechts*, in *Civilistisches Magazin*, III (1814²), pgg. 96-7 e vedi G. MARINI, *Gustav Hugo*, cit., pgg. 124-5.

Da ultimo sottolinea giustamente il rilievo di questo scritto per la costruzione di una teoria *critica* del diritto — dato troppo spesso disconosciuto in favore della collocazione della dottrina kantiana *sic et simpliciter* come un *continuum* rispetto al diritto naturale tradizionale — W. BUSCH, *Die Entstehung der Kritischen Rechtsphilosophie Kants 1762-1780*, Berlin-New York, 1979, pg. 4 ss.

Una tale sollevazione si può forse, utilizzando le stesse parole di Lambert, ricondurre sotto il comune denominatore dell'accusa rivolta a quel metodo di avere elevato a suo presupposto la trascuranza della questione « se o in che misura la conoscenza della forma conduca alla conoscenza della materia del nostro sapere »⁽¹⁸⁰⁾.

Di fatto Wolff avrebbe frainteso lo stesso metodo geometrico euclideo al quale era solito richiamarsi⁽¹⁸¹⁾, perdendo di vista il carattere di assunzione provvisoria, di *ipotesi* che è rivestito dalla definizione: fuorviato, in una parola, dall'aver fatto proprio soltanto l'aspetto formale — cioè le definizioni e le dimostrazioni —, ma dall'aver invece trascurato l'aspetto materiale della proposta euclidea, ossia non essendosi interrogato sul substrato nel quale a loro volta i problemi e i postulati si radicavano.

Se il 'materiale oggettivo' nelle definizioni viene tralasciato, si rimane impigliati nella sfera meramente formale dei rapporti, delle relazioni, essendo indotti di conseguenza a concedere una posizione predominante alle definizioni nominali: non si riesce a cogliere in quest'ottica il carattere *genetico* che ad esse dovrebbe in realtà spettare⁽¹⁸²⁾.

Si sarà rilevato che abbiamo accenato poco sopra ad una sensazione divenuta dominante a partire dagli anni Sessanta, quella cioè che il wolfismo avesse condotto ad una prematura costruzione del sistema: come si vede, non è allora in questione l'ammissibilità di una costruzione del sistema *come tale*, ma si avanzano soltanto dubbi su di un suo troppo affrettato compimento e sugli strumenti mediante i quali esso è stato portato a termine.

Questa sensazione sta e cade — si identifica cioè — con il tentativo di accantonare, di mettere da parte quel ruolo fondamentale che si sapeva competere in quel sistema alle definizioni nominali.

⁽¹⁸⁰⁾ J. H. LAMBERT, *Lettera a Kant*, Berlino, 3 febbraio 1766, in C. WOLFF, *Logica tedesca*, cit., pg. 235.

⁽¹⁸¹⁾ Vedi specialmente H. STUPP, *Mos geometricus oder Prudentia als Denkform der Jurisprudenz. Eine Untersuchung der Methodologischen Lehren des Christian Wolff und des Thomas von Aquin*, Diss. iuris, Köln, 1970, pg. 16 ss. e cfr. C. WOLFF, *De Jurisprudencia civili*, cit., pg. 159 ss.

⁽¹⁸²⁾ Così ancora J. H. LAMBERT, *loc. ult. cit.*, pg. 236.

Ma quelle definizioni rimandavano immediatamente all'ulteriore problema della funzione che la *cognitio historica* può svolgere al suo interno.

La critica al predominio delle definizioni nominali tendeva perciò a palesare in prospettiva come suo rovescio l'affermazione che il sistema può essere costruito solo con un metodo *storico-sistemico*.

Cerchiamo adesso di percorrere questo itinerario riprendendo le fila del discorso wolfiano sulla possibilità di ridurre il diritto romano in forma scientifico-dimostrativa, e sugli inevitabili « abusi » ai quali un tale metodo poteva condurre.

Potrà a tutta prima non apparire subito evidente l'interscambiabilità sussistente all'interno di questo tentativo tra la presenza di definizioni nominali — si tratta cioè di quelle definizioni che secondo la logica classica si limitano a restituire soltanto il preciso significato del segno linguistico ⁽¹⁸³⁾, di contro alle definizioni reali

(183) Cfr. C. WOLFF, *Logica Tedesca*, cit.: « le definizioni però definiscono o parole o cose; esse pertanto sono divise molto opportunamente in definizioni nominali (*Wort-Erklärungen*) e definizioni reali (*Sach-Erklärungen*). Quelle consistono in una *descrizione* di alcuni attributi mediante cui un oggetto è distinto da tutti gli altri ad esso simili; queste mostrano come una cosa è possibile. Per esempio, se dico che un orologio è una macchina che segna le ore, definisco il termine orologio; ma se mostro da quali ruote ed altri accessori esso è composto, allora definisco l'oggetto. Allo stesso modo, se dico che la ragione è una comprensione del nesso delle verità, definisco il termine ragione; se però mostro come sia possibile tale comprensione mediante le forze dell'anima, allora definisco l'oggetto » (pg. 53). Cfr. ID., *Philosophia rationalis*, cit., par. 191, pg. 211, nonché J. G. HEINECCIUS, *Philosophia rationalis*, cit., pg. 91.

La definizione reale, quella che contiene l'essenza della cosa, deve cioè mostrare il modo in cui l'oggetto si *origina*, o come esso sia possibile; deve addurne i fondamenti non contraddittori. È evidente fin dall'inizio che in questo tipo di definizione è implicita una pretesa ontologica che va al di là della mera caratterizzazione del termine adoperato, per ricercarne la natura, e tende quindi ad affermarne la necessità per la comprensione scientifica, non contentandosi di rimanere ferma all'analisi del linguaggio. Vedi a questo proposito W. DUBISLAV, *Die Definition*, Hamburg, 1981⁴, pgg. 131-147, che afferma altresì l'infondatezza scientifica di una simile pretesa, nonché U. KLUG, *Die juristische Logik*, Berlin, Heidelberg, New York, 1982⁴, pg. 88 ss. Simili riflessioni, come ovvio, torneranno utili per

rivolte invece alla determinazione dell'essenza di un oggetto — e la funzione che l'arbitrarietà del dato storico necessariamente vi gioca.

Se però, cercando di chiarire inizialmente questo punto, passiamo in rassegna le critiche che abbiamo appena esposto e le paragoniamo con il concreto contesto che ora ci interessa più da vicino, ci rendiamo in un primo momento conto che esse non sono del tutto esatte, che non rendono la complessità del dettato, anche se in definitiva riusciranno sostanzialmente a coglierne un nodo centrale.

Wolff infatti non si nasconde il problema dell'« oggetto materiale » e del suo nesso con le *rationes necessariae* — e non se lo poteva nascondere nell'affrontare il tema della sistematizzabilità di un diritto positivo come quello romano dalla doppia veste di diritto legislativo, spesso arbitrario ⁽¹⁸⁴⁾ e, oltre a ciò, emergente sotto le sembianze di *case law*.

Pertanto, prima di poter scendere ad indagare come le leggi positive possano essere dimostrate a partire dalla loro *ratio*, è necessario chiedersi di *quante specie* una tale *ratio* possa rivelarsi: « Neque enim una est, propterea quod leges positivae ab *arbitrio* legislatoris pendeant, qui nec intrinsecas semper perspicit, nec ab iis solis, verum saepissimae ab extrinsecis pendulam voluntatem habet » ⁽¹⁸⁵⁾. Vengono così individuati, apparentemente l'uno di seguito all'altro e quasi sullo stesso piano, tre possibili punti di partenza, tre possibili fondamenti da cui trarre eventuali dimostrazioni; nell'ordine, quello morale, quello politico e quello storico.

La dimostrazione storica sembra così pienamente legittimata in conformità a quelle premesse che a livello più generale regolavano il rapporto tra la *cognitio historica* e quella scientifica, facendo dell'una il fondamento dell'altra. In quella più generale sede si ammetteva anzi persino una distinzione tra i concetti di *demonstratio*, che nel senso tradizionale prendeva le mosse da definizioni e assiomi così come dalla 'storica' esperienza indubitata, e di *probatio*

la determinazione della qualità del lavoro pandettistico, e per stabilire l'idoneità a definirlo del concetto di 'giurisprudenza concettuale'.

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. C. WOLFF, *De iurisprudencia civili*, cit., pg. 177.

⁽¹⁸⁵⁾ *Ibid.*, pg. 170.

o *determinatio*, che avevano a loro punto di partenza conoscenze vaghe ed indeterminate, o comunque procedimenti non formalizzabili⁽¹⁸⁶⁾; proprio perché entrambi derivavano a loro volta dal concetto di *ratio*, che in Wolff, come è noto, data la commistione di caratteri fisici, metafisici e logici che lo contraddistingue, si sottrae ad una esatta definizione.

In questo testo più specificatamente giuridico assistiamo però ad un fenomeno singolare, date le premesse; ovverosia ad una certa scissione tra ' empirico ' e storico nel senso di storiografico, di pertinente alla storia nella sua evoluzione genetica; e sia pur solo ad una storia ancora intesa come un semplice resoconto delle intenzioni del legislatore.

È evidente infatti che il *Corpus iuris* è formato da disposizioni risalenti ad un'epoca diversa dalla presente e quindi storiche; molte di esse sono poi aggiuntivamente da considerare altresì anche arbitrarie: non si può infatti definire altrimenti che come circostanza arbitraria il requisito della cittadinanza romana richiesto per assumere la tutela, o quei sette testimoni senza i quali un testamento perdeva la sua validità⁽¹⁸⁷⁾.

Anche queste disposizioni — secondo Wolff — hanno le loro *rationes*: esse però non sono necessarie e perciò « sive lateant, sive pateant, parum refert ».

Egli è quindi perfettamente consapevole, per dirla con le parole di uno dei suoi primi critici, della duplicità di aspetti presente nel campo da riordinare: « Quae propositiones principia demonstrandi quo minus essent, quis dubitaret? cum sint certo verae, ex quibus adeo certo verum elici potest. Tales sunt definitiones mathematicae, circuli &c. tales sunt iurisprudentiae N. definitiones e. g. contractum, ut ideo nullus dubitem, quin, ista disciplina iuxta rigorem mathematicum probari queat. Vel definitiones ita sunt comparatae, ut quaedam contineant & continere debeant, quae naturaliter subiecto non insunt, etsi eidem non contrariantur, adeoque nec per solam reflexionem indagari possunt; sed quae adiecta sunt vel ex meo vel alterius arbitrio. Tales fere omnes sunt definitiones iuris Civilis, scilicet quae addendo vel mutando oriuntur.

⁽¹⁸⁶⁾ Cfr. A. SEIFERT, *Cognitio historica*, cit., pg. 169.

⁽¹⁸⁷⁾ Vedi G. H. ELEND, *Meditationes*, cit., pg. 8.

Lex enim ciuilis accuratius determinat, vel addendo certa requisita et circumstantias, vel limitando placita Iuris N. quae deinde etiam adici debent definitionibus Iurisp. Nat. ad definitiones Iurisprudentiae civilis habendas. Ita Ius Naturae pariter ac civile stabiliunt: pacta esse servanda; *sed quid* sit pacisci, consentire, usum rationis habere, accuratius arbitrario modo determinat Ius Civile » ⁽¹⁸⁸⁾.

Ma il fatto che al « soggetto » contratto non competano 'naturalmente' quei predicati rimanda evidentemente ad una postulabile *essenza* dei contratti, dei negozi, in definitiva di ogni istituto e delle sue definizioni; e tuttavia la stessa critica chiarisce qual'è il punto dolente: « Falsum est omnis generis definitiones principia demonstrationum constituere, sed eae demum, quarum *realitas* i.e. quod etiam certo et semper definito ea competant, quae nos de eo enunciabimus, demonstrari potest » ⁽¹⁸⁹⁾.

La soluzione dell'antinomia, adottata per dare spazio ad una dimostrazione anche a partire dal dato storico-empirico — per la dimensione politica e morale il discorso era più facile, data la loro vicinanza alla filosofia e al diritto naturale, cioè a discipline sulle quali non può elevarsi il dubbio della scientificità, che poteva al massimo restringersi al loro aspetto 'speciale' ⁽¹⁹⁰⁾ — era infatti ad avviso di Wolff costituita da un mutamento a livello della teoria delle definizioni. Se è vero infatti che una dimostrazione rigorosa e scientifica non può partire *semplicemente* da determinazioni arbitrariamente scelte, ma deve contenere premesse che restituiscano l'essenza della cosa ⁽¹⁹¹⁾, è vero pure che anche nello specifico dominio della matematica ci troviamo di fronte a principi assunti e non provati, come la progressione dei numeri naturali o la divisione del cerchio in 360 gradi.

Allora, a quelle determinazioni proprie specificamente del diritto romano soltanto positivo, si tratta di far corrispondere sul

⁽¹⁸⁸⁾ *Ibid.*, pg. 7.

⁽¹⁸⁹⁾ *Ibid.*, pg. 6.

⁽¹⁹⁰⁾ Cfr. C. WOLFF, *De Jurisprudentia civili*, cit., pg. 171: « Rationes morales ex iure naturali desumuntur, ut adeo pateat necessitas studii iuris naturalis, vel hoc nomine, ubi ratione legum scrutari, et ius civile in formam demonstrativam redigere volueris. Rationes politicae generales ex philosophia civili; speciales ex antiquitatibus romanis derivantur ».

⁽¹⁹¹⁾ Cfr. anche J. SCHRÖDER, *op. cit.*, pg. 134.

piano della loro configurazione concettuale delle mere definizioni nominali « *quas arbitrarias esse constat* »⁽¹⁹²⁾.

Ma questo tentativo di venire a capo dell'aporia non segnala altro che il carattere intimamente contraddittorio e tutt'altro che univoco sia della metodologia wolffiana in generale, che della finalità ultima che veniva proposta a suo traguardo, e che era volta a reperire un « *Systema Iurisscientiae, in quo leges omnes et singulae, quae adhibendae sunt in decisione controversiarum, ex indubiis iactis principis, definitionibus harumque evidenti comparatione deductae et demonstratae appareant* »⁽¹⁹³⁾.

In realtà, difatti, questo metodo progettato da Wolff si rivela idoneo sia a costituire un sistema deduttivo, per esempio di carattere giusnaturalistico, sia a fornire la chiave di un procedimento volto alla sistematizzazione induttiva di una pluralità di casi specifici⁽¹⁹⁴⁾; a prezzo tuttavia di una sostanziale rinuncia proprio a raggiungere quella finalità che costituiva la pretesa principale implicita in quel procedimento, e cioè quella di una « dimostrazione » che fosse in grado di assegnare un privilegio di dignità conoscitiva alla stessa forma matematico-assiomatica⁽¹⁹⁵⁾. E vi si rinunciava in favore dell'identificazione *contenutistica* tra definizioni puramente verbali e il requisito dell'evidenza e della chiarezza dei concetti, che riduceva l'affermata necessità « *für allen Dingen ... einen deutlichen Begriff beyzubringen* » a non significare nient'altro se non la proposizione di un postulato secondo il quale tutti i concetti impiegati dovevano essere definiti come *termini tecnici*⁽¹⁹⁶⁾.

In tal modo l'equiparazione tendenziale, almeno in via di principio, ottenuta mediante il concetto di *ratio* e la possibilità ad esso

⁽¹⁹²⁾ C. WOLFF, *De iurisprudencia civili*, cit., pg. 177.

⁽¹⁹³⁾ G. H. ELENDE, *Meditationes*, cit., pg. 5.

⁽¹⁹⁴⁾ Cfr. M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 333, peraltro in un diverso contesto problematico.

⁽¹⁹⁵⁾ Cfr. H. STUPP, *Mos geometricus*, cit., pgg. 43-44.

⁽¹⁹⁶⁾ Così sostanzialmente anche STUPP, *ibid.*, pg. 61. L'affermazione di cui nel testo va intesa non tanto nel senso che in Wolff non sia presente l'aspetto di una ricostruzione assiomatica correttamente portata a termine; piuttosto si voleva accennare al fatto che accanto ad essa si situa la pretesa, non soddisfatta, a che questo procedimento acquisisca altresì una dignità ontologica che lo renda atto a delucidare le 'essenze' delle cose ordinate.

conseguente di ricavare dimostrazioni anche da definizioni che non rendessero conto della *genesì* della cosa — che quindi non ci possono rendere palesi « anche le molte altre cose *apparentate* con quelle contenute nella definizione » ⁽¹⁹⁷⁾ —; quell'equiparazione tra filosofico e storico, avviene adesso soltanto proprio perché non si riesce a distinguere queste due dimensioni sotto il profilo dell'oggetto, ma soltanto secondo la *natura cognitionis*.

Ogni verità di fatto, ogni disposizione normativa puramente positiva è allora, sempre in via di principio, razionalizzabile mediante l'analisi concettuale: e quindi ogni verità storica è in definitiva riconducibile ad una superiore e ' filosofica '.

Utilizzando la terminologia dell'antica scolastica si potrebbe affermare che ci si viene in tal modo a trovare di fronte, in ultima analisi, soltanto a *necessaria*, i quali o sono concepiti (filosoficamente) come tali, oppure vengono (storicamente) accettati semplicemente *ut contingentia* ⁽¹⁹⁸⁾.

La tentazione infatti di salvare la *realtà* delle definizioni, e quindi l'*essenza* di ogni disposizione arbitraria promulgata da un legislatore, e di salvarla ad un livello per così dire più alto di legittimazione ideologica — esigenza che era presente nelle pieghe del discorso wolfiano a motivo della sua netta continuità culturale con le teoriche della logica aristotelico-scolastica —, poteva portare in definitiva a concludere sul piano strettamente giuridico che « *voluntati Principum esse standum adeoque quo ille circa negotia humana statuit, ad essentiam earum certum pertinere* » ⁽¹⁹⁹⁾: ov-

⁽¹⁹⁷⁾ Cfr. C. WOLFF, *Logica tedesca*, cit., pg. 126.

⁽¹⁹⁸⁾ Così A. SEIFERT, *Cognitio Historicae*, cit., pg. 170.

⁽¹⁹⁹⁾ G. H. ELEND, *Meditationes*, cit., pg. 8. Elend vedeva qui, da buon thomasiano, il pericolo: se non si fossero utilizzate le definizioni del legislatore soltanto come *ipotesi* « inter probabilia referenda » e non si fosse tenuto fermo il principio che « *facta vero humana demonstrari nequeunt, sed tantum probari* » — in forza della già ricordata ambiguità del concetto di *ratio*, una simile distinzione non appariva altrettanto chiara nella dottrina di Wolff —, allora la conclusione di cui nel testo poteva presentarsi quasi come inevitabile. E tuttavia, proseguiva ancora Elend, « *Scio enim in thesi hanc verissimam esse enunciationem, in Iure N. demonstratam, in Iure civili axiomatis instar habendam: quidquid princeps ad essentiam contractus vel negotii pertinere voluit, illud includi definitioni debere: sed in*

vero ad avanzare una concezione diametralmente opposta a quella sostenuta da Thomasius. Quest'ultimo, prendendo le mosse dal suo principio — che in seguito vedremo divenire fondamentale per lo stesso rifiuto di un sistema normativo forgiato su di un'unica fonte di diritto —, che la parola legge è soltanto un vocabolo *relativo*, poteva invece affermare che le definizioni del legislatore, i suoi dogmi non erano in grado di vincolare l'interprete, essendo privi del carattere di *leges* ⁽²⁰⁰⁾.

Una simile, e come si vede opposta, tentazione è invero anche esplicitamente presente nel discorso della *Iurisprudencia civilis*: « Non tamen ideo prorsus inutile nosse rationes illarum determinationum, ut ut tuto ignorentur, quamdiu demonstrationis unice habenda est ratio, quemadmodum in mathesi non omni utilitate caret, si illorum ratio redditur, quae pro arbitrio determinari possunt, etsi demonstranti perinde sit utrum aliquam habeant rationem, an nullam, & utrum hanc habeant, an aliam. Immo determinationes in iure arbitrariae ad principia quaedam generalia necessaria revocari possunt, quae tamen hoc ipso in eas non nisi remote influunt, nec ad eas ponendas sufficiunt, quia generalia sunt;

*hypothesi an hoc vel illud ad essentiam contractuum referre voluerit, quis hoc demonstrabit? Sane si hoc possibile esset, nullum inter Ictos dubium foret de legibus incertae auctoritatis, i. e. an nobis sint leges (lex enim vocabulum relativum est) » (ibid.). È evidente che il punto di partenza di Wolff lo doveva condurre ad avanzare la pretesa, letale per la *Iurisscientia* quale allora, ma non solo allora, veniva propugnata, di eliminare in definitiva l'interpretazione; ed era chiaro in sostanza chi fosse il bersaglio di quel rinnovamento metodologico in apparenza rivolto a fondare su basi più solide la stessa scienza del diritto tradizionale: il giurista-interprete.*

Lo aveva notato assai per tempo persino un giurista che si presentava, a prima vista, quale difensore delle novità introdotte; vogliamo cioè alludere a J. C. CLAPROTH, *Vertheidigung der Mathematischen Lehrart in der Rechtsgelehrsamkeit nach eben derselben Lehrart abgefasst*, in ID., *Sammlung Juristisch-Philosophisch- und Critischer Abhandlungen*, 2. Stück, Göttingen, 1743, pg. 255.

Su Claproth (1715-1748), giurista attivo significativamente proprio nella Facoltà di Gottinga, vedi per ora E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt. 3, Halbband 1, Note, pgg. 193-4.

⁽²⁰⁰⁾ Cfr. *supra*, cap. I, pg. 122 ss., e vedi ancora G. H. ELENB, *loc. ult. cit.*, che lo specifica direttamente mediante un rinvio all'allievo più rilevante del Thomasius, Gundling.

quemadmodum in mathesi, quae arbitraria sunt, veluti characteres numerorum, & signa algorithmi, in principia generalia necessaria, aeternas veluti artis characteristicae veritates, resolvuntur, etsi illa non sufficiant ad arbitraria ista in specie determinanda. *Quamvis autem vi istorum principiorum generalium demonstrari possint, istae tamen demonstrationes perinde ex iurisprudencia demonstrativa exsulare debent, quemadmodum ex mathesi per tot saecula salva summa eius certitudine exsularunt. Erit tamen tempus, quo in universalia magis intenti, quam prasens aetas fert, condent disciplinas, quibus demonstrationes istiusmodi conveniunt* »⁽²⁰¹⁾.

Essa è senza dubbio, come si evince dallo stesso contesto, quasi immediatamente messa tra parentesi, minimizzata almeno nella forma generale nella quale era stata espressa in quelle precedenti proposizioni: quella 'tentazione' rimane però come un filo rosso che segna a livello, se non logico, sicuramente ideologico tutta la struttura del tentativo wolfiano, come dimostra il fatto della reintroduzione di una ipotesi simile⁽²⁰²⁾ nel concreto lavoro di dimostrazione delle specifiche leggi contenute nel primo titolo *de iure personarum* delle *Institutiones* giustiniane⁽²⁰³⁾.

Ciò che comunque ora ci interessa è tuttavia la rilevazione di una singolare consonanza di vedute tra queste potenzialità implicite nel discorso più propriamente teorico, e le concrete conclusioni che se ne traggono in relazione al problema delle *rationes* che motivano il legislatore ad emanare le sue norme. Quel discorso ci riconduce infatti al già segnalato emergere di una discrepanza, di una certa non consequenzialità all'interno stesso del tentativo portato a termine dal filosofo-giurista di Marburg; una disfunzionalità che lo stesso suo precoce critico aveva assai per tempo con grande acutezza potuto rilevare, dal momento che riteneva di dover scorgere una esplicita contraddizione tra il giovane Wolff della Logica tedesca e il più maturo autore dei tardi saggi giuridici: « Sed nolo plura facere verba de re quae sua radiat evidentia, quam ipse Wolffus olim agnovit, etsi deinde sententia mutaverit

⁽²⁰¹⁾ C. WOLFF, *De Jurisprudencia civili*, cit., pgg. 177-8.

⁽²⁰²⁾ Cfr. *ibid.*, pg. 179 ss.

⁽²⁰³⁾ Si tratta degli *Specimina* già citati *supra* alla nota 172; per una analisi più ravvicinata cfr. *infra*.

horis subsecivis, ita ut junior seniore Wolffio hac in parte videatur sapientior » (204).

(204) G. H. ELEND, *Meditationes*, cit., pg. 16. Wolff si allontanava difatti dalla concezione della matematica esposta nella Logica tedesca — titolo con il quale per brevità si sogliono indicare i *Vernünftige Gedanken von der Kräften des menschlichen Verstandes und ihrem richtigem Gebrauche in Erkenntnis der Wahrheit*, stampati ad Halle nel 1712 —: essa vi era vista come una scienza perfettamente autonoma e compiuta in se stessa. In tal modo nell'ambito della logica poteva essere lasciato larghissimo spazio proprio alle conoscenze empiriche, dal momento che la matematica doveva fungere soltanto da modello metodologico, ma non, invece, da paradigma sostanziale (cfr. N. MERKER, *C. Wolff e la metodologia del razionalismo*, in *Rivista Critica di Storia della filosofia*, 1967, III, pg. 7 ss., che in ogni caso non si occupa delle conseguenze derivanti da queste premesse sul piano degli scritti giuridici).

Nella Logica latina (la *Philosophia rationalis*, già più volte citata), egli viene invece a sostenere la dipendenza diretta della matematica dalla logica e questa viene inoltre fondata immediatamente sull'ontologia: ciò significa, in altri termini, che l'ordine che il filosofo od il giurista debbono rispettare nell'esposizione degli argomenti — e che richiede, com'è noto, accurate definizioni, dimostrazione di ciò che di volta in volta si assume a presupposto e nesso rigoroso tra antecedente e conseguente — si rivela ora come prevalentemente orientato al *necessario*, e non più all'arbitrario, allo storico, proprio in quanto un simile ordine risultava adesso imposto dalle cose stesse, dalla loro peculiare natura.

Un tale mutamento d'accento — con le non poche contraddizioni contenute anche nella logica latina, e per lo più causate dalla sovrapposizione di questi due diversi orientamenti — diviene forse più chiaro se facciamo riferimento proprio alla *Praefatio* della Logica tedesca, alla quale Elend genericamente rinvia per giustificare il suo assunto della superiorità del giovane Wolff rispetto alle opere del periodo della maturità. Vi si può leggere infatti questa 'sorprendente' affermazione 'contro' un uso disinvolto del metodo geometrico: « Spinoza nella sua Etica e Raphson nella sua dimostrazione di Dio seguirono un *pessimo procedimento nella dimostrazione*, quantunque entrambi non fossero privi di ingegno e neanche inesperti di matematica. Essi definiscono molti termini con sinonimi, *assumono senza dimostrazione ciò che spesso avrebbe dovuto più di tutto essere dimostrato*, e addirittura alle volte non connettono l'uno con l'altro i sillogismi, come sarebbe necessario » (in C. WOLFF, *Logica tedesca*, cit., pg. 18).

Si comprendono così e le difficoltà di Wolff nell'assegnare ora un ruolo al dato storico e quella stessa affermazione di Elend, che sembrava a tutta prima singolare, in favore di una supremazia del Wolff 'non giurista'.

E si tratta, vorremmo dire, di una contraddizione ed ambiguità che riguarda in qualche misura, al di là quindi di quanto aveva già visto Elend⁽²⁰⁵⁾, lo stesso tardo Wolff degli scritti latini.

Dopo avere infatti equiparato le tre *rationes*, politiche morali e storiche, dalle quali il legislatore poteva essersi fatto guidare, egli con un improvviso mutamento d'accento concentra il discorso sulle prime due, e dichiara in modo apparentemente del tutto immotivato il ricorso alle dimostrazioni storiche per *superfluo*: l'intenzione del legislatore può allora certamente essere ricondotta ad un fondamento più solido della nuda arbitrarietà, e per altra via viene così ancora perseguita quella finalità di impedire che l'eccessiva accentuazione del dato meramente positivo potesse mettere in crisi la stessa proponibilità di tutta l'intrapresa⁽²⁰⁶⁾.

Ma Wolff, come abbiamo accennato⁽²⁰⁷⁾, conosceva — oltre alla più tradizionale e risalente⁽²⁰⁸⁾ concezione di 'storico' come ciò che si limita al fattuale, rinunciando a fornire le *rationes* — anche una ulteriore impostazione che poteva richiamarsi alla distinzione a noi già nota tra *libri historici* e *libri dogmatici*.

⁽²⁰⁵⁾ A questo riguardo fornisce invece minori lumi J. C. CLAPROTH, *Verteidigung*, cit., *passim*, che è orientato più sul dibattito successivo nell'ambito della stessa scuola, dibattito che si presenta quale opera, questa volta, prevalentemente di giuristi di professione. Sulla posizione particolare di Claproth, più celata che manifestata da quel titolo che si potrebbe a buon diritto definire paradossale, avremo occasione di soffermarci più oltre. È da dire comunque che è più in generale tutta la problematica relativa al metodo dimostrativo nell'ambito del diritto privato e alla giurisprudenza che ad esso si richiama che attende ancora una valutazione complessiva tale da permetterci di superare le secche di interpretazioni fin troppo semplificanti: quelle, per intenderci, che tendono a postulare una continuità metodologica tra wolfismo e *Begriffsjurisprudenz*, e sono presenti, ad esempio, seppure sempre allo stato di intuizione, nei lavori di Wieacker o Coing.

⁽²⁰⁶⁾ Servendosi altresì allo scopo della distinzione tra *rationes morales* (od anche *legales remotae* e *immediatae*; cfr. C. WOLFF, *De Jurisprudentia civili*, pagg. 173-4.

⁽²⁰⁷⁾ Cfr. *supra* nota 143.

⁽²⁰⁸⁾ Cfr. A. SEIFERT, *Cognitio historica*, cit., pagg. 89 ss. e pg. 165 per il riferimento a Zabarella, Patrizi, Campanella e, con qualche limitazione, anche a Bacone quali fautori di una storia intesa come 'cognitio singularium'.

Secondo quest'ultima distinzione i primi avevano come loro oggetto dei *singularia*, mentre i secondi trattavano degli *universalia*.

Tuttavia anche i *libri historici*, nella misura in cui necessariamente dovevano tradurre in proposizioni i fatti, prendevano in considerazione delle *veritates*: si potevano dare quindi, evidentemente, delle 'verità' storiche. In questa ottica le verità universali assurgono invece alla qualifica di dogmatiche, e pertanto un libro dogmatico è quello che proponga 'dogmata seu veritates universales'.

Se il discorso si fosse arrestato a questo punto, avremmo allora di nuovo potuto intravedere un certo riavvicinamento — e proprio nella Logica latina — tra le verità propriamente scientifiche, i dogmi e gli oggetti storici tradotti in proposizioni.

L'amore per la distinzione condotta sino alle ultime conseguenze prende però ancora una volta la mano al Nostro e lo spinge ad appuntare uno sguardo più preciso proprio sui libri dogmatici.

Ne consegue un'ennesima specificazione: tali libri possono limitarsi a *referire* quegli stessi dogmi oppure recare con sé oltre ad un puro inventario di dogmi, anche il loro procedimento di prova ⁽²⁰⁹⁾.

In tal senso ci troviamo allora di fronte ad un'altra bipartizione, che fonda altresì la possibilità di riassumere tutta l'argomentazione in uno schema tripartito. Vogliamo alludere cioè alla distinzione tra libri 'dogmatici-historici', da un lato, e libri 'dogmatici-scientifici' dall'altro.

Questa distinzione ci permette a sua volta di individuare come una gradazione ascendente verso il più alto gradino della scientificità, dal momento che dalla *Historie* come conoscenza dei fatti singolari si può risalire, attraverso lo stadio intermedio rappresentato un'altra volta dalla stessa *Historie* — intesa però adesso come storia 'dogmatica', che si presenti, cioè, in qualità di 'universale' conoscenza dei fatti — all'ultimo e più elevato stadio, quello della scienza.

Come è stato opportunamente rilevato ⁽²¹⁰⁾, la questione che a questo punto si pone, se sia cioè possibile che anche l'*Historie*'

⁽²⁰⁹⁾ Si veda ancora C. WOLFF, *Philosophia rationalis*, par. 751.

⁽²¹⁰⁾ Così A. SEIFERT, *loc. ult. cit.*, pg. 166.

intesa nel primo senso venga a sua volta suddivisa in conoscenza dei fatti ed in conoscenza 'causale' (universale), appare risolta dal pensatore marburghese — a differenza dai suoi predecessori — in senso affermativo, e soltanto remore di carattere linguistico — determinate dall'ottica che abbiamo tentato qui per sommi capi di restituire — sembrano avergli impedito di distinguere i libri 'storici-filosofici' (scientifici), da quelli che si sarebbero dovuti definire 'doppiamente' storici ('storici-storici'), in quanto volti a raccogliere *veritates* singolari senza indagarne il fondamento.

Tenendo ferme rigorosamente le premesse di quella prima concezione di 'storico' presente nell'ambito della sua *Weltanschauung* — storico-empirico da un lato (definizione nominale), *ratio*, e quindi spiegazione genetica (definizione reale) dall'altro — la *cognitio historica* vera avrebbe dovuto essere ancorata ineluttabilmente alla singolarità delle sue conoscenze e gli oggetti di queste, le *veritates historicae*, non avrebbero potuto spingersi al di là della pura fatticità.

Il secondo itinerario che abbiamo appena delineato si interseca però con il primo e mostra allora che non è questo il caso: infatti né la conoscenza storica resta legata del tutto alla singolarità, né la verità storica può dirsi pura fatticità.

Soltanto così, come si è visto, Wolff poteva arrivare ad esprimere quel suo postulato secondo il quale le nozioni ricavate dall'esperienza, e la cui apprensione conoscitiva non poteva essere battezzata altrimenti che storica, dovevano al contempo costituire anche il fondamento della cognizione filosofica.

Egli non riesce tuttavia a decidersi nettamente in favore di questa ultima conclusione: rimane così impigliato nell'ambiguità, proprio perché essa avrebbe richiesto per essere definitivamente eliminata una radicale risposta al problema, che Wolff non poteva impostare in questi termini, se la conoscenza 'razionale' dovesse essere 'necessariamente' identificata con la conoscenza degli universali — politico/morali, filosofici, giuridici o 'storici' — o se si desse invece una diversa soluzione. Sarà questo in ultima analisi infatti il senso riposto dell'atteggiamento parzialmente negativo che Hugo terrà più tardi nei confronti del Nettelblatt.

Si sarà compreso a questo punto quanto sia insufficiente quell'interpretazione generale che vede il trapasso verso le concezioni del

sistema e della scienza giuridica che sono proprie della scuola di Göttingen, tutto fondato su di una critica al deduttivismo razionalistico dei wolfiani basata semplicemente su di un generico empirismo: di fatto, l'empirismo fa già parte del bagaglio culturale della filosofia wolfiana.

La critica in questa direzione vale quindi come strumento 'retorico' ed indiretto, certamente più rivolto contro l'abuso di quel metodo che non invece contro il medesimo in sé e per sé considerato: ma una tale critica si rivolge anche ad individuare una sede diversa nella quale di fatto si annidava una ben più grave debolezza intrinseca di quel sistema. Era allora a questa debolezza che si voleva porre rimedio.

Una tale debolezza, alla quale Wolff nonostante tutto non riusciva a sottrarsi, riguardava appunto il ruolo della storia intesa come storiografia, e non quindi come semplice considerazione del fatto empirico, nell'ambito stesso del procedimento costruttivo del sistema.

Mentre infatti la deduzione dal dato storico-empirico costituito dalla positività e arbitrarietà della disposizione legislativa (in questo caso giustiniana) doveva venire ammessa ed anzi potesa condurre ad una dominanza delle definizioni giuridiche nominali, senza che per questo potesse dirsi messa in questione la scientificità del procedimento⁽²¹¹⁾, diversamente accadeva per la possibilità di utilizzare

⁽²¹¹⁾ Se considerato particolarmente sotto questo profilo, il sistema wolfiano si dimostrerebbe corrispondente alle richieste che modernamente vengono rivolte ad un sistema assiomatico. E precisamente all'avvertita esigenza di *relativizzazione* del concetto stesso di assioma, che, inoltre, non abbisogna più di essere riguardato come una traduzione concettuale di verità contenutisticamente non invalidabili ed indubitabili. In questa prospettiva appare anzi produttivo trattare come assiomi proprio affermazioni e proposizioni di carattere dubbio al fine di controllarne le conseguenze: le definizioni reali vengono invece ampiamente ritenute superflue o pericolose. Cfr. J. RÖDIG, *Axiomatisierbarkeit*, cit., pg. 173 ss. e 172 ss., che coglie tra l'altro molto bene la diametrica opposizione esistente tra *Begriffsjurisprudenz* e metodo assiomatico (pg. 167). Cfr. inoltre Id., *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Berlin-Heidelberg-New York, 1969, pg. 175 ss.; interessanti osservazioni ad un livello più generale anche in K. SCHRÖTER, *Die Tragweite und die Grenze der Axiomatische Methode*, in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, IV, (1957), pgg. 476-488. Per un'approfondita analisi sul significato dell'impiego di definizioni 'reali' nell'ambito della

accanto alle *rationes politicae e morales* anche quelle *historicae*; storico (nel senso della *Historie* 'storiografica') ed empirico non ve-

scienza giuridica concettuale si veda poi U. NEUMANN, *Rechtsontologie und juristische Argumentation*, cit., pg. 78 ss.

Come si è più volte accennato nel testo, si può in un certo senso istituire un parallelo tra definizioni reali da un lato e conoscenza filosofica, e, quindi, scientifica, ove le si considerino come quelle che sono chiamate a palesare che « rem definitam esse possibilem » (C. WOLFF, *Philosophia rationalis*, par. 198) « ut elementa innotescant, hoc est ea, quae ad genesin rei concurrunt » (C. WOLFF, *Ratio praelectionum wolffianarum*, Halle, 1718, pg. 6, citato secondo H. W. ARNDT, *Methodo Scientifica pertractatum*, cit., pg. 129); mentre, dall'altro lato, sussiste uno stretto rapporto tra *Cognitio historica* e l'impiego di definizioni nominali.

Non finiremmo però per sottolineare soltanto un'opposizione netta all'interno della filosofia wolffiana tra le due forme di conoscenza, come sembra fare J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktische Jurisprudenz »*, cit., pg. 134 ss., spec. 135 nota 20, che è indotto a scorgere un problema — quello della scientificità della trattazione del diritto positivo secondo il metodo dimostrativo, una scientificità che sarebbe, cioè, messa in forse dall'utilizzazione di definizioni nominali riferite ad assiomi e determinazioni non necessarie (non suscettibili pertanto di definizioni reali) — che si poteva in realtà porre con una simile chiarezza esclusivamente a partire dalla successiva critica di Lambert e di Kant. Critiche, queste ultime, che avevano per oggetto, non a caso, l'eccessiva estensione che il concetto di definizioni nominale veniva ad assumere nel linguaggio di Wolff.

Di fatto — come osserva giustamente ARNDT (*op. cit.*, pg. 129 e 137 ss.) — una delle caratteristiche peculiari della *Systembildung* wolffiana è anzi quella di estendere il concetto di definizione nominale e di *experientia indubitata*, giungendo così a contentarsi per le sue affermazioni del raggiungimento di un grado di generalità soltanto 'comparativa' e non strettamente necessaria.

L'uso di definizioni reali è richiesto da Wolff in modo 'necessario' proprio soltanto con riferimento a quei concetti, che noi formiamo 'arbitrariamente', mentre invece i concetti dell'esperienza, ai quali si riferisce la *cognitio historica*, e attraverso cui ci rappresentiamo le cose che sono date nell'esperienza stessa, non abbisognano di nessuna 'prova di possibilità', poiché ciò che viene per mezzo di essi rappresentato esiste già realmente.

In tal senso la dimostrazione 'storica' limitatamente alla deduzione da leggi positive esistenti, *anche se* arbitrarie, non può essere considerata un fuor d'opera bisognoso di particolari giustificazioni, che introducano magari ipotesi *ad hoc* del tutto specifiche per il campo della giurisprudenza; anche se, per vero, negli scritti latini, per i motivi cui abbiamo accennato, la tendenza a fornire informazioni contrastanti sul ruolo spettante all'espe-

nivano allora in questo caso specifico trattati alla stessa stregua: « Rationes historicae ex *historia* arcessendae ac *saepissime occultae* sunt, ut eas *frustra* rimari conemur »⁽²¹²⁾.

A tutta prima potrebbe sembrare questa un'affermazione innocua, se non fosse invece che essa testimonia di una ben precisa concezione della storia che emerge proprio con riguardo a quella concreta configurazione che la *Historia legum* veniva assumendo nel campo specificamente giuridico.

Il fatto che le conoscenze storiche si mostrassero spesso, in relazione alle *occasiones* che avevano determinato nel passato l'at-

rienza, in qualche misura si accentui. Non è tuttavia da dimenticare che il giurista wolfiano senz'altro culturalmente più vicino al Wolff — com'è testimoniato dall'*Epistola gratulatoria*, rivoltagli nel 1733 dallo stesso filosofo 'prussiano', e sulla quale torneremo brevemente più oltre (cfr. *infra* pg. 425). nota 241) — Johann Ulrich Cramer aveva dedicato una specifica sezione della sua *Unterstützung der Primarum Linearum Logicae Juridicae ad normam Logicae Wolfianae adornatarum. Durch Auflösung dergegen die Wolfische Vernunftlehre öffentliche aufgestellten Zweifel* (in *Id.*, *Supplementa Opusculorum Cramerianorum materiae gravissimas ex omni jure demonstrativa ratione pertractata continentia*, Ulm, Frankfurt und Leipzig, 1767, pgg. I-LXXXVI, LXVI-II) ad esaminare la questione, particolarmente disputata e soggetta a critica, di come, e se fosse possibile derivare dalle definizioni nominali, definizioni reali: lo iato tra le due non si lascia quindi riguardare all'interno dell'orizzonte wolfiano come necessariamente definitivo.

Su Cramer (Ulm 1706-Wetzlar 1772), che fu a partire dal 1726 a Marburg subendo direttamente l'influsso di Wolff, ma contemporaneamente coltivando in modo altrettanto assiduo lo studio del diritto positivo, e si segnalò specialmente per la sua attività di raccolta ed elaborazione scientifica della prassi del *Reichskammergericht*, della quale sono testimonianze le *Wetzlar'schen Nebenstunden* (124 Theile, 1755-1772), si veda E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. 3 Halbband 1, *Testo*, pgg. 273-277 e *Note* pgg. 187-189, nonché K. S. BADER, *Johann Ulrich von Cramer (1706-1772) und die 'Transparenz' der reichskammergerichtlichen Rechtsprechung*, in *Juristenzeitung*, 27. Jg. (1972), n. 17, pg. 515.

Vale la pena di osservare come in Cramer non sia presente, per le ragioni che esamineremo più oltre, quell'istanza sistemático-globale che contraddistingue invece l'attività di un Nettelbladt. Un simile dato costituisce la riprova della non necessaria coincidenza tra wolfismo giuridico e concreta attività di costruzione di un sistema 'astratto', e quindi della sua utilizzabilità pratica in vista di riordinamenti settoriali o della sistematizzazione di un diritto a statuto di *case Law*.

(212) C. WOLFF, *De iurisprudencia civili*, cit., pg. 170.

tività del legislatore, rivolte ad un oggetto che rischiava di rimanere ' occulto ' non significava già di per sé l'inanità di una ricerca storiografica: anzi lo stesso Wolff ad altro proposito — e su di un piano teorico generale — aveva dedotto da una simile circostanza una conseguenza quasi diametralmente opposta.

La *cognitio historica communis*, una conoscenza che trovava il suo chiaro e sintomatico sinonimo nell'espressione ' *cognitio vulgi* ', limitata com'era alla apprensione ed enumerazione dei *facta quae patent*, veniva non a caso affiancata da un'altra forma di conoscenza storica, la ' *cognitio historica arcana* ' che, proprio in quanto si vedeva assegnata la ricerca dei *facta quae latent*, assumeva una ben più alta dignità scientifica ⁽²¹³⁾.

Cosa ha spinto dunque Wolff a mettere tra parentesi questi principii da lui stesso sostenuti, e a non assegnare all'attività storiografica nessun ruolo ben definito in un contesto problematico che sembrava invece il più idoneo a reclamarlo?

Per comprendere questo atteggiamento bisogna fare un passo indietro ad individuare una costante che rimane largamente tale lungo tutto il corso dello sviluppo del suo pensiero: la riflessione relativa ai fini o meglio al fine principale della storia medesima.

Sin dalla stessa ' Logica tedesca ' un simile problema emerge in un contesto, che potrà ancora una volta apparire singolare al lettore odierno, ovverosia nel capitolo dedicato ad esaminare il tema di « come giudicare dei libri » ⁽²¹⁴⁾.

Abbiamo avuto già occasione di osservare che, se per Wolff la storia veniva tendenzialmente ristretta alla sola storia degli uomini, essa veniva poi per similitudine estesa anche ai fatti della natura e persino alle operazioni divine. In questa prospettiva tuttavia la storia della creazione e della salvezza non rappresenta più una storia vera e propria: della storia *in senso stretto* possono cioè essere attori soltanto gli uomini, in primo luogo intesi come persone pubbliche, e soltanto di riflesso visti come privati ⁽²¹⁵⁾.

⁽²¹³⁾ C. WOLFF, *Philosophia rationalis*, cit., par. 21. Cfr. sul punto ancora A. SEIFERT, *Cognitio historica*, cit., pg. 167.

⁽²¹⁴⁾ C. WOLFF, *Logica Tedesca*, cit., pg. 137 ss.

⁽²¹⁵⁾ Egli restava con ciò comunque fermo al concetto tradizionale secondo il quale la storia *absolute* o *per eminentiam* è storia dei fatti degli

Una tale storia resta tuttavia in questo modo ampiamente intesa come inventario, come raccolta di fatti, e pertanto si palesa connessa alla questione delle 'capacità' intellettuali umane.

Nella sede appena presa in considerazione, in modo del tutto consequenziale, l'interesse principale di Wolff nel giudicare sui libri storici appare perciò diretto verso le 'intenzioni' che attraverso di essi si possono perseguire.

Per quello che riguarda la storia degli uomini generalmente intesa l'intenzione va finalizzata al raggiungimento della *perfezione* delle nostre azioni vista come scopo morale: in questo senso viene in primo piano la necessità di enumerare esempi che riguardino le virtù e i vizi in modo da sviluppare il più possibile il parallelismo perfezione umana-perfezione divina, dalla quale la prima trae necessariamente le sue regole ⁽²¹⁶⁾.

uomini; ne trae però adesso nuove conseguenze, nel momento in cui, comprendendola soltanto come apprensione di ciò che esiste, ed intendendola quindi largamente come un problema relativo alle facoltà dell'anima, può sollevare nell'ambito della teologia l'insolito problema (cfr. *supra* nota 175) se Dio stesso sia uno storico, cioè se egli possenga conoscenze storiche nel senso di conoscenze fattuali. Le idee divine relative a tutti i mondi possibili saranno tali perciò, a suo avviso, da contenere tutte le cose possibili e quindi anche i fatti singolari. Un simile approccio, come risulterà anche dal testo, segna in definitiva assai incisivamente tutta la concezione wolfiana.

⁽²¹⁶⁾ Il passo è senz'altro rivelatore anche degli esiti finali a cui le riflessioni wolfiane devono condurre in campo giuridico e ci sembra pertanto che valga la pena di riportarlo per intero: « Per quanto attiene alla storia degli uomini, ci si può proporre in generale per scopo, in tutte le nostre azioni, purché ascoltiamo la nostra ragione, la nostra perfezione, *la quale è inseparabile e dalla gloria di Dio e dalla promozione del bene comune*, che sono connesse in modo indissolubile con essa, la perfezione non consistendo in nient'altro che in un accordo di tutte le azioni naturali e volontarie. Ora si acquista questa perfezione, se le nostre azioni volontarie sono determinate da noi *per i medesimi scopi per cui sono da Dio determinate quelle naturali*, che non abbiamo in nostro potere. Di ciò si può ottenere un concetto particolareggiato dalla mia Morale. La storia deve insegnare *mediante esempi* le virtù e i vizi, in particolare la saggezza e la stoltezza. Se, ora, si vuole raggiungere questo scopo, essa deve essere narrata in modo tale che, se le azioni degli uomini sono confrontate con la loro condizione, se ne possano apprendere le regole prescritte dalla Provvidenza, mediante cui siamo convinti sempre di più delle perfezioni della maestà

La conoscenza della Provvidenza divina, che viene anch'essa intesa come *Regierung*, serve in sostanza al miglioramento della morale e quindi al mantenimento della Chiesa e dello Stato in una condizione di *benessere*; sì, perché quando viene la volta di sottolineare lo *specificum* delle storie particolari, che si riducono innanzitutto e non casualmente alla storia ecclesiastica e poi alla storia civile e letteraria — entrambe esemplate sulla prima —, allora il canone secondo il quale esse devono essere impostate perché se ne possa apprendere una necessaria saggezza, è quello rivolto a rendere questo apprendimento funzionale al *Wohlfahrt*, al benessere dell'istituzione di volta in volta considerata⁽²¹⁷⁾.

La storia è formulata 'esemplarmente' proprio perché non gode di autonoma considerazione, ma è finalizzata, secondo una impostazione culturale che ormai ci è nota, al raggiungimento di quel *Wohlfahrt* che è propugnato come ideologia dallo Stato mercantilistico e assolutistico. Una simile storia rende 'prudenti' in senso politico e privato: e non è un caso che in ognuna delle delucidazioni riferentisi ai tipi specifici, alle forme in cui essa può

di Dio, e in tal modo la nostra volontà è rivolta a quelle azioni che si convengono tanto alle perfezioni divine quanto alla nostra propria natura; il che serve tanto meglio ad intendere quanto ho scritto nella *Morale sui doveri* verso Dio e nella *Metafisica* sugli attributi di Dio. Anche dalla condotta di altri dobbiamo poter apprendere le regole della sapienza, *mediante cui possiamo promuovere il bene comune e il nostro proprio benessere*. Infine, le virtù e i vizi debbono essere interamente descritti negli esempi, con le loro cause, le occasioni e le conseguenze delle azioni umane, per quanto ci è possibile. A ciò può, di nuovo, contribuire non poco la conoscenza della mia *Morale e della mia Politica* » (C. WOLFF, *Logica Tedesca*, trad. it. cit., pg. 138).

⁽²¹⁷⁾ Così ad esempio nel caso della storia civile: « Allo stesso modo le storie *profane* sono tali che si può da esse desumere con quali mezzi la società civile si sia conservata in condizioni floride, per quali cause sia di nuovo decaduta, in che modo la si sia di nuovo risolledata, per quali disegni abbia ben progredito, per quali invece abbia fallito e in che modo si rimuovano gli ostacoli che insorgono, quale diritto i grandi capi abbiano sulle loro terre, che già possiedono, e nello stesso tempo su altre che sono ancora sottomesse ad altri casi. Se in ciò ci si vuole orientare meglio, può essere non poco utile la conoscenza della mia *Politica* in cui ho addotto la ragion sufficiente di tutto ciò che si trova nella repubblica; cosa che non si trova dappertutto » (C. WOLFF, loc. ult. cit., pg. 139).

presentarsi, il rinvio sia, monotonamente, sempre alle sue opere politiche e morali, nelle quali — si dichiara con larvata immodestia — è contenuto, proprio sotto *quel* profilo (storico), già tutto il necessario ⁽²¹⁸⁾.

Questa *Historie* non gode quindi di alcuna reale autonomia rispetto alla politica e alla morale, e a questo punto non sorprende più di tanto che sul piano giuridico le spiegazioni a partire dalle *rationes historicae* siano dichiarate superflue rispetto alle *rationes* politiche o morali: quella storia serve in realtà certamente ad una *Aufklärung*, ad un chiarimento delle circostanze, ma soltanto in quanto in ciò si possa scorgere una delucidazione delle conoscenze che realmente interessano, quelle dogmatico-razionali.

Laddove forse una simile impostazione si rivela più fruttuosa, è semmai nell'ambito di quella storia che si presenta come la più 'impolitica'; la storia letteraria, cioè, nella quale il principio dell'attenzione assorbente verso lo scopo la sospinge alla ricerca dei vari stadi di perfezione raggiunti dalle scienze, in modo tale che ciascuna di esse non si debba venire ad arrestare sulle soglie già raggiunte del processo evolutivo: « Dobbiamo mostrare dove è possibile trovare ciò che è già stato inventato, affinché non ci priviamo della scienza delle cose utili, se noi stessi non siamo in grado di riuscire a scoprire le cose con la nostra riflessione, e per evitare di spendere inutilmente il tempo nel ricercare ciò che è già stato fatto da altri, potendo questo tempo essere meglio utilizzato per scoprire quelle cose non non sono ancora state prodotte. Anzi dobbiamo mostrare in essa come da ciò che è già stato trovato si possa andare sempre più avanti, affinché in tal modo l'arte di inventare si sviluppi. Si vede subito che quelli che vogliono narrare in questo modo la storia letteraria e scientifica debbono essi medesimi non solo progredire nelle scienze, ma essere anche muniti di molti

(218) Neppure la storia ecclesiastica, com'era del resto politicamente prevedibile, è sottratta ad una tale pretesa; lo storico potrà perseguire tanto più facilmente il suo scopo e dimostrare come essa debba essere conservata « im gutem Flor », se intenderà « quanto ho scritto sulla promozione della virtù... e sull'utilità della religione nella società civile » (C. WOLFF, *loc. ult. cit.*, pg. 139). Cfr. anche W. SCHNEIDERS, *Aufklärung durch Geschichte*, cit., pg. 95.

libri ed avere tempo per leggerli. *Non c'è perciò da meravigliarsi che questa parte del sapere sia molto incompleta* » ⁽²¹⁹⁾.

Che Wolff, in ogni caso, schizzando il ' sistema ' dei rapporti che devono collegare le varie storie particolari e accentuando fortemente la funzione morale e teologica della *Historie*, non avesse soltanto restituito passivamente una tradizione, ma avesse fornito al contempo uno strumento assai duttile alle esigenze emergenti di consolidazione e di razionalizzazione delle strutture dello Stato assoluto ⁽²²⁰⁾, lo dimostra l'apprezzabile continuità, certamente caricata di alcuni nuovi accenti ed esplicitata in forma più sistematica, che sussiste sul punto tra quella ' Logica tedesca ' e quella *Philosophia rationalis*, che altrimenti mostravano più di una discontinuità d'impostazione.

La storia umana si dirige qui secondo il proprio scopo principale non soltanto — come avveniva per la *Historia naturalis* — a fondare la conoscenza filosofica, ma anche a confermare e legittimare, mediante esempi, gli assiomi morali e politici, derivandone

⁽²¹⁹⁾ C. WOLFF, *loc. ult. cit.*, pgg. 139-140. Si potrà rilevare allora per inciso che è in questo modo di proporre il problema che trova la sua reale fondazione anche l'autonomia della storia giuridica letteraria che abbiamo visto essere proposta dallo stesso Nettelbladt (cfr. *supra* cap. III, pg. 248 ss.), assai più che nella sola pretesa divergenza della sua definizione di giurisprudenza da quelle precedenti fondate sul diritto *obiettivo*.

Un'autonomia che per altre vie stava divenendo, o meglio era già divenuta, largamente patrimonio comune della stessa scuola di Halle, e certo con risultati scientifici assai superiori (cfr. N. HAMMERSTEIN, *Jus und Historie*, cit., pg. 244).

D'altro canto, il fatto stesso che i giuristi più immediati seguaci di Wolff (Ickstatt, Cramer, Daries), non abbiano dedicato a questo settore alcuna indagine di rilievo, pur partendo da una simile definizione di giurisprudenza, e che si sia perciò dovuto attendere i lavori del Nettelbladt sugli *Hallische Beiträge* e poi i suoi *Initia historiae litterariae*, lascia molto più assumere come probabile un influsso su quest'ultimo proprio dell'ambiente hallense (forse dello stesso Gundling in particolare); cfr. in questo senso D. NETTELBLADT, *Politische Vorschläge zu der Verbesserung der juristischen Vorlesungen auf hohen Schulen*, in *Id.*, *Sammlung*, cit., pg. 5.

⁽²²⁰⁾ Sul punto possiamo rinviare ormai alle fini osservazioni di N. MERKER, *L'illuminismo tedesco, Età di Lessing*, Bari, 1974, pg. 86 ss. e 388 ss., nonché di A. MANTELLO, *Individuo, fenomeni associativi*, cit., pg. 208 ss., sia pure con divergenti sfumature.

inoltre le regole della *Prudentia* privata e politica nonché ecclesiastica.

Ma il problema è soprattutto quello di legittimare quegli assiomi: la misura in cui ciò accade risulta espressamente manifestata dallo stesso Wolff con specifico riferimento alla *prudentia civilis*, nel mentre egli arriva addirittura ad individuare una delle sue finalità principali nel far sì che sia evitata la messa in pericolo, o persino soltanto una messa in discussione, dei diritti del titolare della *Herrschaft*.

Da qui al successivo ampliamento della visuale che vede nei *facta* e nei *fata* — ormai separati dai veri e propri *Iudicia*, secondo le leggi di una logica della probabilità che deve essere applicata con rigore anche alla *Historia* — l'espressione delle leggi della Provvidenza e pertanto individua 'inter fines Historiae in genere' quello di condurre specificatamente alla loro conoscenza, il passo è più breve che non sembri⁽²²¹⁾: la proposizione reciproca sarebbe, anzi, quasi altrettanto giustificata.

Ci è dato ora di comprendere qual'è il vero avversario di quella meditazione storiografica stabilizzatrice, confermatrice, che è propria del Nostro nel suo tenersi in ultima istanza fermo ad un concetto di storia così legato alla fattualità intesa in senso ampio, di contro alle stesse potenzialità teoriche che proprio lo sviluppo che abbiamo appena per sommi capi delineato sembrava offrirgli in senso contrario.

Sono appunto le sue ulteriori osservazioni nell'ambito della *Iurisprudentia civilis* che ce lo rendono manifesto: « De iisdem [le 'rationes historicae'] etiam inculcandum esse iudico, quod praecipitur ipsa lege: Rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet, *alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertentur. Neque enim habemus historiam romanam adeo specialem, ut ex eadem doceri possit, quanam occasionem legi dederint, & a legislatore tamquam finis intendantur. Immo si quaedam constituuntur, verae rationes non semper aperiuntur, sed praetextu utuntur legislatores. Accidit vero haud raro, ut leges, quarum rationes finales fuerunt spuriae, ac minus probandae, ex moralibus tamen ac po-*

(221) Cfr. W. SCHNEIDERS, *Aufklärung*, cit., pg. 96 ss.

liticis rationibus sint tolerandae, immo approbandae. Atque in hoc casu in primis multa ex his quae certa sunt, subverterentur »⁽²²²⁾.

Le affermazioni apodittiche si succedono in questo testo a ritmo veramente incalzante e non ammettono replica: la storia giuridica romana non si è ancora così specializzata da poter fornire una valida guida per la ricerca delle occasioni e delle finalità delle *leges* contenute nel *Corpus iuris*; ma, si soggiunge subito a scanso di equivoci, pur se fosse possibile portare a termine una simile storia, essa si rivelerebbe tuttavia fundamentalmente inutile proprio perché non sempre potrebbe restituire le ' *verae rationes* '.

Di più; non sarebbe neppure decisiva se soddisfacesse a questo secondo requisito: anzi, essa si rivelerebbe, traendo partito dalla stessa distinzione tra finalità spurie (e quindi da ripudiare) e ragioni vere, ancora più pericolosa.

La sovversione di disposizioni che sono *ora* da riguardare come certe solo che prescindano dalla finalità che *allora* perseguivano deve essere impedita, e lo strumento naturale a disposizione è ancora la *ratio* politica e morale: una *ratio* che può persino indurre, al di là di una stessa semplice *tolerantia*, addirittura ad un'approvazione senza riserve di quelle disposizioni che, se fossero state invece da valutare in relazione a quelle ragioni storiche, si sarebbero dovute di per sé rigettare.

La storia giuridica è, in parole povere, giudicata qui come strumento di sovversione — e ci scusiamo se carichiamo il termine di tonalità che il *subvertere* del testo può a tutta prima non evocare al lettore, ma che ci paiono giustificate alla luce del modello che funge implicitamente da bersaglio di questa analisi, ben lontana dal voler essere scientificamente ' imparziale ' —: la storia si rivela quindi nettamente distinguibile dalla politica quale è intesa dal Nostro, e le *rationes historicae* possono essere allora espunte come superflue in modo assolutamente non traumatico. E si noti che quella disciplina politica cui si faceva riferimento mantiene non a caso anche in questo contesto quale sua prerogativa privilegiata una funzione legittimante che sarebbe stata sicuramente messa a repentaglio da una diversa soluzione.

(222) C. WOLFF, *De iurisprudencia civili*, cit., pgg. 170-171.

Il problema che è ignorato, accantonato di netto, non è difficile da individuare; si tratta della cosiddetta questione *de praejudiciis historicis evitandis*, che diventa proprio in quei frangenti sempre più scottante⁽²²³⁾: il modello implicitamente ma palesemente avversato si identifica così appunto in quella *Historia legum* come sezione della letteratura della *naevi*⁽²²⁴⁾ di thomasiana memoria. Una simile storia 'come critica' era apparsa pienamente giustificabile e praticamente perseguibile al maestro di Halle proprio in quanto congiunzione di storia e politica: non è dubbio che col rilievo della incompletezza determinata dallo stato delle fonti Wolff sottolineasse una carenza reale di una simile metodologia storiografica che doveva certamente risaltare agli occhi del dogmatico. Ma un tale rilievo, e l'abbiamo veduto, era e restava strumentale.

Molto più li separava il punto di partenza stessa: e difatti, anche se Thomasius riacciava il suo concetto di *Historie* nella sua forma più generale alla corrente precomprensione di essa come empiria, egli lo poteva poi tuttavia immediatamente restringere alla cognizione e notizia di 'cose assenti o passate'⁽²²⁵⁾.

Il modello wolfiano tendeva però a quella che si potrebbe definire una 'epochè', una messa in parentesi delle informazioni derivabili dal settore della storia giuridica in favore delle *rationes* politiche e morali; ma non soltanto sulla base di ragioni 'interne' all'applicazione stessa di quel nuovo metodo di riorganizzazione del materiale giuridico.

Non sarebbe cioè corretto evidenziare unicamente la problematica relativa all'individuazione dell'anello della catena dimostrativa più adatto a sostenere il peso di tutta l'argomentazione, e dedurne la conseguenza che in questo senso le *rationes* politiche e morali si potessero rivelare più solide sotto un profilo rarefattamente gnoseologico-conoscitivo.

È bensì vero che i giuristi wolfiani della prima generazione — e pensiamo qui in primo luogo ad un Cramer o ad un Ickstatt⁽²²⁶⁾ —

⁽²²³⁾ W. SCHNEIDERS, *Aufklärung durch Geschichte*, cit., pg. 96.

⁽²²⁴⁾ Cfr. G. HUGO, *Endung in ista*, in *Civilistisches Magazin*, VI, (1837), pg. 382 ss., e pg. XX.

⁽²²⁵⁾ W. SCHNEIDERS, *loc. ult. cit.*, pg. 88.

⁽²²⁶⁾ Su Cramer possiamo rinviare a quanto già osservato *supra* alla nota 211.

non sembrarono apportare sostanziali novità al quadro finì qui fornito.

Essi si attengono infatti innegabilmente assai da vicino a quella non particolarmente elevata considerazione della *cognitio iuris ac legis historica* che ci è già nota, venendole ad attribuire in definitiva un ruolo marginale, dal momento che le leggi sono pur sempre considerate proposizioni 'pratiche' della volontà che tendono a dirigere le azioni in *casi* determinati; è comprensibile allora come si possa ammettere che: « Usus habet Cognitio juris historica in praxi vitae, ubi certis Regulis actiones hominum vel civium adstringuntur, ut iis conformes actiones instituant. Praeterea, si determinatae fuerint Leges & Circumstantiae omnes, sub quibus obligant, exprimentur, in ipsa Justitiae administratione, & applicatione Legum, de qua mox dicemus, Cognitio Juris ac Legis historica prorsus contemnenda non est »⁽²²⁷⁾.

E tutto questo, lo ripetiamo, senza tuttavia incrinare minimamente la ' prerogativa ' spettante in ogni caso alla conoscenza filosofica⁽²²⁸⁾.

Per quanto riguarda Ickstatt (1702-1776), che tra l'altro spicca tra tutti gli allievi marburghesi di Wolff per averne poi diffuso il verbo nei territori cattolici del Reich assurgendo senz'altro tra le personalità di spicco delle Università di Würzburg e di Ingolstadt, le annotazioni bibliografiche possono essere senz'altro più abbondanti, poiché a causa della sua notevole attività di riformatore degli studi giuridici universitari, non mancano su di lui studi recenti, anche monografici. Si possono utilmente consultare, oltre al lavoro di F. KREH, *Leben und Werk des Reichsfreiberrn Johann Adam von Ickstatt*, Münster, 1974, le accurate indagini di N. HAMMERSTEIN, *Ius und Historie*, cit., pgg. 306-8, e soprattutto ID., *Aufklärung und Katholisches Reich. Untersuchungen zur Universität Reform und Politik Katholischer Territorien des Heiligen römischen Reichs deutscher Nation im 18. Jahrhundert*, Berlin, 1977, spec. pgg. 74-132.

⁽²²⁷⁾ J. A. ICKSTATT, *Meditationes Praelimitares de studio iuris ordine atque methodo scientifica instituendo quas promulsivis loco lectionibus suis juris publici, naturae et gentium... praemittendas censuit*, Würzburg, 1731, pg. 36. Le *Meditationes* furono poi ristampate anche in ID., *Opuscula Juridica varii argumenti*, vol. I, Ingolstadt u. Augsburg, 1747, pgg. 1-151. Noi citiamo comunque, ove non altrimenti segnalato, dalla prima edizione.

⁽²²⁸⁾ Cfr. *ibid.*, pg. 38: « Longis adeo parasangis Juris Cognitio philosophica historicam (quam vulgi dicere posses) antecedit. Qui philosophica pollet, certus est de Lege, & determinationes omnes novit, quae eam ingre-

Un tale atteggiamento va certamente letto sulla falsariga di una analisi che ci spinga a sottolineare come, in questa fase, fossero divenute assorbenti molte questioni 'preliminari' — e spesso ancora teoreticamente insolute — rispetto a quello che poteva presentarsi nella sua qualità di meta ancora lontana. Una definitiva formulazione del complesso delle leggi esistenti sotto le vesti di un *systema iuris* ⁽²²⁹⁾ poteva creare non irrilevanti problemi, spesso dettati e dalla difficoltà di procedere ad una enumerazione e sistematizzazione completa di quelle disposizioni legislative, e dalla poca chiarezza che l'introduzione del concetto di fine (inteso altresì anche in senso didattico) poteva ingenerare direttamente sull'idea medesima di sistema.

Si ritiene infatti che esso talvolta, in relazione al suo fine, possa non corrispondere più all'ideale della completezza, mentre in altri contesti proprio quell'ideale viene avvertito come discrimine ed elemento qualificante rispetto alla situazione preesistente ⁽²³⁰⁾.

diuntur; non ergo applicat Legem, nisi ubi datas circumstantias & Rationes Leges existere deprehendit; ubi a Lege recedendum, cum ratione exceptionem instituit: legibus ipse ferendis aptus; praeterea evidenter perspicit, quae Jura, & quae cuius competant, in administranda Justitia semper securus. Contra, qui in historica Juris cognitione acquiescit, errandi, atque injustum pro justo tribuendi periculum saepius subit. Rationes Legum cum ignoret, exceptiones cum ratione instituere ineptus; & quae sunt alia, quae cognitionem confusam comitantur ».

Ickstatt comunque pretendeva in più rispetto a Wolff, nell'ambito delle dimostrazioni ricavate da fondamenti politici o morali, che fosse provato che esse avessero anche completamente determinato il legislatore nel caso specifico, richiedendo altresì la prova che la legge 'actu a legislatore latam esse' (*ibid.*, pg. 34); cfr. sul punto J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 136. Ciò che per noi è rilevante è in ogni modo il fatto che anch'egli si tiene fermo a quel principio della prevalenza delle rationes politiche e morali che, come subito diremo nel testo, veniva ad escludere di fatto una netta separazione tra i campi di competenza spettanti al metodo giuridico dimostrativo, e, rispettivamente, alla *prudentialia legislatoria*.

⁽²²⁹⁾ Il termine è corrente nell'analisi del giurista di Würzburg, meno utilizzato appare invece da Cramer che si sforzava piuttosto di raggiungere la meta di una realizzazione del sistema della stessa *ars inveniendi* (cfr. *infra*). Vedi ad es. J. A. ICKSTATT, *Meditationes*, cit., pg. 197.

⁽²³⁰⁾ Cfr. J. A. ICKSTATT, *Meditationes*², cit., pgg. 144-5: « In Systemate juris leges & Jura inter sese connectuntur, atque lex una ex alia

Ci si presentano così indifferentemente in successione sistemi ora scientifici ora non scientifici, ed il sistema può essere ad un tempo completo e immediatamente dopo rivelarsi invece incompleto⁽²³¹⁾: « *Si in Systemate Juris nullae Leges praetermittantur, sed omnes omnino tum inter se tum cum suis principiis connectantur, systema Juris dicitur completum. Quodsi vero in certum finem e. g. in usum Lectionum Academicarum condatur, in suo genere completur erit, si nec plura nec pauciora contineat, quam quae ad finem consequendum requiruntur. Unde patet, quando vel simpliciter, vel in suo genere incompleta sint systemata Juris* »⁽²³²⁾.

In realtà, limitatamente a questo specifico livello, una carenza d'impostazione doveva essere cercata più in profondità — come assai per tempo avevano potuto osservare i fratelli Beckmann nel corso di una celebre polemica rivolta implicitamente contro *Nettelblatt*, loro rivale accademico, ma in apparenza più o meno esplicitamente proposta soltanto contro una *sopravalutazione* del metodo matematico⁽²³³⁾ —; a quel metodo, per quanta utilità si fosse

demonstratur. *Inter scripta adeo scientifica referendum est Systema juris... Dico, hac ratione conditum systema scripti scientifici & dogmatici nomen tueri... Equidem quis non videt inter desiderata esse systema juris, quale adumbravimus? Cave tamen, inter impossibilia id referas. Agnovere defectum Systematis juris completi, reipublicae praesertim & imperio nostro adaptati, Jcti celebres... ».*

⁽²³¹⁾ Cfr. J. SCHRÖDER, *loc. ult. cit.*, pg. 101.

⁽²³²⁾ Così J. A. ICKSTATT, *Meditationes*¹, pg. 243.

⁽²³³⁾ G. B. BECKMANNNS und O. D. H. BECKMANNNS, *Gedanken von Reformieren des Rechts womit sie ihre instehende Wintervorlesungen anzeigen*, Halle, 1747.

Si tratta di una polemica che non rileva tanto nella sua *pars construens*, dato che, come ancora Hugo poteva ricordare (cfr. ID., *Daniel Nettelblatt*, cit., pg. 18), anch'essi non erano in grado sostanzialmente di sottrarsi all'ottica dimostrativa: essa rileva piuttosto per la *qualità* delle critiche che i due, seguaci del Crusius, rivolgono al concetto di sistema wolfiano. Lo scrittarello, a quanto ci risulta non preso in considerazione nella letteratura corrente, riveste, come diremo più oltre, anche ulteriori motivi di interesse. I due fratelli condussero vite quasi parallele. Nati infatti rispettivamente nel 1720 e nel 1722, entrambi furono poi professori ad Halle e successivamente chiamati a partire dal 1749 a rivestire l'insegnamento straordinario di diritto, il più vecchio, e di filosofia, il secondo, nella stessa Facoltà della città di Gottinga dove cessarono di vivere tra il 1783 e il 1784.

disposti a riconoscere ad un ordine esteriore di proposizioni e di concetti, faceva difetto proprio ciò che abbiamo visto costituire la caratteristica essenziale per un sistema a referenza binaria.

In tal sistema ' dimostrativo ' a nessun concetto poteva, cioè, spettare incontestabilmente « seinen gewissen bestimmten Platz, nämlich denjenige, welchen er vermöge des Verhältnisse, worin er mit übrigen steht, haben kann » (234). Mancava così proprio quella specificazione concettuale che sola lo avrebbe reso effettivamente rigoroso e in definitiva anche utilizzabile praticamente.

Un problema di così rilevante portata non doveva essere del tutto sfuggito alla testa forse più profondamente speculativa, ed in ogni caso al contempo più robustamente giuridica, che quella prima generazione di giuristi wolfiani era stata in grado di produrre.

Johann Ulrich Cramer — che voleva del resto veder riconosciuta in modo del tutto chiaro l'originalità dell'intrapresa scientifica dimostrativa rispetto a ciascuno dei precedenti tentativi, che, a partire da Cicerone per giungere allo stesso Leibniz, erano stati operati nella direzione di ridurre il diritto *in formam artis* (235) —,

Per queste ed altre informazioni si può rinviare ancora soltanto a E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. 3, Halbband 1, *Testo*, pg. 276 e *Note* pg. 193, nonché alle informazioni che lo stesso G. Hugo ci riferisce nel luogo surricordato. Un accenno brevissimo anche in J. SCHRÖDER, *loc. ult. cit.*, pg. 48 nota 69.

Utili indicazioni sul retroterra culturale della polemica della ' scuola ' di Crusius contro quella wolfiana si possono leggere da ultimo in R. CIAFARDONE, *Von der Kritik an Wolff zum Vorkritischen Kant. Wolff-Kritik bei Rüdiger und Crusius*, in W. SCHNEIDERS, (hrsg.), *Christian Wolff*, cit., pgg. 289-305.

(234) G. B. e O. D. H. BECKMANN, *Gedanken*, cit., pg. 16.

(235) Cfr. J. U. CRAMER, *Ungrund der Beschweerden des Herrn Geheimden Raths und Canzlers von Ludewig über den Methodum demonstrativam in iure* (1734) in *Id.*, *Opuscola crameriana*, Marburg, 1755, tomo III, pgg. 280-293, 281 e 290: « Aus dem was der Herr Canzler ferner anfuhrer, was der Methodus demonstrativa seye, indem er dahin referiret, was Leibniz, Vigelius, Hopperus, Faber, Freigius, und Felden de nova Methodo Iuris angegeben, weshalben er sie denen Formschnitzer oder auch denenjenigen gleich achtet, die sich nicht um die Speisen, sondern nur um die Schlüssel und die Ordnung bekummern, in welcher dieselbe auf den Tisch gesetzt und rangiret werden sollen. Denn alle diese, den Herrn von Leibniz, selbst nicht

quello stesso Cramer, dicevamo, si era difatti lucidamente reso conto che uno dei punti deboli, e più facilmente soggetti ad attacchi e critiche all'interno dell'intero procedimento di sistematizzazione della giurisprudenza, era senz'altro costituito dal rapporto che intercorreva fra metodo e sistema scientifico, da un lato, e necessità di poter 'proporre' diritto nuovo, o, per lo meno, di rendere accessibili tramite procedimenti sicuri conoscenze giuridiche non ancora scoperte. La loro ricerca (*ars inveniendi*) era resa inevitabile ai suoi occhi dalla mobilità stessa del sistema — altrimenti costretto nei limiti della pura *inventariazione* dei risultati già acquisiti — che dallo stesso rapporto legge-applicazione ad un caso concreto.

Si trattava allora sintomaticamente per Cramer di portare in primo piano il giurista in quanto 'inventore': « communi itaque ... suffragio approbatum censetur, in *Mathesi et Physica tantum superesse novas veritates detegendas, in caeteris autem disciplinis praesertim Iurisprudencia apros quasi in mari venaris, novis in apricum producendis intentos*. Prona hinc erat illatio, nonnisi *Mathematico et Physico Artem inveniendi conducere*, Themidi vero sese consecraturum, si illius compos fieri allaboret, operam perdere impensamque. At ego in contrariam adducor sententiam, *illam opinionem erroneam esse nocivamque ratus* »⁽²³⁶⁾.

Ma anche in questo tentativo il problema del diritto nuovo, del caso non previsto era ben lungi, contrariamente alle apparenze, dal potersi configurare in termini produttivi; Cramer rimane cioè del tutto coerentemente fedele alla costellazione concettuale wolfiana, anche se, come subito diremo, si ricollegli effettivamente ad uno stadio del pensiero wolfiano sotto alcuni aspetti successivo alla *Iurisprudencia civilis*. Così quell'idea di una *ars inveniendi*, che a prima vista sembrava tuttavia collocarsi in una evidente contraddizione con gli scritti filosofico-giuridici del maestro marburghese, tutti rivolti com'erano alla rappresentazione e alla sistematizza-

ausgenommen, haben nicht weniger in Gedanken gehabt, als den Methodum demonstrativam in Iure zu adbibiren, sondern sie haben blos die Rechte auf eine neue Art aus der Verwirrung bringen wollen. Allein nicht eine jede neue Art die Rechte vorzutragen, ist die Demonstrativische ».

⁽²³⁶⁾ J. U. CRAMER, *Oratio de jureconsulto inventore*, (1733), in *Id., Opuscola crameriana*, cit., tomo III, pgg. 310-337, 313.

zione dell'esistente, si palesa in definitiva per quello che veramente significa.

Essa si propone infatti come la scienza che investiga le verità 'latenti'; ma la verità in se stessa rimanda alla sua origine eterna e divina, cosicché colui il quale cerca di rinvenirla non produce in realtà una *veritas* in precedenza inesistente « sed in eius cognitionem tantummodo penetrat ». Nulla è più lontano dalle intenzioni dell'autore quanto l'affermare la possibilità che « ... Ictum dum *invenit*, quae in dato casu iusta sunt, *ius facere*, ut commentum humanum dici debeat, quasi opus ipsorum arte effectum, *veluti in sensu impio religio inventum politicorum ab hominibus profanis dicitur. Toto enim coelo differunt inventa a commentis. Sane Cyclois fuit in curvarum numero antequam geometris constaret quicquam de hac curva, eademque fuit curva celerrimi descensus, antequam haec eius proprietates iisdem innotesceret. Hoc tamen non obstante Cycloidem invenisse dicitur, qui primus de eius genesi cogitavit, et curvae celerrimi descensus inventores dicuntur Leibnitius et Bernoulli fratres, qui primi arte *analytica* investigarunt, quatenus sit curva celerrimi descensus, cum idem adhuc ignoraretur. Eodem igitur sensu quo *Mathematici* dicuntur inventores, Ictum Inventorem quoque compello » ⁽²³⁷⁾.*

Una simile *ars* è in buona sostanza — salvo quanto osserveremo a proposito di uno spostamento d'accento a livello della gerarchizzazione delle varie forme di conoscenza — programmata come necessaria integrazione del metodo matematico già acquisito: essa non ne costituisce in ultima analisi, come a prima vista potrebbe sembrare, il presupposto necessario, volto a fornirgli basi più ampie e preliminari, ma è al contrario proprio la rappresentazione dimostrativa e l'inventariazione delle conoscenze giuridiche già assicurate, che incarna l'unico presupposto per la stessa pensabilità ed applicazione di questa attività subalterna.

Il suo obbiettivo a livello giuridico si palesa del resto subito evidente: si tratta di sottrarre quanto più spazio possibile all'attività 'non-scientifica' del giurista, di eliminare dall'orizzonte di ciò che si presenta come 'praticamente' perseguibile proprio l'attività interpretativa, che deve essere sostituita — non a caso ancora sulla

⁽²³⁷⁾ *Ibidem*, pg. 315 nota (o).

base della convinzione della razionalità di un legislatore per il quale si dice: « non si può presumere ch'egli scientemente e volontariamente abbia voluto introdurre un diritto *contraddittorio* »⁽²³⁸⁾ — dalla consapevolezza della legittimità e, soprattutto, dalla concreta realizzabilità di un procedimento ragionativo che trapassi senza soluzione di continuità dalle verità conosciute a quelle ancora ignote: « Quoniam Iureconsultus Leges non condens, sed conditas applicans et per applicationem iudicia singularia formans idem facit, quod Geodaeta altitudines profunditates et distantias dimetiens; quod calculator motus coelestes computans, quod Physicus de Iride, quae ab oculos versatur, iudicans; Ergo non minus ac illi arte inveniendi carere potest. At cogitate dixi, firmam videri illam consequentiam; nam ad aequam mentis lancem suspensa, ficulnea apparebit. Agendum itaque, perpendamus, ecquando Iureconsultus inventorem agere, et artis inveniendis non minus ac Physicus et Mathematicus auxilium sibi adiungere teneatur. Leges, secundum quas Iureconsulto facta obvia diiudicanda veniunt, saepius dubiae sunt interpretationis, attamen citra periculum errandi diudicatio fieri nequit, nisi interpretatio earundem indubitata sit. Incognitus itaque est verus legum intellectus, investigandus vero: sed quibus mediis? profecto nonnisi mediantibus principiis iam cognitis legitimeque ratiocinando. Quare cum Artis inveniendi sit, ex cognitis legitime ratiocinando deducere incognita; facile est ad intelligendum, quod Iure consultus nonnisi Arte inveniendi suffragante dubium legum intellectum definire potis sit. Sed videor mihi audire occinentes quosdam: dubium legis intellectum definire Artis interpretandi potius esse quam inveniendi. Enim vero iidem vel unicum veritatem latentem proprio Marte investigaverint, dubiamque legis interpretatione definiverint, instituta mediorum, quibus usi collatione, idem Artem nempe inveniendi deprehendet »⁽²³⁹⁾.

⁽²³⁸⁾ J. U. CRAMER, *Ungrund*, cit., pg. 283.

⁽²³⁹⁾ J. U. CRAMER, *Oratio*, cit., pg. 320: « hoc anter erat incognitum, nunc vero legitime ratiocinando ex ante cognitis luci expositum ». Questo obbiettivo era chiaro già agli occhi di G. H. ELENB, *Meditationes*, cit., pg. 9, che non immotivamente così si esprimeva: « Tota Iurisprudencia in eo versatur, ut legislatoris sensum eruamus et assequamur, hunc vero tantum probabiliter posse erui quis nescit, nisi hermeneutices ignarissimus? ».

Non può sorprendere a questo punto che Cramer ritenga di dover contrapporre alla tradizione di scarne regole e brocardi che tentavano di indirizzare l'attività ermeneutica, lo stesso progetto di una riduzione a sistema dell'*ars inveniendi*: « quoniam vero ars inveniendi, si quando in Systema redigetur, ideam istam distincte evolvēt, et ad certas regulas reducet, quibus exercitium artis et facilius et securius efficietur, eandem quoque iureconsulto plurimum profuturam exinde liquido apparet, et quem vis meae sententiae accedere persuasum habeo »⁽²⁴⁰⁾.

E non senza soddisfazione il nostro giurista vede la questione ripresa direttamente *ex cathedra* dal suo maestro di Marburg, che ritiene persino di farne oggetto di una *Epistula gratulatoria* a lui stesso indirizzata⁽²⁴¹⁾: l'interessante problema viene risolto, anche da Wolff, ad ulteriore riprova della isomorfia delle sue visuali, in maniera del tutto affermativa. Egli può così arrivare a concepire 'anche' il momento conoscitivo della 'scoperta', come un sistema di regole che si lascia *dedurre* « ex principiis a natura mentis humanae ac notione entis »⁽²⁴²⁾. Pur restando espressamente distinta dalla logica⁽²⁴³⁾, la stessa attività di scoperta del diritto nuovo viene in tal modo a questa subordinata, poiché tra le due discipline sussiste pur sempre un rapporto di 'cognatio'⁽²⁴⁴⁾: quel sistema di regole, questa *Logik der Forschung*, rende al massimo possibile un'interruzione della ricerca senza che si ingenerino per questo problemi o danni alla sua ripresa⁽²⁴⁵⁾, ma è certo del tutto inu-

⁽²⁴⁰⁾ J. U. CRAMER, *Ibidem*, pg. 336.

⁽²⁴¹⁾ La si può leggere anche in C. WOLFF, *Melemata Mathematico-Philosophica*, Halle, 1755, sect. III, Nr. VII, pgg. 130-140; tuttavia lo stesso Cramer sentì l'esigenza di ristamparla come appendice alla sua *Oratio* con il titolo *De utilitate artis inveniendi in systema redactae* (*Opuscola crameriana*, cit., tomo III, pgg. 337-349): noi ci riferiamo perciò a quest'ultima edizione.

⁽²⁴²⁾ C. WOLFF, *De utilitate*, cit., pg. 342.

⁽²⁴³⁾ *Ibid.*, pg. 340.

⁽²⁴⁴⁾ *Ibidem*.

⁽²⁴⁵⁾ *Ibidem*, pg. 343; vedi sul punto anche H. W. ARNDT, *Methodo scientifica pertractatum*, cit., pg. 145, nonché C. A. van PEURSEN, *Ars inveniendi im Rahmen der Methaphysik Christian Wolffs. Die Rolle der Ars inveniendi*, in W. SCHNEIDERS (hrsg.), *Christian Wolff*, cit., pg. 68.

tilizzabile per fondare quel primato del giurista, che sembrava a tutta prima invece poter essere a portata di mano nell'intervento di Cramer; o, se vogliamo — ma su di un piano sempre apparenato al primo —, per determinare uno spostamento interno della prospettiva in favore della *cognitio historica*.

Tuttavia, nonostante tutto, un dato va sottolineato: l'introduzione di questa problematica, che dal punto di vista terminologico, in maniera certo sorprendente, sembra identificare un procedimento combinatorio di concetti rivolto alla scoperta degli oggetti non ancora conosciuti — e quindi di per sé sintetico — con l'analisi propria della matematica moderna e dell'algebra, implica certamente un mutamento a prima vista poco percettibile, eppure sostanziale nella stessa gradazione delle forme di conoscenza rispetto a quanto era stato fissato nella Logica latina, sulla quale era largamente appoggiato il programma giuridico del metodo dimostrativo della *Jurisprudentia civilis*.

Mentre precedentemente il grado più elevato del conoscere era rappresentato dalla dimostrazione tratta in conseguenza di fondamenti e principii certi, solo nell'ultima fase della sua evoluzione Wolff — e Cramer con lui — si rende conto dell'insufficienza di un modello siffatto ad esaurire il problema centrale del ' sistema nuovo ': ora è la capacità di reperire da quanto già in nostro possesso altre verità rimaste fino a quel momento sconosciute che assume un ruolo dominante, e non più la conoscenza dimostrativa, relegata per parte sua sopra un gradino intermedio tra conoscenza storica e procedimento inventivo.

Questa deve essere allora intesa come una tarda palinodia — certo subito imbrigliata da tutte le restrizioni che il vecchio modello unicamente dimostrativo finiva per imporle — del ' sintetico ' Wolff in favore di una diversa collocazione dell'analisi anche all'interno della stessa giurisprudenza dimostrativa: il sistema analitico dell'*ars inveniendi* si dovrebbe in tal caso rivelare come il coronamento di quello sintetico-dimostrativo. La difficoltà stessa della sua costruzione, che è testimoniata dal permanere di questa significativa esigenza allo stadio puramente progettuale, ci fa comprendere però come il rapporto postulato tra *inventio* ed analisi rimanga ancora del tutto esteriore, e astratto. Cramer ed il suo *giurista inventore* avevano certamente e con lucidità individuato questo problema de-

cisivo, ma la soluzione era ancora lontana e la 'rivolta analitica' non poteva perdere in nulla della sua forza d'urto.

Ed anzi questo stesso wolfismo giuridico 'problematico' dovrà cedere il passo di fronte al recupero del modello, paradossalmente di assai più agevole realizzazione, che era appunto rappresentato dal programma della *Jurisprudencia civilis*, purificata dalle successive complicazioni e soprattutto da quello specifico spostamento gerarchico nei rapporti tra le conoscenze. Sarà allora Nettelbladt, come abbiamo già in parte potuto accertare, e non Cramer, a poter celebrare i fastigi di un metodo siffatto nella giurisprudenza.

Ma che uno spostamento d'accento all'interno dei rapporti tra le varie forme di conoscenza fosse inevitabile lo comprenderà anche Nettelbladt: anch'egli quindi, pur accantonando la prospettiva del giureconsulto inventore, contribuirà, per altro verso, alla definitiva crisi proprio della pretesa metodica della quale tuttavia riteneva ancora di potersi proporre ad alfiere.

6. Un'attenzione così esclusiva per temi che si sono rivelati strettamente connessi alla sistematizzazione del diritto conduce però in questo primo stadio a risultati non del tutto soddisfacenti o addirittura paradossali. Mentre Ickstatt non va oltre la postulazione di un *systema iuris* tendenzialmente completo, ma anche, e contraddittoriamente, necessariamente incompleto, per parte sua Cramer sembra valutare come risultato definitivo il raggiungimento di un sistema dell'ars inveniendi — o meglio, della sua dichiarata possibilità — senza darsi cura se non di interventi consapevolmente settoriali negli specifici campi del diritto positivo.

Come in parte si è già anticipato sarebbe comunque difficile ricondurre questa situazione di stallo esclusivamente alle difficoltà di carattere teorico implicite nella stessa natura del progetto perseguito.

Ci pare invece decisivo per la configurazione del 'modello wolfiano' lo spostamento d'accento in favore delle rationes politiche e morali: esse determinano infatti la specifica valenza di quel modello, che si segnala altresì per la sua tendenziale chiusura nei confronti dell'idea dell'autonomia della scienza giuridica.

È questa chiusura che in definitiva, e ben al di là dell'incompletezza dei singoli tentativi sistematici, preclude la possibilità di

venire a capo in modo soddisfacente della *Systemfrage*. Essa potrà avviarsi infatti a conclusione proprio quando sarà risolta in maniera definitiva la questione di come inserire la conoscenza storica in senso forte nell'edificio sistematico: in altre parole quando verrà meno l'approccio puramente logico formale e si proporrà apertamente il problema del rapporto tra ' sistema reale ' e sistema dogmatico.

Che quello spostamento d'accento acquisisse una funzione tutt'altro che trascurabile e persino strategica all'interno del discorso di wolfiani non era sfuggito in prima istanza neppure a Elend: « Rationes Politicae *illustrant* theses iuris, aequitatem comprobant, *non vero demonstrant*, ut sine iniustitia hae determinationes abesse nequeant. Dein possunt quidem dari rationes legum civilium, cur hoc princeps voluerit, *id quod urget Dn Cramerus*, sed hae non sunt necessariae, it quod tamen ad demonstrationem requireretur, quae rationcinatur per necesse, quid? Quod, saepe pessimae rationes legislatorem commoverint ad legem bonam promulgandam. Dari potest ratio cur in emptione venditione immobilium resignatio judicialis utiliter adhibeatur, sed an haec ideo necessaria est, ut etiam resignatio judicialis lege stabiliri debeat? tandem rationes, quae communiter afferentur, sunt generaliora *axiomata et dogmata Politices*, quae *in se* satis firma nituntur veritate, *sed* quod etiam recte applicata sint, id demonstrandum foret. e. g. si quis dare rationes vellet stipulationis romanae, is recurrere deberet ad axioma politicum; quod rei publicae intersit, ut contrahentium mens sit perspicua ad litium occasiones e republica exterminandas. *Sed iam probandum esse, stipulationem optimum fuisse* remedium, quo litigando pruritus tolli, litesque praecidi potuerint. *Quam difficile hoc foret*; facile quovis perspiciet, qui modo secum reputet, quot fraudibus et circumventionibus haec ipsa stipulatio originem et causam dederit, adeo, ut iis medendis Praetor varia remedia pedentim excogitare debuerit »⁽²⁴⁶⁾.

A tutta prima si potrebbe quasi ritenere che un simile preponderante interesse fosse dettato da finalità assai diverse da quelle che abbiamo cercato di prospettare: che anzi autori come Wolff o Cramer cercassero di creare uno spazio autonomo al giurista, e

(246) G. H. ELEND, *Meditationes*, cit., pg. 10.

conseguentemente per lo stesso Bürger. Nel momento in cui essi paiono affermare che le determinazioni delle leggi civili non dipendono « *soltanto* » dalla volontà del legislatore, « *sed Politicam eam esse scientiam quae demonstrat quid addi, quid demi, debeat Iuris Nat. placitis, ex earum ergo disciplinarum: penu desumenda esse argumenta; praeterea adesse rationes, cur hoc vel illud princeps statuerit, per quae demonstrare possent leges datae* »⁽²⁴⁷⁾, è appunto la stessa scienza della politica che sembra assurgere al rango di 'limite' razionale imposto alla volontà del legislatore; un limite del quale soltanto il giurista è chiamato ad essere il depositario: il tenersi fermi, contro l'evidenza postulata dai critici, alla stessa possibilità che si dia una scienza giuridica che proceda mediante un *rigor Mathematicus*, benché la sua realizzazione sia « *in hoc orbis systemate, ob variam et mutabilem legislatoris voluntatem, vix sperandam* »⁽²⁴⁸⁾, rappresenterebbe allora una garanzia ulteriore della giustizia di una simile interpretazione.

Ma è proprio quell'ultima considerazione, relativa a un tal quale 'monopolio' del giurista nel suo rapporto con la scienza politica, che è già di per sé in grado di metterci sull'avviso e ci invita a non procedere a conclusioni troppo affrettate sulla 'mo-

⁽²⁴⁷⁾ *Ibid.*, pg. 9. E, di fatto, Wolff non si sottraeva, fin dalle prime battute della *Jurisprudenzia civilis*, dall'esprimere con notevole determinazione il ruolo che voleva vedere assegnato alla scienza politica: « *Si vero iam supponamus, leges civiles fieri debere ex naturalibus; qui tale quid molitur ei jurisprudentia naturali demonstrativa praesto sit necesse est: animum praeterea imbutum habeat regulis politicis, quibus praecipitur, quid juri naturali addendum, quid detrahendum sit, ut prodeat jus civile. Quamdiu enim ea quis ignorat, oleum atque operam perdit, ubi in jure civili demonstrativo ex naturali efficiendo industriam suam fatigat. Quod si quis leges civiles ex fine civitatis ac pendentibus inde principiis immediate deducere velit, is et prudentia civili, et arte inveniendi apprimè instructus esse debet. Quod si denique leges civiles peregrinas ad rem publicam quandam aptare velit Jurisprudentiam civilem demonstrativam daturus, is non modo eas intelligere, verum etiam ad propositiones determinatas revocare, et demonstrare tenetur, antequam iudicare possit, num statui rei publicae convenient, ad quam eas aptare decrevit. Sed casus iste deinceps recurret, quando de iure romano in formam demonstrativam redigendo dicturi sumus sententiam nostram* » (C. WOLFF, *De Jurisprudenzia civili*, cit., pg. 162-3).

⁽²⁴⁸⁾ C. H. ELEND, *Meditationes*, cit., pg. 12.

dernità' dell'esigenza espressa in questi testi, rispetto alla stessa epoca storica in cui essi si venivano ad iscrivere.

Quest'impressione si rafforza non appena iniziamo a confrontarci con uno scritto che, di nuovo apparentemente, si propone, e fin dal titolo, come un intervento 'in favore' delle esigenze avanzate da Wolff e dalla sua scuola⁽²⁴⁹⁾, ma che cela invece, di fatto, sotto queste vesti un attacco estremamente duro: intendiamo riferirsi al saggio apparso nel 1743 sotto il titolo 'Difesa del metodo di insegnamento matematico nella giurisprudenza' e dovuto alle riflessioni del professore gottinghese Johann Christian Claproth⁽²⁵⁰⁾.

E non per caso, diremmo, il clima di Gottinga, intriso di una cultura in buona misura a caratterizzazione hallense, e già fin da allora corroborato da massicce dosi di sana filosofia del *common sense* di britannica provenienza⁽²⁵¹⁾, si doveva rivelare ancora una volta favorevole ad una dichiarata scelta di campo in favore della dimensione 'historica'.

⁽²⁴⁹⁾ Concedendo forse più del dovuto a questa prima impressione J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 137, ha potuto collocare Claproth addirittura all'interno della seconda generazione degli allievi di Wolff; assai più esatto ci sembra nella sostanza a questo proposito E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt. 3, Halbband 1, *Testo*, pg. 286.

⁽²⁵⁰⁾ Si confronti già *supra* pg. 401 nota 199.

⁽²⁵¹⁾ L'intero saggio di Claproth — la cui per certi versi singolare figura di giurista, filosofo e poeta, nonché di pensatore originale, non era sfuggita ad una positiva valutazione persino dello stesso Landsberg (*loc. ult. cit.*), per solito così misurato nei giudizi sui 'minori' settecenteschi — è, per così dire, innervato di costanti riferimenti ai testi di Pope, Shaftesbury, Rochester e Addison (cfr. ad es. J. C. CLAPROTH, *Vertheidigung*, cit., pg. 210, 214, 221, 234).

Assai correttamente W. RÖD, *Geometrischer Geist*, cit., ha sottolineato come il riferimento — presente in Thomasius — al *common sense* a livello di *Erkenntnisquelle*, che in definitiva riposa su di una Psicologia ed Antropologia empiristico-naturalistica, rappresenti in realtà uno stadio di sviluppo del pensiero giuridico concettualmente più recente rispetto alla stessa concezione dimostrativo-matematica del tuttavia più tardo (temporalmente) Christian Wolff: egli ha così potuto concludere la sua ricerca, esercitando una solo apparente forzatura del contesto storico, proprio con la dottrina del diritto e dello Stato thomasiana, « die viel mehr auf die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts vorausweist, als von Denken des 17. Jahrhundert abhängig ist » (pg. 151).

Una tale presa di posizione è, inoltre, spesso portata a semplificare le complicate problematiche wolfiane, tenendo conto praticamente soltanto del saggio sulla riduzione in forma dimostrativa del diritto romano⁽²⁵²⁾ e delle successive applicazioni del metodo fatte proprio da Cramer ed Ickstatt: essa dà così testimonianza, e testimonianza autorevole, di una circostanza che troppo spesso viene sottovalutata; ovverosia che il riconoscimento dell'influenza culturale che, al di là di ogni altra considerazione, è doveroso attribuire al movimento filosofico e giuridico wolfiano, non può in tutti i casi trarre in inganno sulla sua reale ed effettiva estensione. La sua portata fu assai più ristretta, specialmente a livello giuridico, di quanto solitamente si sia disposti a riconoscere⁽²⁵³⁾.

Sia come sia è però dato certo che sin dalle prime battute siamo condotti a respirare un'atmosfera assai diversa da quella alla quale ci siamo sin qui abituati.

Per Claproth è chiaro al di là di ogni dubbio che il metodo dimostrativo non si può proporre a punto di partenza una visuale

⁽²⁵²⁾ Inesatto nella forma E. LANDSBERG, *loc. ult. cit.*, pg. 287, che pare sostenere che gli stessi scritti giuridici di Wolff non siano neppure nominati; non però, diremmo, nella sostanza, quando opportunamente accerta il dato incontestabile che di wolfiano ben poco sia rimasto in questa per lo meno curiosa 'difesa'.

⁽²⁵³⁾ Cfr. in questo senso N. HAMMERSTEIN, *Christian Wolff und die Universitäten. Zur Wirkungsgeschichte des Wolfianismus im 18. Jahrhundert*, in W. SCHNEIDERS, hrsg., *Christian Wolff*, cit., pgg. 266-277, spec. pg. 268. Mentre concordiamo con l'autore per quanto riguarda la ristretta cerchia di influenza di autori come Ickstatt, Cramer, o anche Daries (per il quale ultimo comunque la qualifica di wolfiano è senz'altro restrittiva), non ci pare invece del tutto condivisibile la affermazione volta a sostenere che « Die Wirkung *Nettelbladts* ... war eine ausserordentlich begrenzte, reichte kaum über seinem engerem Umkreis und schon gar nicht über [seinem] Tod hinaus » (pg. 268). Ci sembra cioè che qui l'autore si sia un po' lasciato trascinare dal suo stesso 'pregiudizio', d'altro canto ricco di feconde suggestioni, in favore del clima culturale thomasiano di Halle. Non si tiene così conto dei dati testuali, che sono più d'uno e testimoniano di un rapporto assai meno labile di quanto egli non sia disposto a concedere proprio con l'esponente di punta della scuola gottinghese, Pütter; e persino, in una misura che è rimasta finora certamente sottratta ad una adeguata valutazione storiografica, nei confronti di Hugo.

così ampia della 'grande catena' dell'essere⁽²⁵⁴⁾, da rendere praticamente inevitabile, anche nel riferimento a fenomeni quali la morte di Giulio Cesare o la emanazione del rescritto con cui gli imperatori Diocleziano e Massimiano avevano stabilito il rimedio della rescissione in caso di *laesio normis*, il ricorso a dimostrazioni operate in forza del principio di ragion sufficiente, che avanzassero la pretesa ad un ugual grado di certezza 'als ein Mechanicus darthut, das der Zeiger seiner Uhr nach einer gewissen Anzahl Pendelschläge auf zwölfte weisen werde'»⁽²⁵⁵⁾. Con queste parole viene colpita al cuore in realtà la tendenziale riduzione degli orizzonti scientifici a quello delle operazioni divine che tanta parte ancora svolgeva, seppur implicitamente, anche nella riflessione giuridica wolffiana: un metodo dimostrativo così congegnato è infatti pensabile soltanto a partire da quest'ultima prospettiva.

L'accertamento invece degli eventi storici non può avvenire che attraverso mezzi di prova storici; tra scienza e storia neppure lo stesso metodo di insegnamento può essere del tutto equivalente: « Was können wir bei der *Historie*, wenn sie als *Historie* oder eine *Erzeblung geschehener Dinge* betrachtet wird, anders thun als erzehlen? ».

Non si tratta quindi di sviluppare « mehrere Gesetze der historische Lehrart » poiché la storia è e resta semplicemente un

⁽²⁵⁴⁾ La metafora, sulla cui origine ed evoluzione non si può fare a meno di rinviare al bel lavoro di A. LOVEJOY, *La grande catena dell'essere*, Milano, 1966, spec. pg. 245 ss., ricorre esplicitamente in J. C. CLAPROTH, *Verteidigung*, cit., pg. 202.

⁽²⁵⁵⁾ *Ibid.*, pg. 203; il paragone che può sembrare innocuo ci pare invece rilevante proprio perché segnala, ove ce ne fosse ancora bisogno, a livello di retroterra culturale, la *Weltanschauung* meccanicistica implicita nella stessa utilizzazione del concetto di definizione reale approntato dal Wolff. Abbiamo infatti più volte fatto riferimento alla circostanza che sul piano terminologico la definizione reale può essere riespressa anche come definizione 'genetica'. Questa parola non deve però suscitare riferimenti fuorvianti: come abbiamo visto sopra, (nota 183) è lo stesso Wolff che, quando vuole chiarire cosa debba intendersi per 'genetico' nella definizione di un concetto, adduce un paragone che fa riferimento al gesto del mostrare da quali ruote e da quali altri accessori può essere composto un orologio (C. WOLFF, *Logica tedesca*, cit., pg. 53).

racconto e descrizione di cose reali *passate* e non deve essere invece dimostrata come conseguenza necessaria « des Vorhergehenden »⁽²⁵⁶⁾.

Alla dottrina della ragione, alla quale il termine 'storico' è sottratto una volta per tutte, compete allora principalmente il compito di distinguere all'interno del campo di competenza che le residua il certo dal semplicemente probabile: il metodo 'matematico' subisce qui un ulteriore stravolgimento perché ad avviso del Nostro esso deve essere applicato principalmente a proposizioni solo probabili che, dal canto loro, in quanto tali si sottraggono invece proprio all'esigenza tecnica più pressante di quella precisa metodica, quella della prova: « Lo spirito umano esige da una proposizione se essa deve essere assunta per lui come completamente provata al di là di ogni controversia, determinate proprietà: e se almeno più della metà di queste proprietà è presente, in tal caso egli non può essere incline a negare a quella proposizione una sia pur modesta approvazione. Noi siamo soliti allora considerarla come una proposizione *probabile* ... io ritengo perciò soltanto che il metodo matematico si estenda *ad entrambe le specie di proposizioni* (quelle certe e quelle soltanto probabili), poiché la ragione ha a che fare con entrambe, e, *dato lo stato attuale raggiunto dalle nostre scienze, forse più con le ultime che con le prime*. Chi voglia negare questa conclusione e limitare il metodo matematico soltanto alle cose che noi riconosciamo come certe deve scegliere una di queste due vie. O deve ammettere che la ragione dappertutto non ha nulla a che fare con ciò che è probabile, o deve ritenere che sia indifferente come si debba procedere nel caso dell'insegnamento di proposizioni probabili, proprio a motivo del fatto che la ragione umana non è ancora riuscita a rinvenire nessun legge per questi oggetti probabili. Ma entrambe queste soluzioni mi paiono assurde, e così io credo che il metodo di insegnamento matematico possa avere ad oggetto sia il certo che il probabile ... anche se riconosco che i *nostri tempi sono troppo dogmatici* e che *nel sistema di una scienza non si vogliono includere volentieri proposizioni probabili*, perché si è constatato che tutte le giuste conclusioni di una proposizione pro-

(256) J. C. CLAPROTH, *Vertheilung*, cit., pg. 206-7.

babile non possono essere certe, ma proprio soltanto probabili, come la fonte da cui scaturiscono »⁽²⁵⁷⁾.

Lo stesso concetto di *veritas*, di dogma viene così ad assumere una oramai negativa venatura; e proprio laddove alcuni tra i giuristi wolfiani si ripromettevano i maggiori risultati di una simile applicazione, ovvero nel caso di oscurità delle leggi o di una loro contraddittorietà — che certo doveva, in conformità ai loro canoni, comunque essere valutata come meramente apparente —, « die mathematischer Methode unstreitig aufhöret »⁽²⁵⁸⁾. Un tale metodo si riduce allora in buona sostanza a richiedere che l'insegnamento delle proposizioni, puramente probabili, del diritto attuale sia condotto mediante concetti chiari e bene ordinati: « Die willkürlichen Zusätze der Positiven Gesetze müsse man bei jeder Matherie mit sorgfältiger Unterscheidung des Römischen, Deutschen und Canonischen Rechtes inzuthun »⁽²⁵⁹⁾.

Ma se il diritto attuale, così espressamente qualificato comincia a divenire, considerato in se stesso, quasi come il punto di riferimento di tutto il procedimento — e proprio sotto il profilo della appurata separazione delle sue varie componenti — si comprende allora come Claproth, — ormai ampiamente disinteressato alle sorti della necessaria dimostrabilità matematica del diritto naturale, che rimane l'unico campo nel quale non sorgano particolari controversie sull'applicabilità di quel metodo — non sia in grado di condividere più, e con tutta consapevolezza, le attese « incomparabilmente più elevate » che i sostenitori di questa *Lehrart* nella giurisprudenza erano soliti proiettarvi: « Ich habe nun gesagt wie es nach meinem Begriff möglich sei, die Rechtsgelehrtsamkeit nach Mathematischen Lehrart einzukleiden. Ich finde aber dass verschiedene von denen, welche so sehr auf die Einführung dieser Lehrart in der Jurisprudenz dringen, weiter gehen und ungleich mehr darunter begreifen, als ich vorhin dazu gerechnet habe. Sie verlangen, wer das Recht nach der mathematischen Methode abhandeln will, der soll aus dem Recht der Natur, der *Politie*, der *Historie und Beschaffenheit des Volkes*, von dessen Gesetzen die Rede ist,

⁽²⁵⁷⁾ *Ibid.*, pgg. 212-3.

⁽²⁵⁸⁾ *Ibid.*, pgg. 225.

⁽²⁵⁹⁾ *Ibid.*, pg. 227.

beweisen, dass Gesetz sich völlig auf die vorhandene Umstände schichte, mit einem Wort, das es weislich gegeben sey »⁽²⁶⁰⁾.

Avendo ormai sotto gli occhi — come risulta chiaramente dalla terminologia impiegata (*Beschaffenheit des Volkes*), estranea al linguaggio dei wolfiani⁽²⁶¹⁾ — i nuovi esempi della trattazione storiografia montesquieviana, egli avverte cioè immediatamente il rischio implicito in quelle attese. È senz'altro indispensabile esaminare le leggi di uno Stato secondo un siffatto piano di indagine: ciò che invece non si presenta come altrettanto autoevidente è la sottrazione di autonomia allo storico del diritto per sottoporlo direttamente alle esigenze dimostrative del giurista impegnato nel compito di ricostruzione, « deutlich und bestimmt », delle proposizioni normative contenute nelle disposizioni positive in uno Stato determinato⁽²⁶²⁾.

Come ci era dato fin dal principio di supporre, al drastico ridimensionamento del metodo dimostrativo, fa da contrappunto una posizione altrettanto critica rispetto al problema dal quale avevamo preso le mosse, quello della funzione delle rationes politicae all'interno della giurisprudenza positiva: « io ritengo assolutamente necessario distinguere le origini e le cause effettive di una determinata disposizione o legge da quelle che un 'Weltweiser' può scoprire secondo la Politica, il diritto di Natura e le altre artes, delle quali egli è perito ed in grado di servirsi. *Le prime sono semplicemente storiche*, queste ultime invece filosofiche. *Delle prime si può raramente fare a meno*, se si vuole penetrare nel vero senso di una legge, perché nel caso che non le si conosca, non ci si può immedesimare nelle circostanze che hanno determinato il legislatore, cosa che è però indispensabile se si voglia pervenire ad una interpretazione razionale ».

⁽²⁶⁰⁾ *Ibid.*, pg. 231.

⁽²⁶¹⁾ Per il riferimento alle considerazioni sulle cause della grandezza dei romani e della loro decadenza del Montesquieu (1734) cfr. *ibid.*, pg. 232. Il ruolo delle 'Antiquitates' e della 'Historie' contro il metodo matematico è poco più tardi sottolineato anche da R. WEDEKIND (1718-1778), *Von dem Gebrauche der mathematischen Lehrart in der Rechtsgelehrsamkeit, Vorrede* a J. F. EISENHART, *Kleine Schriften*, Bd. I, Erfurt, 1751, spec. pg. 18. Più che una coincidenza ci sembra il fatto che anch'egli svolgesse la sua attività a Gottingen.

⁽²⁶²⁾ Cfr. *ibid.*, pg. 233.

Dopo tutto quanto abbiamo appena sostenuto — può adesso concludere Claproth — va da sé, del tutto pianamente, « dass ohne die Historie kein gründlicher Rechtsgelehrter gezeugt werden könne »⁽²⁶³⁾.

Oltre a ritenere quindi superflua e addirittura senza senso una derivazione delle proposizioni normative positive da fondamenti ' filosofici ', il giurista gottinghese individua un'ulteriore e altrettanto necessaria suddivisione di competenze: la questione cioè delle ragioni politiche e morali, una volta associata la non stringenza di conclusioni che avanzino pretesa di assurgere, partendo da *quelle* premesse, al rango di necessarie deduzioni, deve essere abbandonata ad una *prudentia legislatoria*, alla cosiddetta *Klugheit Gesetze zu geben*. Una *prudentia* che si deve far ben attenzione, però, a non identificare con la *Rechtsgelehrsamkeit* come tale⁽²⁶⁴⁾.

Claproth individuava con queste parole per così dire *a contrario*, ma lucidamente un punto focale degli sforzi sistematici dello stesso Wolff e dei giuristi che a lui si richiamavano: era proprio anzi quel momento centrale che li divideva dalla ideologia thomasiana propagata dal centro di irradiazione hallense, del quale Gottinga si dimostrava ancora una volta, e fin dai suoi primi passi, tributaria.

Un punto focale abbiamo detto: ed infatti siamo qui di fronte ad un altro suggerimento all'apparenza assai paradossale.

In una storia dell'ideale sistematico alla figura di Thomasius solo pochi sarebbero forse indotti ad attribuire un ruolo di rilievo.

Un Thomasius il cui contributo pare invece piuttosto consistere nella sua puntigliosa ma occasionale attività di critica, di messa in discussione degli elementi che la tradizione giuridico-sistematica proponeva come verità incontrovertibili e consolidate, come poteva ad usura dimostrare nel momento stesso nel quale abbandonava decisamente la prassi di considerare i termini sistema e dogma come appartenenti ad uno stesso campo semantico: a chi

⁽²⁶³⁾ *Ibid.*, pg. 236.

⁽²⁶⁴⁾ *Ibid.*, pg. 235. Cfr. sul punto anche J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 137, che tuttavia non prende in considerazione più ampiamente il problema del significato di quella attribuzione alla *prudentia legislatoria* di funzioni secondo i wolfiani spettanti direttamente alla scienza giuridica.

abbia appena fatto l'orecchio alle trattazioni dei wolfiani con la loro continua utilizzazione del concetto di *veritas* come sinonimo di dogma e quindi quale elemento irrinunciabile, quasi pietra di costruzione, del *systema iuris* stesso, non potrà non apparire iconoclasta o per lo meno inusitato udire il maestro di Halle sostenere che sì, è possibile l'insegnamento di « dogmata systematice connexa », ma che al contempo questo insegnamento non abbia più titolo per fregiarsi della definizione di sistematico ⁽²⁶⁵⁾.

Ma se questa come vedremo è senz'altro un'acquisizione rilevante sulla via che condurrà nell'Ottocento alla svalutazione stessa del metodo dogmatico in favore di quello sistematico, ben più significativa per la stessa configurazione dell'idea moderna di sistema appare la contrapposizione che stavamo segnalando poco sopra.

Non si tratterà, ancora una volta, come è del resto chiaro, di cercare di fornire una messa a fuoco globale della dottrina thomasiiana, o, peggio, di un tentativo volto a restituire un'immagine attendibile dell'intero Settecento giuridico, in questo caso sotto il profilo pertinente alla teoria della legislazione: è in questione invece molto più la necessità funzionale di delineare il sottofondo storico-culturale di quella ripartizione di competenza tra *prudentia legislatoria* e giurisprudenza, che appare a tutta prima non immediatamente evidente e quindi tale da non restituire la portata stessa dell'osservazione di Claproth.

In realtà è di fatto la stessa improvvisa scomparsa dall'orizzonte della cultura giuridica tedesca dello 'spirito wolfiano' — una scomparsa che appariva in ogni caso ai contemporanei, Pütter incluso, né probabile, né soprattutto auspicabile, e che avviene comunque *ben prima* dell'emissione di un aspro, ma rapidissimo verdetto da parte di Savigny ⁽²⁶⁶⁾ —, che non si renderebbe compren-

⁽²⁶⁵⁾ C. THOMASIUS, *Cautelae circa praecognita Iurisprudentiae*, Halle, 1710, pg. 218 ss.; cfr. sul punto anche M. HERGERBER, *Dogmatik*, cit., pg. 329.

⁽²⁶⁶⁾ Cfr. A. BUSCHMANN, *Ursprung und Grundlagen der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, cit., pg. 13, ed ivi nota 28, per l'ampia letteratura che, inesattamente, riconduce all'intervento svalutativo savignyano l'accantonamento del predominio dei principi giuridici wolfiani nella giurisprudenza.

L'aver individuato nel 'vecchio' giusnaturalismo (anche, e prevalentemente, wolfiano) l'immediato antecedente — e di conseguenza uno tra

sibile senza una più approfondita valutazione di questo aspetto: essa si mostra infatti tanto meno scontata proprio dato che uno dei profili che al 'wolfamatischer Geist' era addirittura 'costituzionale', e vogliamo alludere a quello della sistematizzazione del

gli avversari principali — dell'elaborazione della Scuola Storica fondata da Savigny conduce ad una valutazione della prospettiva in qualche modo falsante: essa trascura l'insorgere specialmente a partire dagli anni Ottanta del XVII secolo di un diverso e 'moderno' diritto naturale (spesso ad impronta accentratamente kantiana) che si riconosce ampiamente come alfiere di una teoria politica liberale in senso inglese e francese, e in definitiva come sostitutivo delle stesse Costituzioni formali politicamente non ancora realizzabili nei territori tedeschi.

Si comprende che ben diversa valenza politica dovesse allora assumere una eventuale avversione contro *questo* diritto naturale. In una tale prospettiva appare allora anche insufficiente l'usuale descrizione del tardo gradino di sviluppo del diritto naturale settecentesco come un trapasso dalla 'deduzione all'empiria' che traduca la postulata pretesa del giusnaturalismo tradizionale (con le sue caratteristiche di universalità, eternità e assolutezza) in un diritto naturale 'relativo', ipotetico e, perciò, non più rivolto alla critica del diritto positivo (così specialmente H. THIEME, *Die Zeit des Späten Naturrechts*, cit., pg. 232 e ss.; G. BOEHMER, *Grundlagen*, cit., Bd. 2, I. Abt., *Dogmengeschichtliche Grundlagen des Bürgerlichen Rechts* (1951), pgg. 43-5). Anche questa impostazione trascura completamente il significato politico di quella nuova emersione, con la conseguenza, ad esempio, di annoverare un autore come Thibaut *sic et simpliciter* nell'ambito degli attardati rappresentanti del diritto di natura dell'assolutismo illuminista, senza cioè poter tener conto delle differenti fasi di sviluppo nelle quali si suddivide la sua stessa dottrina, cfr. D. KLIPPEL, *Politische Freiheit*, cit., pg. 188 e nota 61.

Non è dubbio comunque che l'interpretazione inizialmente ricordata e basata al contempo su di una sopravvalutazione dell'ampiezza e della reale durata dell'efficacia delle visuali wolfiane, e, dall'altra parte, sulla loro totale svalutazione scientifica, fu largamente dominante nelle autoricostruzioni storiografiche dell'intera Pandettistica; anche lasciando qui del tutto impregiudicato l'altro problema che si presenta, quello cioè di una eventuale sotterranea sopravvivenza, nonostante siffatte prese di posizione, proprio di una tale « efficacia ». Le testimonianze in senso contrario sono in ogni caso certamente assai scarse: tra le poche è allora senz'altro meritevole di essere ricordata quella di Alois Brinz, che valutava assai più positivamente il metodo 'wolfamatisch' e la stessa sistematica giusnaturalista, facendo altresì mostra di conoscere non superficialmente — almeno a livello di storia letteraria — le opere di un Nettelblatt e del tardo settecento in generale (cfr. ID., *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen, 1873, Bd. 1, pg. 64 ss., pg. 83 ss.).

diritto, può anzi apparire allo storiografo come del tutto congruente allo sviluppo 'moderno' della giurisprudenza dello stesso Ottocento, venendosi così a complicare ancor di più, mediante questa 'presunzione' di continuità, un quadro di per sé già assai frammentato. Di questo quadro certamente possiamo comunque almeno assumere quale punto fermo l'osservazione che la figura e l'opera di Daniel Nettelblatt ne costituiscano una chiave senz'altro decisiva di comprensione.

Thomasius, a conferma del rilievo che assumeva per lui, anche in relazione al più ampio quadro della 'Politische Klugheit' (concepita come dottrina avente ad oggetto l'applicazione pratica delle regole poste al livello del diritto naturale)⁽²⁶⁷⁾, il tema della ripartizione sistematica delle competenze tra scienza della legislazione

(267) Per gli sviluppi della filosofia pratica e dei suoi rapporti con la dottrina del diritto naturale nelle Università tedesche del periodo antecedente agli interventi thomasiani cfr. soprattutto H. DENZER, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf. Eine geistes- und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung zur Geburt des Naturrechts aus der Praktischen Philosophie*, München, 1972, spec. pg. 296 ss.

In questa ottica è dato riscontrare nel concetto di *Klugheit* quasi il crocevia degli influssi insorgenti dall'antica tradizione della filosofia pratica che si vengono qui però ad unificare ai principi della filosofia illuminata del secolo XVIII. Quella 'applicazione pratica' appartiene alla sfera della filosofia morale che si occupa della *Praxis* dell'agire umano e pertanto anche dell'esperienza, manifestando una stretta connessione con il concetto di virtù (« Unde Prudentia est voluntas orta ex sensibili cognitione mali »; C. THOMASIIUS, *Prudentia legislatoria*, cit., cap. III, § 8, pg. 8), benché non si possa poi stabilire del tutto chiaramente se essa stessa si debba definire direttamente come virtù o se con la *Tugendlehre* sia soltanto connessa, cfr. J. BRÜCKNER, *Staatwissenschaften, Kameralismus und Naturrecht*, cit., pg. 125; utili precisazioni sono reperibili anche in K. - H. ILTING, *Naturrecht und Sittlichkeit*, Stuttgart, 1983, spec. pg. 89 ss. e pgg. 212-218.

In ogni caso Thomasius è ben conscio che a questo livello si gioca il problema più tormentato della filosofia pratica, ovverosia quello della relazione tra teoria e prassi: è un punto da tenere presente nella prospettiva che qui ci interessa e che è volta a determinare le ragioni del rifiuto operato da Hugo di una parte del patrimonio culturale wolfiano, specialmente per quanto concerne le proposte di riforma degli studi giuridici e della sistematica (pur attentamente valutate), che erano state avanzate appunto da Nettelblatt.

e giurisprudenza, aveva iniziato ad occuparsi del problema della prudenza legislatoria in lezioni tenute fin dal 1702.

Queste lezioni furono poi sempre di nuovo riproposte: benché egli non le abbia personalmente pubblicate — apparvero postume, come sappiamo, nel 1740⁽²⁶⁸⁾ —, vi ha però con continuità fatto riferimento in molteplici luoghi delle sue opere a stampa. Non si può non vedere in questa ricorrente attenzione nei confronti di una siffatta tematica la testimonianza della fondamentale importanza che ad essa compete nell'ambito degli stessi principi di suddivisione del sistema delle discipline scientifiche⁽²⁶⁹⁾.

La specifica concezione avanzata da Thomasius in quei contesti crea infatti sotto molteplici profili i presupposti necessari — persino al di là di quanto egli stesso fosse poi in grado di elaborare personalmente — per una prosecuzione del processo di differenziazione concettuale, sistematica e metodologica, iniziatosi già nel secolo XVII e riguardante la *Staatsklugheit*, e quindi rispettivamente la dottrina politica da un lato e il diritto dall'altro⁽²⁷⁰⁾.

Egli giunge a proporre infatti accanto al sistema del diritto naturale, che nella sua forma rinnovata attraverso l'operato pufendorfiano dominava ampiamente la configurazione delle stesse discipline della filosofia pratica, una ulteriore e diversa struttura portante, quella della *Prudentia*. La configurazione specifica di questa *Klugheit* è però bivalente, perché da una parte essa viene a costituire semplicemente una dottrina dei mezzi, la quale, come tale, non necessita della rappresentazione del fine, rivolta com'è all'attuazione di norme altrove rinvenute; mentre dall'altra le è invece inerente l'aspirazione al bene. Così in certo modo si può affermare che essa si manifesti al contempo virtù della volontà⁽²⁷¹⁾, come pure forza della ragione. Il suo scopo primario è in parte rivolto all'analisi degli esempi negativi rinvenibili all'interno della società — che nel caso della legislazione sono in particolare forniti dallo stato della cultura giuridica nel suo espresso riferimento al tipo di studio che la lega al diritto romano, « quia Jcti ultra Corpus

⁽²⁶⁸⁾ Cfr. *supra*, cap. III, nota 241.

⁽²⁶⁹⁾ Si veda H. TUBIES, *Prudentia Legislatoria bei Christian Thomasius*, Diss. iur., München, 1975, pg. 144 ss.

⁽²⁷⁰⁾ R. SCHULZE, *Policey und Gesetzgebungslehre*, cit., pg. 65.

⁽²⁷¹⁾ C. THOMASIVS, *Prudentia Legislatoria*, cit., cap. III, § 5, pg. 7.

Iuris sapere non sunt ausi, legesque Justinianae ob infinitos naevos omnino *contra omnem Prudentiam legislativam latas* habuerunt pro legibus *perfectissimis* »⁽²⁷²⁾ —, al fine di non lasciarsene distrarre sulla strada del perseguimento della virtù; ma, d'altro canto, dato il valore decisivo che il Nostro attribuisce alla conversazione⁽²⁷³⁾, la società ridiviene luogo di manifestazione della ragione

⁽²⁷²⁾ *Ibid.*, cap. II, § 6, pg. 5.

⁽²⁷³⁾ Come sottolinea giustamente J. BRÜCKNER, *Staatswissenschaften, Kameralismus und Naturrecht*, cit., pg. 185 ss., quando si parla di separazione tra diritto e morale in Thomasius non si può esclusivamente accentuare soltanto il dato della comprensione del diritto come ambito esternamente sottoponibile alla coercizione, e quindi in tesi contrapposto al settore della moralità, che rischia poi di essere concepito modernamente ma in parte 'anacronisticamente' come puramente interno e non coercibile.

La dottrina degli affetti e la Politica regolano infatti proprio alla stessa maniera del *Justum* il cerchio esterno delle azioni umane; la moralità comprende, cioè, anche il *Decorum*, e non è pertanto ridicibile a semplice interiorità, essendo quest'ultima consegnata come specifica sfera di competenza alla teologia della rivelazione.

Non è pertanto esatto seguire a vedere nella teoria dei *Lebensarten*, abitudine che rimane sempre assai corrente, nulla più che una curiosità o, al massimo, una testimonianza dell'aderenza alla realtà delle analisi thomasiene, senza invece attribuirle quel posto di rilevante significato che è di sua spettanza all'interno della teoria del diritto naturale nel senso proprio.

Più significativa che la separazione tra diritto e moralità appare allora in questo senso quella tra *Justum* e le cosiddette 'Manners', la cui semplice traduzione come 'maniere', con esclusivo riferimento al modo di comportarsi, rischierebbe di occultare proprio il ruolo importante che compete alla stessa società, e non al solo Stato, come *Herrschaftsordnung*. Non è tuttavia trascurabile l'osservazione volta a sottolineare che benché la già più volte ricordata dottrina thomasiene della separazione tra *imperia* e *consilia* non si possa definire liberale, o anche solo scorgere ed interpretare quale precorrimto di istanze liberali, proprio a causa della carenza del presupposto indispensabile dell'autoresponsabilità morale del *Bürger*, essa potesse tuttavia rivelarsi strutturalmente utilizzabile in quella direzione in forza delle sue conseguenze 'separatiste' e differenziatrici: « Porro: Consilia, monita, mandata, praecepta, pacta magis seu immediate respiciunt voluntatem eiusque actionis, dogmata immediate intellectum. Dogmata non obligant, quia omnis obligatio est actio voluntatis, sed persuadent vel non persuadent; Consilia si prudentia sint, persuadent & si persuaserunt, obligant: Monita obligant, sed magis intendunt persuadere: mandata & praecepta obligant, item pacta, etiamsi non persuaserint » (C. THOMASIVS, *Prudentia*

che è legata di per sé al discorso (274).

In tal modo vicino ad una teoria come quella della *Tugendlehre* che è in principio fondamentalmente peculiare della dimensione privata e coglie pertanto la *communitas* non come sede della propria realizzazione, ma come suo impedimento, si colloca ora per la prima volta una teoria del comportamento 'borghese': una tale teoria si presenta, proprio perché al Bürger la sfera politico-statale rimane preclusa, in qualità di riflessione sull'agire civile e sulle stesse forme lavorative.

Ma, come si rilevava, il punto focale è costituito dal subentrare di questa struttura *accanto* al sistema del diritto naturale: ciò è ora possibile in forza del fatto che Thomasius, contro e al di là della semplificazione dimostrativa, reclama anche per la dottrina della *Klugheit* il carattere di scienza, richiamandosi a tal fine esplicitamente alla giustificazione peripatetica del carattere scientifico di una teoria pur in presenza di uno scarso grado di certezza (275).

Risulta adesso chiaro il *proprium* della costruzione che andiamo esaminando; oltre al sistema scientifico della filosofia pratica — il diritto naturale —, quella dimensione nuovamente fondata viene a costituire un *secondo* sistema scientifico, che si suddivide a sua volta nella teoria degli affetti, in una *Politische Klugheit* ed infine nella *Staatsklugheit*.

E con un'ulteriore rilevante conseguenza: proprio l'elemento nel quale risiedeva la forza del diritto naturale, la stringenza logica delle sue proposizioni, che ne assicurava altresì la scientificità in senso 'moderno', non può rappresentare più la differenza fondamentale rispetto ad una dottrina basata sull'esperienza come quella della *Prudentia*; poiché a questa spetta ora lo *stesso* grado di scientificità, seppure — e qui vediamo emergere quella che potrebbe definirsi una geniale impurità metodica thomasiana — questa equi-

Legislatoria, cit., cap. V, § 12, pg. 20). Cfr. anche W. RÖD, *Geometrischer Geist und Naturrecht*, cit., pg. 185 e vedi ancora *infra*, sub nota 279.

(274) C. THOMASIUS, *Kurzer Entwurf der Politischen Klugheit*, Frankfurt. Leipzig, 1710 cap. V, citato secondo J. BRÜCKNER, *op. cit.*, pg. 128.

(275) C. THOMASIUS, *Prudentia Legislatoria*, cit., cap. II, § 1, pg. 4.

parazione venga affermata sulla base di un diverso (e più risalente) concetto della stessa scientificità⁽²⁷⁶⁾.

Ne resta in questo modo incrinato in anticipo uno dei cardini essenziali sui quali invece vorrà venire a poggiare tutta la costruzione sistematica dei Wolfiani, almeno fino a che essa tenderà a presentarsi come alternativa radicale — e sia pur solo sul piano metodologico — ai procedimenti tradizionali.

La sfera peculiare nella quale la prudentia rimane confinata, nonostante tutte le forme di collegamento che pure potrebbero essere istituite tra questa e la dottrina delle varie manifestazioni etiche, è quindi in definitiva rappresentata, in contraddizione con la tradizionale immagine del diritto naturale come dottrina dei doveri e degli obblighi, dalla dimensione dell'*utile*: ciascuna di quelle due prospettive raggiunge così uno specifico e separato spazio di azione.

Ma, come si era poco sopra appena anticipato, Thomasius prosegue il processo di differenziazione tra dimensione 'politica' dello Stato e diritto ('anche' privato) sotto ulteriori profili per noi rilevanti.

Infatti resta ancora da porre in chiara luce come la posizione autonoma della giurisprudenza nel suo rapporto con il diritto vigente venga in tal modo garantita sia nei confronti del sistema delle valutazioni improntate a principi teleologici di utilità⁽²⁷⁷⁾, che con

⁽²⁷⁶⁾ Così acutamente J. BRUCKNER, *loc. ult. cit.*

⁽²⁷⁷⁾ È stata assai opportunamente rilevato a proposito della classificazione proposta da Wieacker nella sua *Privatrechtsgeschichte* nel tentativo di riassumere la storia giuridica dell'epoca moderna fino a Savigny sotto l'intitolazione di *Vernunftrecht*, come essa non sia idonea a rendere conto di posizioni radicalmente contrapposte sul tipo di quelle di un Hobbes e di un Wolff. Indubbiamente una distinzione tra un diritto (naturale) fondato teleologicamente ed uno fondato non teleologicamente (Hobbes, Kant e Rousseau) si rivela assai più pregnante: pur se considerata sotto questo profilo la posizione di Thomasius si palesa assai diversa, non casualmente anche a motivo del suo rapporto con la dottrina hobbesiana, rispetto alla teoria ampiamente ratificatrice di un ordine naturale che si esprima in essenza tramite il concetto di contratto di soggezione e nella legislazione statale, quale era caratteristica della *Weltanschauung* peculiare al maestro di Marburg; si veda in proposito H. BÖCKERSTETTE, *Aporien der Freiheit*, cit., § 4, *Die Teleologische Staatslehre Christian Wolffs*, pg. 128 e nota 163.

riferimento agli altri rami della *Pflichtenlehre* giusnaturalistica; e proprio mediante l'accertamento che soltanto una ristretta porzione di quella molteplice quantità di norme 'naturali' — o, per lo meno, di quelle disposizioni o proposizioni che in una prospettiva di diritto naturale possono essere valutate per tali —, è adesso in condizione di essere riconosciuta come suscettibile di sanzione da parte dello Stato⁽²⁷⁸⁾.

È pur sempre vero che l'etica degli *officia* di diritto naturale ricomprende oltre alle *regulae iusti* al contempo anche le *regulae decori* e *honesti*. Viene infatti in ogni caso fatta salva la possibilità di inserire in determinate circostanze il *decorum* (adesso concepito nella sua qualità di *Jus decori*) nello stesso sistema della giurisprudenza, dal momento che persino la distinzione del diritto naturale in diritto naturale in senso ampio ed in senso proprio⁽²⁷⁹⁾,

⁽²⁷⁸⁾ L'espressione norma è qui usata con l'avvertenza che Thomasius si serve della proposizione *norma actionum moralium* come *genus generalissimum* riferentesi a tutte le *Actiones Humanae* usando invece il concetto di *lex* come *species*, ma che una tale utilizzazione è 'coperta' dall'altra che fa capo all'impiego del termine legge in senso ampio, come subito avremo occasione di osservare.

Per il mutamento della concezione di legge che è presente proprio a partire dalle lezioni sulla *prudentia legislatoria* (e che è poi successivamente mantenuto anche nei *Fundamenta*), rispetto alla più limitata concezione delle *Institutiones*, nelle quali veniva ristretto soltanto al comando del sovrano, cfr. H. TUBIES, *Prudentia*, cit., pg. 69; in generale sulle vicende del concetto di norma si può da ultimo rinviare al bel saggio di R. ORESTANO, *Norma statuita e Norma statuente. Contributo alle semantiche di una metafora*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIII, 2 (1983), pgg. 313-350; su Thomasius pgg. 325-6.

⁽²⁷⁹⁾ C. THOMASIVS, *Prudentia legislatoria*, cit., Cap. V, §§ 124 e 125, pg. 47: « His praemissi observamus Legem naturalem sumi dupliciter 1) generaliter pro omnibus regulis actionum moralium ex dictamine rectae rationis proficiscentium, seu pro omnibus dogmatibus moralibus, sive respiciant bonum internum, sive externum, sive regulas honesti, sive iusti, sive officia hominis erga se ipsum, sive erga alios homines, sive determinant intuitu aliorum hominum bonum absolutum & malum absolutum, sive comparationem graduum inter res bonas vel malas &c 2). Specialiter quatenus lex naturae denotat saltem principia moralia, quae respiciunt bonum externum & regulas *iusti*, seu officia hominum erga alios homines & quidem in negotiis per se turbantibus socialitatem seu pacem externam, quae dicuntur

lasciava uno spazio residuo al costume di quella civiltà delle 'buone maniere' per proporsi come normatività sociale, ancorché non coercibile, e per divenire di per sé contenuto e presupposto di un diritto storico lentamente progrediente. Un diritto storico modellantesi appunto sullo *ius decori* concepito immediatamente quale positivizzazione di un consenso sociale preesistente.

Ma pur facendosi salva una tale possibilità e, ci pare necessario ripeterlo, in tal modo sottintendendo che la comprensione della comunità statale come *Rechtsgemeinschaft* non significhi in nessun caso una concezione secondo la quale la realtà statale sia contrassegnata 'soltanto' dal carattere coercitivo del diritto positivo *ad esclusione* di ogni altro momento di positività sociale, assistiamo adesso ad una 'particolarizzazione' e separazione della posizione competente alle *regolae iusti* all'interno dell'ampio spettro delle proposizioni obbliganti secondo il diritto naturale.

Mentre le regole concernenti il *decorum* e l'*honestum* danno luogo in linea di principio soltanto ad obbligazioni interne per i singoli, le prime abbisognano invece di una sanzione da parte del potere statale e vengono a costituire fundamentalmente l'oggetto della persecuzione giurisdizionale della giustizia⁽²⁸⁰⁾.

Questo modo di procedere si ripercuote, come è ovvio e come in parte già sappiamo, sul concetto stesso di legge, che d'altro canto è l'oggetto specifico della *Prudentia legislatoria*, la cui funzione nel sistema delle discipline preciseremo meglio tra poco⁽²⁸¹⁾.

mala absoluta, & possunt referri ad tria capita: neminem esse contemnendum. Neminem laedendum. Non esse violandam fidem datam; quae collecta continentur in hoc praecepto. Quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris. Et hoc modo lex naturae opponitur regulis Honestis & Decoris seu principiiis Ethicis stricte dictis & politicis ».

Cfr. in senso analogo Id., *Fundamenta*, cit., lib. I, cap. V, § 30, pg. 151 e vedi per ulteriori sviluppi H. TUBIES, *Prudentia*, cit., pg. 86.

⁽²⁸⁰⁾ Si veda in questo senso anche R. SCHULZE, *Policey und Gesetzgebungslehre*, cit., pg. 66.

⁽²⁸¹⁾ La disciplina della prudenza legislatoria era stata in precedenza completamente trascurata, come doveva esplicitamente segnalare lo stesso Thomasius nella *Praefatio* ai *Fundamenta* (op. cit., *Caput Proemiale*, pg. 3), facendo specifico riferimento alle sue lezioni sull'argomento e ponendole così implicitamente alla base del progetto innovatore che quei *Fundamenta*

A questo proposito è però accertabile fin dalle stesse lezioni del 1702 un duplice e significativo mutamento, da Thomasius del resto espressamente segnalato⁽²⁸²⁾, rispetto alla definizione e alle suddivisioni fornite nelle più risalenti *Institutiones Jurisprudentiae divinae*.

In queste ultime egli partiva infatti da un concetto 'unitario' di legge che per parte sua non poteva replicare la già ricordata sud-distinzione tra diritto naturale in senso ampio ed in senso stretto. Poiché infatti l'*esclusivo* punto di partenza veniva scorto nello « Jussus imperantis obligans subjectos, ut secundum iustum iussum actiones sua instituant »⁽²⁸³⁾, una tale nozione doveva necessariamente giungere a ricomprendere come sue sottospecie sia la legge divina che la *lex humana*: in questa ottica, che tendeva a sottolineare l'omogeneità della derivazione da una volontà imperante, la stessa 'lex humana' poteva rimanere allora confinata nella dimensione di sottospecie della legge divina.

Nelle *Lectiones* Thomasius, senza affatto rinnegare l'accentuazione della rilevanza dello *Zwangsmoment*, giunge però ad una diversa prospettiva, più atta a mettere in luce quel carattere di *relatività* del concetto di legge che lo doveva inoltre spingere alle ben note conclusioni in tema di analisi delle disposizioni del Corpus iuris. Ed infatti la legge è questa volta distinguibile, e sotto ben due profili, in legge in senso stretto ed in senso ampio.

In una prospettiva iniziale si tratta pertanto di rilevare che la legge in senso proprio non può più essere ritenuta di natura omogenea alla legge naturale, che pertiene anzi ormai assai più alla dimensione del *consilium*. Se si viene infatti a parlare di legge nella prima accezione, il rapporto di identità si chiarisce immediatamente ad un altro livello: non per caso « lex stricte dicta,

andavano incarnando rispetto all'opera precedente (su quest'ultimo aspetto del mutamento di prospettiva cfr. W. RÖD, *Geometrischer Geist und Naturrecht*, cit., pg. 171 ss.). Per i precedenti dell'utilizzazione del concetto di *Prudentia legislatoria* nella *ProPolitica* conringiana (1663) e nella *Exercitatio ad Pandectas* (1675) del giurista dell'*Usus modernus* Johann Schilter, vedi comunque ancora H. TUBIES, *Prudentia*, cit., pg. 23.

⁽²⁸²⁾ C. THOMASIUS, *Prudentia Legislatoria*, cit., cap. I, § 3, pg. 1.

⁽²⁸³⁾ C. THOMASIUS, *Institutiones*, cit., lib. I, cap. I, § 28, pg. 6.

idest lex humana », una legge umana che a sua volta non può essere predicata propriamente che della *norma imperii* ⁽²⁸⁴⁾.

Legge umana è allora in sostanza una prescrizione che si riferisce alle azioni umane o alle relazioni tra uomo e altri uomini: « Paucis, Lex proprie fertur et hominibus et ab hominibus » ⁽²⁸⁵⁾. Ma oltre all'esplicito abbandono della tradizione scolastica della legge eterna, che più radicalmente ancora si traduce nell'esclusione della possibilità di emanazioni di legge divine rivolte ad un destinatario umano, è anche importante sottolineare la successiva suddistinzione della stessa legge umana in legge in senso proprio ed in senso ampio, dacché quanto numerose sono le 'significationes normae actionum moralium' ⁽²⁸⁶⁾ altrettanto numerose possono essere le valenze di quel termine: « Lex humana varia denotat: Consilia, monita, mandata, praecepta, dogmata, pacta, amicorum, patrum, dominorum, parium, superiorum, inferiorum. Inde in Scripturis δόγματα saepe pro legibus sumuntur » ⁽²⁸⁷⁾.

Queste norme relative al comportamento umano prese in sé e per sé in forza di quella particolarizzazione della *regula iusti*, ed anche a causa del tipo di obbligo che sono in grado di far insorgere — interno o misto ⁽²⁸⁸⁾ — vengono riferite alle funzioni proprie della più ampia *prudentia consultatoria*: si è preso però atto — a differenza che nelle *Institutiones* — della circostanza che sia i *consilia*, *monita*, *mandata*, *praecepta*, che parlano esplicitamente alla volontà e alle sue modalità di comportamento, come d'altro

⁽²⁸⁴⁾ C. THOMASIIUS, *Prudentia Legislatoria*, cit., cap. V, § 6, pg. 19. Cfr. ID., *Fundamenta*, cit., lib. I, cap. V, 34, pg. 152.

⁽²⁸⁵⁾ C. THOMASIIUS, *Prudentia legislatoria*, cit., cap. V, § 3, pg. 18.

⁽²⁸⁶⁾ Cfr. C. THOMASIIUS, *Fundamenta*, cit., lib. I, cap. V, § 2, pg. 146; « Tot sunt significationes legis *, quot sunt significationes normae actionum moralium. Unde in lata significatione lex denotat praecepta doctrinalia, (consilia) iussa regum & dominorum, (imperia) monita paterna, (ex imperio & consilio composita) conditiones conventionum, (pacta). * Et Praecepti. Deducta haec sunt latius Tom. 6. observ. sel. 27. Etsi enim vox latina legis hodie non ita promiscue ab omnibus usurpari soleat, eum tamen doctrinam philosophicam scholarum habeamus a Graecis, sufficit quod apud Graecos vox νόμος, δόγμα etc. hic variis significationibus subiaceat ».

⁽²⁸⁷⁾ C. THOMASIIUS, *Prudentia legislatoria*, cit., cap. V, § 7, pg. 19.

⁽²⁸⁸⁾ E nel caso dei dogmi l'assenza di un'obbligazione: per tutto ciò confronta *supra* nota 273.

canto i *dogmata*, spesso anch'essi designati come *leges* e rivolti immediatamente all'intelletto, sono suscettibili di essere implicati nella ' estensione ' che la nozione di legge può raggiungere. Si tratta in una parola di precisare assai più accuratamente quell'espressione in tutte le direzioni, non essendo più sufficiente la postulazione di un'astratta derivazione da un generico concetto di *imperium* non meglio precisato.

Il diritto positivo umano poggia al termine di questo processo su di un fondamento che scaturisce esclusivamente da se stesso ⁽²⁸⁹⁾ e, per quanto riguarda la dimensione legislativa in senso stretto, sul privilegiamento della norma creata e dotata di sanzione da parte dello Stato, che si separa così da ogni altra convenzione o norma di comportamento pur sempre umana e pur sempre astrattamente ricomprensibile in quel concetto inteso in senso lato, come pure da ogni paragone con il ricorrere di regolarità ' misurabili ' sia a livello scientifico che storico.

All'interno della giurisprudenza quest'ultima serie di conclusioni esclude l'eventualità che il diritto positivo possa essere considerato come completamente contenuto in un patrimonio di norme di diritto naturale dalla caratteristica di tendere immediatamente alla propria conversione in una dimensione giuridica positiva: viene in definitiva marcata la sua peculiarità specifica nei confronti della modalità metodologica propria delle discipline della filosofia pratica — che abbiamo vista già messa in crisi dal diversificato criterio al quale si sottomette invece in generale la stessa *Klugheit* come scienza —, e risolvendosi nel procedimento deduttivo dalla norma di diritto naturale precedentemente fissata e posta speculativamente.

La giurisprudenza si sottrae così al destino di essere ricompresa all'interno del sistema chiuso e unitario degli *officia* della filosofia pratica, di essere ridotta, in una sola parola, al rango di un sistema sottordinato e fungente al massimo da disciplina deduttiva di pura *trasmissione* di contenuti e decisioni normative prese altrove: anzi per essa, come per ogni altra branca del sapere, e proprio in contrapposizione alla costruzione puramente razionale caratteri-

⁽²⁸⁹⁾ Si veda su questo sviluppo C. LINK, *Jus divinum in deutschen Staatsdenken der Neuzeit*, in *Festschrift für Ulrich Scheuner*, München, 1973, pg. 380 ss.

stica della dottrina giusnaturalistica del diritto e dello Stato, diviene oramai postulato irrinunciabile la constatazione che « die *Historie* ist in allen Wissenschaften der halbe Teil der Grundlehre, die man bey jeden Wissenschaft zu legen hat »⁽²⁹⁰⁾.

Questa separazione che diviene allora sempre più evidente, tra la *Klugheit* in quanto sezione portante, accanto allo *jus publicum*, della politica — talché punto focale degli sforzi messi da lui in opera va quindi senz'altro considerato il tentativo di evitare che il diritto di natura potesse essere confuso con la politica, una politica intesa purtuttavia dal Thomasius come disciplina rivolta essenzialmente alla protezione del diritto —, e la stessa dottrina e 'scienza' giuridica, non poteva dal canto suo sottrarsi neppure essa alle ripercussioni dettate dall'emersione in primo piano, rispetto a tutte le altre forme di 'legge', delle disposizioni normative dotate di un'efficacia cogente da parte dello Stato e pertanto perseguibili giurisdizionalmente.

E difatti le valutazioni della *Klugheit* si debbono adeguare alla specificità dell'oggetto che di volta in volta viene proposto alla loro considerazione.

Il baricentro della distinzione si sposta così adesso a dar forza di convincimento alla constatazione che a quell'emersione sia necessario far corrispondere sul piano della *Klugheitslehre* la sua scomposizione in prudenza giudiziale ed extragiudiziale, nella quale ultima possa trovare appunto la sua collocazione la prudenza legislatoria.

Accade così che la 'scienza di (ben) fare le leggi', la '*Klugheit, Gesetze zu geben*' alla quale secondo Claproth doveva rimanere assegnata la ricerca delle varie *rationes* politiche e morali che non potevano perciò essere più oggetto di immediata deduzione in campo giuridico, viene collocata ormai ampiamente dalla parte della *Staatsklugheit* che potrà poi essere identificata con la Politica. In altre parole si ingenera una distinzione tra politica intesa

(290) Si tratta di un'affermazione contenuta, non casualmente, diremmo, data la rilevanza che già abbiamo visto competere a quella data, nell'annuncio del programma delle lezioni da tenere nel 1702, cfr. sul punto, J. BRÜCKNER, *Staatswissenschaften, Kameralismus und Naturrecht*, cit., pg. 191, nota 168; vedi anche C. THOMASIUS, *Summarischer Entwurf*, cit., pgg. 45-6.

come prudenza ' statale ' extragiudiziale con l'inclusione della dottrina della legislazione (*Gesetzgebung*) da un lato e una dottrina delle norme giuridiche vigenti e coercibili, una ' scienza delle leggi umane ' dall'altro ⁽²⁹¹⁾.

Lo *Jus publicum* e la *Politische Klugheit*, formano insieme la disciplina della politica in un processo di avvicinamento che come abbiamo avuto occasione più volte di accennare è in grado di estendere le sue propaggini fino a determinare gli stessi termini della proposizione del problema della ripartizione tra diritto pubblico e privato quali ancora si presentavano all'attenzione di Hugo ⁽²⁹²⁾.

La dimensione operativa peculiare della prudenza legislatoria rimane allora quella della determinazione dell'utilità e conformità agli scopi delle misure normative che debbono di volta in volta essere stabilite dal Signore e dal suo consigliere — ed essa costituisce non a caso una *species* del più ampio *genus* della prudenza *consultatoria* ⁽²⁹³⁾ —, ma la sua funzione mediata è ben evidente e vorremmo dire ancor più significativa. L'enucleazione di questa disciplina — e tutta la trattazione thomasiana è poggiata, come egli era ben consapevole, su fondamenta nuove — è infatti presupposto perché alla considerazione del diritto vigente possa essere garantita non soltanto l'autonomia, ma anche una funzione di limite nei confronti di quello specifico aspetto dell'assolutismo che era indirizzato ad estendere le capacità direzionali e di intervento dello Stato mediante lo strumento della ' Polizia '.

La concezione di ' scienza che si affatica con l'interpretazione delle leggi umane ' viene infatti, in conseguenza di quanto abbiamo illustrato, fatta ricadere, e sia pure con un ruolo specifico, nel quadro della prudenza giudicante (*prudentialia Judicialis*), rimandando a un concetto tradizionale di giurisprudenza che fosse idoneo a tener conto del fatto che il patrimonio normativo proprio della tradizione del diritto comune (visto anche nella sua applicazione forense) non poteva essere ricondotto immediatamente ad un atto di posi-

⁽²⁹¹⁾ Per una distinzione analoga cfr. inoltre C. THOMASIIUS, *loc. ult. cit.*, cap. III, §§ 34 e 35, pg. 37.

⁽²⁹²⁾ Cfr. *supra* cap. III, pg. 198 ss. e per il rapporto di Hugo con questa dottrina, anche Parte seconda, volume II.

⁽²⁹³⁾ C. THOMASIIUS, *Prudentia Legislatoria*, cit., cap. IV, pagg. 11-17 (cfr. spec. § 1).

zione di quella stessa potestà legislativa che, invece, nell'ambito della dottrina politica doveva assumere un ruolo predominante, proprio come forza trainante dello sviluppo giuridico⁽²⁹⁴⁾.

Era in tal modo offerta una possibilità che, pur in costanza dell'emersione della costituzione assolutistica, il richiamo al permanere delle forme istituzionali del vecchio ordinamento costituzionale non si rivelasse portatore di una dislocazione topica delle discipline puramente conservatrice. Si dava così luogo invece ad una razionalizzazione del rapporto, tale che per tutto il successivo svolgimento del secolo si rivelò idonea a costituire il punto di partenza per la rivendicazione di un 'controllo', a partire dalla prospettiva del 'diritto', della pretesa assolutistica rivolta ad una latente identificazione della politica con *tutto* il diritto.

Se infatti la dottrina della legislazione nella sua separatezza rimaneva consegnata alle esigenze di conformità agli scopi proprie della *Staatsklugheit*, potendo legittimare così addirittura un ampliamento della stessa potestà normativa dello Stato, la relativa separatezza della dimensione giuridica, con il suo appello al patrimonio normativo storicamente preesistente, era in tesi posta in condizione di limitare a sua volta concretamente quello stesso tipo di espansione.

E tanto più lo era, in quanto la funzione 'consultatoria' che costituiva per Thomasius parte integrante della stessa dimensione legislativa, il *consilium* del Doctor (potenzialmente anch'egli giurista) che arrivava necessariamente a dover integrare l'esercizio dell'*Herrschaft*, non si mostrava legata alla tradizionale interpretazione propria dell'analisi dei fini che era rivolta ad identificare la felicità nel *Wohlfahrt*: con la sua nuova definizione di politica come dottrina che non si occupa più della *forma Imperii*, ma assume a suo oggetto il problema dell'ordine e della pace sociale *all'interno* dello Stato, veniva infatti sbarrata la strada proprio all'inclusione nella sfera della politica della scienza camerale assolutistica e della stessa struttura della *Polizei*, con un ulteriore tipico effetto di separazione tra teoria e prassi della realtà giuridico-statuale esaminata.

In questo senso si chiarisce un elemento a prima vista sorprendente; Thomasius non ha infatti scritto alcuna autonoma *Staats-*

(294) Vedi R. SCHULZE, *Policy und Gesetzgebungslehre*, cit., pg. 72.

klugheit, benché proprio a lui sia da far risalire l'elaborazione di una 'prudenza generale' come base sia di quella politica che di quella civile.

La questione ha infatti di fronte una soluzione in certo modo semplice; il fine ultimo dello Stato non può essere costituito dall'incremento di un benessere inteso in senso economico, sia che esso sia visto in prospettiva statuale, od anche invece semplicemente 'civile' (in quanto riferibile alla 'Bürgerliche Gesellschaft'). È invece interpretabile solo nei termini della conservazione e protezione del diritto: la disciplina dell'economia — ma su questo punto il diritto naturale di Hugo offrirà sfumature divergenti — si preannuncia fin dall'inizio dello sviluppo come 'inidonea' a costituire allo stesso tempo una dimensione anche del diritto, almeno finché restiamo legati ad una prospettiva *latu sensu* anti-assolutistica.

Al termine di questa sia pur inesaustiva ricostruzione della tipologia thomasiana, ci troviamo dinnanzi ad un altro aspetto che è meritevole di essere fin da ora fissato, e che in ogni caso non sarà tuttavia sfuggito al lettore: se la prudenza legislativa costituisce il principale campo d'azione della *Staatsklugheit* (di una *Staatsklugheit* che si viene comunque emancipando dalla visuale troppo 'sociale' ancora propria del Thomasius, per restringersi alla sua natura più propriamente *statuale*), ed essa si presenta come identificabile nel processo di differenziazione con la stessa politica (e se — inoltre — ci soffermiamo ancora in certa misura sul punto di vista che è proprio del sistema delle 'scienze'), risulterà allora chiaro che accanto ad essa e sul suo stesso piano come secondo elemento costitutivo delle scienze dello Stato verrà a porsi la disciplina dello *Staatsrecht*, che comprenderà però sia una dimensione privatistica che una pubblicistica intese in senso moderno.

Ma, prescindendo per ora da quest'ultima considerazione, apparirà altresì con evidenza che il collegamento del concetto di politico con quello di *Jus* in funzione dei nuovi rapporti istituiti tra le discipline, si mostrerà praticabile in modo tendenzialmente esclusivo soltanto per l'aspetto pubblicistico del diritto, una volta dato per scontato che proprio il diritto pubblico si rivela parte integrante dello stesso concetto di politica thomasiano; e che anzi la « Politik » in quanto dottrina dell'interazione umana (la *prudencia*

politica) viene a integrare lo *jus publicum* laddove cessa la sfera di ciò che è regolato statualmente⁽²⁹⁵⁾.

Certe inusuali partizioni dello stesso diritto privato che ci sono venute incontro nelle analisi nettelbladtiane⁽²⁹⁶⁾ cominciano allora ad acquistare, se riportate sullo sfondo di questo contesto problematico, un significato meno lontano dalle possibilità di comprensione dell'odierno giusprivatista.

Si tratta infatti ancora una volta di esplicitare quello che in sede di rendiconto e di disamina delle prese di posizione metodologiche e sistematiche poteva sembrare un dato meno evidente: è la stessa configurazione finale della sfera del diritto privato che risulterà connessa al procedimento metodico proposto, appunto perché esso rinvia a una precomprensione globale del rapporto tra le discipline; un rapporto che esprime di per sé una visuale precisa delle finalità politiche da perseguire. Come vedremo tra breve, e persino a livello di teoria delle definizioni applicata alla razionalizzazione del corpo delle leggi romane come diritto vigente, un punto di partenza largamente simile potrà condurre a risultanze assai divergenti soltanto mediante mutamenti strategici appena percettibili.

La posizione di Nettelblatt all'interno di quella che abbiamo voluto definire la crisi del modello wolfiano si segnalerà allora ben presto per una naturale dose di lucidità — ormai però costretta su posizioni difensive, per non dire difensivistiche — nell'identificazione delle manchevolezze in via di principio constatabili proprio a livello metodologico e soprattutto per la consapevolezza a lui particolarmente peculiare, della necessità di 'spostare' in qualche modo il ' tiro ' del wolfismo giuridico dalla semplice utilizzazione del metodo sistematico per ricostruzioni settoriali del diritto vigente⁽²⁹⁷⁾, al problema della riforma dello stesso quadro isti-

⁽²⁹⁵⁾ J. BRÜCKNER, *op. cit.*, pg. 193.

⁽²⁹⁶⁾ Cfr. *supra* il paragrafo quarto di questo capitolo.

⁽²⁹⁷⁾ Il suo maestro Cramer aveva infatti composto a partire dal 1740 la significativa opera del titolo *Usus Philosophiae Wolfianae In Jure* (Marburgi Cattorum, 1740-1742). Un tale lavoro consisteva di tredici diversi *Specimina*; può assumere allora un qualche interesse in attesa di un'analisi storiografica che, come si è accennato, è ancora tutta da fare, rendere conto

tuzionale che poteva dar luogo successivamente alla consolidazione della struttura sistematico-dottrinale: e vogliamo alludere alla configurazione del medesimo corso delle lezioni giuridiche universitarie. Un aspetto, quest'ultimo che, sulla testimonianza stessa di Gustav Hugo, ci sentiamo fin da ora di poter affermare a torto trascurato nella ricostruzione storiografica.

È innegabile tuttavia che anche questi spostamenti di accento seguitino a presupporre uno schema interpretativo della nozione di legge e della teoria della legislazione che si sottrae per molti versi — e non soltanto quindi in vista dell'applicazione del metodo dimostrativo — alle prospettive di differenziazione che abbiamo appena illustrato.

anche 'visualmente' della sua attitudine ad una utilizzazione settoriale del metodo wolfiano, sottoponendo all'attenzione la successione delle diverse 'dissertazioni' contenute nel testo in questione.. Essa costituisce di per sé già una sintomatica testimonianza: « 1) De Poena filiae minorennis a matre ad infanticidium seductae; 2) De consilio Malo Consultori Pessimo, ad l. 2. ff. Quod quisque; 3) De Pari Jure Civitatum Imperialium ac Gentium Liberrarum in recipiendis legatis; 4) De Verbis Pacti Successorii in Transactione initi interdum impropiandis; 5) De Collisione Legum Naturalium in Jure Positivo Maxime Attendenda, in Materiis de Restricta Aedificandi in Suo Licentia et Immunitatibus a tributis concedendis; 6) De Jure Prae-et Convenandi superioritatis territorialis non annexo; 7) De restricta Licentia in suo Flumen avertendi, cum damno vicini ad evitandum proprium; 8) De Herede non nominatim, sed ex voluntate testatoris praesumta institutio; 9) De Consensu Tacito ultra factum non extendendo; 10) De Rite Facienda exceptione in collisione privilegiorum impressoriorum; 11) De eo quod pium est in piis causis ex impia earundem origine minime impugnando; 12) De tacente dissentiente; 13) De Juramenti delatione in causis executivis extra Saxoniam permissa ».

Come risulta evidente il metodo wolfiano era perfettamente idoneo a fornire una legittimazione 'geometrica' degli stessi rapporti statici ed anche feudali intercorrenti nell'ambito della complessa realtà dello stato territoriale, senza tuttavia procedere ad una loro semplificazione o, peggio, eliminazione. Le più significative testimonianze in questo senso sono forse rappresentate da altri due interventi che diedero luogo ad aspre polemiche: la *Dissertatio de pacto hereditario renuntiativo filiae nobilis* del 1731 (in *Opuscula*, cit., Tom I, pg. 22 ss.) e le *Vindiciae regalis iuris venandi oppositae vindiciis iuris venandi nobilitatis germanicae David Georgii Struben* (1738) (*ibid.*, Tom. III, 1755, pgg. 1-67); cfr. anche J. C. CLAPROTH, *Vertheidigung*, cit., pg. 261 ss.

Infatti, la dottrina wolfiana delle ‘bürgerliche Gesetze’, inserita com'è nell'ambito stesso della politica rappresenta al contempo il punto di partenza per l'incardinarsi della riflessione sulla prudenza legislatoria, ma anche per la stessa disamina di singole e determinate materie concernenti il diritto privato.

Questa collocazione in una condizione tendenzialmente isomorfa di due sfere già diverse se considerate sotto lo stesso punto di vista contenutistico, ci pone subito sull'avviso: gli esiti di una simile riflessione conducevano in ultima analisi ad una comprensione del ruolo del diritto naturale tale da implicare una completa predeterminazione da parte di quest'ultimo sia della *Staatsklugheit* in quanto depositaria delle valutazioni di conformità agli scopi, che del diritto positivo.

La conseguenza che Claproth voleva vedere evitata — neutralizzando così la stessa valenza politica di quel metodo dimostrativo per il quale avanzava una così ‘dubbia’ proposta difensiva — era pertanto quella della commistione, molto più ampia di quanto non potesse accadere nella dottrina di Thomasius, tra *Politiklehre* e dottrina giuridica.

Valenza politica si è detto; e si tratta allora di dotarla di segno poiché è pur ovvio che non è commistione a priori, limitata ad una collocazione intrasistemica all'interno di un piano di disposizione delle specifiche scienze, quella che qui viene ricercata.

In un primo momento potrebbe sembrare adeguata — e proprio in una prospettiva quale fin dal principio abbiamo ampiamente fatto nostra, una prospettiva cioè volta a proiettare gli sviluppi settecenteschi sullo sfondo della loro prosecuzione nel secolo XIX — un'interpretazione che venisse a scorgere nel ricostituito stretto collegamento tra legislazione dello Stato territoriale principesco e diritto (di natura), quale è annunciato fino nell'intitolazione della competente sezione dello *Jus Naturae* — che si propone infatti come un'analisi « de Theoria Naturali legum civilium »⁽²⁹⁸⁾ — un tentativo di limitazione giuridica della volontà del

⁽²⁹⁸⁾ Cfr. C. WOLFF, *Jus Naturae methodo scientifica pertractatum*, Pars VIII, *De Imperio publico seu Iure civitatis in qua omne ius publicum universale demonstratur et verioris politicae inconcussa fundamenta ponuntur*, Halae Magdeburgica, 1748, cap. V, pg. 742 ss.

legislatore, quasi ' lavoro preparatorio ' nei confronti della sopravveniente ideologia dello Stato di diritto ⁽²⁹⁹⁾.

Ma è d'altro canto però proprio attraverso quella commistione che si apre uno spettro ancora più ampio alle facoltà di intervento del potere politico-economico dell'assolutismo che poteva ora richiamarsi nella sua ' smania ' regolativa alle disposizioni di un diritto naturale sempre più particolareggiato e senza confini.

In realtà questo secondo aspetto assume particolare rilievo perché subentra per così dire in seconda istanza a chiudere il discorso, riducendo drasticamente le stesse potenzialità che il primo tipo di approccio sembrava offrire come un'alternativa concreta. È proprio la successione strategica e topica degli argomenti che determina una differenza in radice tra le dottrine di ascendenza thomassiana e quelle invece che si richiamano a Wolff, senza che il carattere di quegli argomenti isolatamente presi — specialmente per quanto concerne il tema della legge — possa apparire a prima vista sufficiente a render ragione di queste risultanze.

Appare istruttivo a questo proposito ancora una volta il richiamo alla trattazione wolfiana *De Jurisprudencia civili in formam demonstrativam redigenda* e più precisamente agli *Specimina* che l'accompagnano e che espressamente si propongono di mostrare al giurista positivo come si debba concretamente operare affrontando il problema rappresentato dalle definizioni contenute nella legislazione romana; una volta, certo, che si sia riconosciuto legittimo il tentativo di applicarvi i principi dimostrativi ⁽³⁰⁰⁾.

⁽²⁹⁹⁾ È questa in buona sostanza la linea interpretativa avanzata già dal Gierke e ripresa da ultimo nel lavoro di H.-M. BACHMANN, *Die Naturrechtliche Staatslehre Christian Wolffs*, cit., pg. 208 ss. Sulla teoria wolfiana della legislazione è comunque sempre necessario il rinvio a S. GAGNÉ, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Uppsala, 1960, pg. 60 ss. L'intero processo di sviluppo con specifico riferimento ai riflessi sulla storia delle legislazioni è oggetto dello stimolante saggio di G. DILCHER, *Gesetzgebungswissenschaft und Naturrecht*, in *Juristen Zeitung*, 1969, pg. 1 ss.

⁽³⁰⁰⁾ « At quoniam Viri Cereberrimi Specimina. quaedam ediderunt, quibus sibi ad iam actu praestitisse imaginantur, quod fieri posse docuerunt: videamus paucioribus, an haec res ex voto successerit, et an haec eorum methodus digna sit augusto demonstrativae nominae. Dedit, nimirum Wolffius in horis subsecivis specimen aliquod, quo it. I. de Iure personarum hac methodo ita pertractasse sibi videtur, et quidem eo simul ordine, qui

Che queste dissertazioni wolfiane si collocino in diretto contrasto rispetto alla già ricordata elaborazione thomasiana volta ad interrogarsi sulla 'frequenza' dell'uso del diritto romano in Germania, era un elemento che persino la critica contemporanea aveva in parte avuto modo di rilevare, e non su di un riflesso dei più scarsamente significativi per i futuri sviluppi. Il procedimento wolfiano poteva infatti suscitare l'impressione che si volesse far luogo ad un sistema basato esclusivamente su definizioni ricavate dal *puro* diritto romano giustiniano, mettendo così in crisi la stessa contemporanea comprensione della *Jurisprudentia civilis* che si interpretava come scienza non del diritto romano, ma del diritto recepito: « At vero, si et his vitiis, quibus Ius Romanum laborat, medela esset allata, si Ius Iustinianum in Systema methodo mathematica conscriptum, esset compactum. quid inde? *quid tale Systema?* Quid definitiones ex mente Iustiniani confectae, prodessent Themidi operam navanti? Cum nostra Iurisprudentia Civilis, quam discentes a docentibus sibi explicari postulant, inglomerabilis sit cinnus ex Romano-Iustinianis, Pontificum, Longobardum, ipsorum denique statum imperii nostri Legibus congestus, cuius compendium et Systema esset conscribendum. Sed instas forsitan, ex hoc nihil aliud inferri, quam ut definitiones *non ex solo iure Romano, sed ex Iure recepto essent efformandae* »⁽³⁰¹⁾.

Se indubbiamente per questo aspetto l'atteggiamento del Nostro poteva rivelarsi più 'avanzato' a paragone di quello risultante dall'analisi thomasiana, ecco che però la 'seconda istanza' viene a scattare sintomaticamente all'interno stesso del procedimento di realizzazione del progetto, inficiandone le prospettive innovatrici.

Qual'è infatti la dimensione operativa da Wolff proposta in relazione alle definizioni romane che si riveleranno non più adeguate?

Come si ricorderà Thomasius nello scritto del 1715 giungeva ad utilizzare la sua più matura riflessione sulla natura e le suddivisioni dello stesso concetto di legge — che fin dal 1702 lo

isti Methodo est arbitrarius, et quo Mathematici uti solent, nempe nominibus axiomatum, Scholiorum, Coroll. adscriptis, quod quidem *in Systemate iuris* sine affectatione nec applicari, nec a legentibus sine nausea perlegi posset » (G. H. ELENDE, *Meditationes*, cit., pg. 19).

⁽³⁰¹⁾ *Ibid.* pgg. 14-15 e nota (z) per lo specifico riferimento al testo di Thomasius.

aveva motivato a sottolinearne la relatività, ed al contempo a stabilire che i dogmata in essi contenuti non fossero idonei a suscitare obbligazioni — nel senso di trasformare quello stesso più limitato problema che si presenta ora anche a Wolff, in un problema globale di validità del medesimo Corpus Iuris in quanto codice. In forma icasticamente accentuata potremmo affermare che in tal modo la legislazione giustiniana veniva ridotta a rango di *libro scientifico*, di fronte al quale l'interprete recuperava tutta la sua libertà, legata ormai soltanto all'accertamento storico dei contesti che di volta in volta si presentassero all'attenzione.

È evidente che in questa ottica la proposta che veniva avanzata non era immediatamente quella di un'aggressione sistematica della questione del diritto romano attuale, ma è altrettanto chiaro che sotto un altro profilo ne veniva creato così un presupposto significativo: se ci si fosse infatti decisi per un tale metodo di trattazione il giurista non sarebbe più stato legato alle forme concettuali romanistiche e avrebbe potuto avocare a sé un ruolo progettuale, fors'anche 'creativo'.

Fin dalle prime battute, invece, Wolff, su questo punto non smentito dal Nettelbladt, pur partendo da un'ammissione di principio analoga a quella thomasiana, rifugge da una soluzione che suoni traduzione, o se vogliamo, riduzione del problema al piano della validità, enucleando invece una distinzione sintomatica: « *Definitiones, quas iurisconsultis veteribus romanis debemus... valent tamquam leges quatenus in corpore iuris continentur, non autem tamquam definitiones quatenus regulis logicis repugnant. Auctoritas legem facere potest, definitionem facere nequit, cuius veritas ab immutabilibus legibus logicis pendet quae ipsi rerum naturae insitae sunt, quemadmodum ex principiis nostris ontologicis, et logicis perspicue intelligitur, et circa quas nullus superior dispensare potest, quum rerum essentias in se immutabiles mutare nequeat* »⁽³⁰²⁾.

Non siamo dunque di fronte ad una soluzione unitaria; si riconosce cioè apparentemente un primato della natura della cosa, delle leggi ontologiche e logiche che neppure il legislatore nel suo stato di *superioritas* può permettersi di sospendere, e quindi un

(302) C. WOLFF, *De iurisprudencia civili*, cit., pgg. 175-6.

limite alla sua potestà decisionale: ma vi è un orizzonte che non può essere spezzato.

Non vi è in altre parole spazio per una conclusione che all'interno del *Corpus iuris* aggredisca direttamente il problema della positività, della validità di tutto il diritto romano come legge, facendo leva sulla distinzione tra leggi in senso vero e proprio e disposizioni invece di origine dogmatica e giurisprudenziale (come tali insuscettibili di trasformazione in *leges verae*).

Il giurista è chiamato allora ad un compito preciso che è quello della *emendatio*, della *Verbesserung*; in altri termini del semplice miglioramento dello statuto logico delle definizioni esistenti, dato che ad esse in definitiva non va contestata la 'partecipazione' alla natura della legge nella misura in cui siano contenute nell'ambito del corpo del diritto⁽³⁰³⁾. Le definizioni legislative difettose devono essere migliorate e se nelle leggi si incontrano termini tecnici che non siano a loro volta definiti è necessario procedere alla loro definizione⁽³⁰⁴⁾.

Le concrete proposte wolffiane di emendazione sono tutte pensate in funzione della finale riduzione dimostrativa, 'intrasistemica', del settore indagato⁽³⁰⁵⁾, confermando la diversità della pro-

⁽³⁰³⁾ Cfr. *ibid.*, pgg. 179-180: « De casu altero definitionum, quarum determinationes ex legibus eruendae sunt, notandum in primis est, quod ante tentandae sint propositionum, in quas leges resolvimus, demonstrationes, quam de definitionibus statui certi quid possit... Utrumque autem exploratum esse debet, ubi in definitione concinnanda nihil ponendum, quod ex ea proscribitur, nec ex ea omittendum, quod locum sibi in eadem vindicat. Quoniam definitiones, quae in corpore iuris exstant, spectantur tamquam leges, non tamquam definitiones, ideo perinde ac leges in propositiones resolvendae sunt, perinde ac si definitio omnis prorsus abesset, &, quae hinc prodeunt, propositiones ceteris adiciendae ».

⁽³⁰⁴⁾ C. WOLFF, *loc. cit.*, pg. 230; cfr. D. NETTELBLADT, *Unvor-greifliche Gedanken*, cit., pg. 40.

⁽³⁰⁵⁾ C. WOLFF, *loc. cit.*, pgg. 231-233: « Accurata enim censerī debet definitio, si nec plura, nec pauciora continet, quam quae ceteris, inde demonstrandis serviunt... definitiones, quae extra systema omnium optime videntur, in eodem immutandae veniunt, ut facilius fluant definitiones quam ob rem si quis *systema demonstrativum iuris romani* condere voluerit, ei minime suademus, ut eas praecise retineat definitiones, quas in anterioribus dedimus... *Accedit, quod in Systemate termini quidam fiant perspicui atque utiliter in definitionibus adhibeantur, quae extra systema, si non prorsus*

spettiva: così non casualmente nella ricostruzione del titolo *de iure personarum* contenuto nelle istituzioni giustiniane si potrà senza eccessive titubanze procedere alla dimostrazione della proposizione legale *bello captos fieri servus* ⁽³⁰⁶⁾ sulla base della considerazione che non si riveli contrario ai precetti della ragione il fatto che colui il quale che si sarebbe potuto uccidere venga in via subordinata ridotto in schiavitù. In realtà questa stessa 'innocente' argomentazione non fa altro che utilizzare proprio quei presupposti appena segnalati, che individuano la differenza rispetto al modello thomasiiano; infatti, e financo nella comprensione del suo tempo, egli veniva qui a proporre una tesi dimostrabile o per lo meno *demonstranda* soltanto nel campo del diritto naturale, ma non appunto in quello del diritto civile sul quale si stava argomentando: in ogni caso anche in diritto naturale, come la stessa formula adoperata lasciava senza difficoltà trasparire, essa non poteva valere altrimenti che come una proposizione di diritto permissivo ⁽³⁰⁷⁾. Una tale tesi era perciò già per il suo statuto debole inidonea a fornire una base solida alla dimostrazione che doveva invece, per divenire probante, mostrare una recezione in atto di quella proposizione giusnaturalistica nell'ambito dello *status civilis* di questo o quello Stato. Evidentemente la presenza di quella disposizione nel diritto romano positivo si palesava suscettibile di una *probatio*, ma di se-

obscuri sunt, aliquid tamen obscuritatis alere videntur, ad eoque definitionem obscuram reddunt, ut non satis intelligatur. Ita extra systema non plena luce radiat definitio, quod servus sit homo, qui est in dominio alterius; pleniori fulgere censebitur, quae servum dicit hominem, de quo alius pro arbitrio suo disponere potest, seu disponendi jus habet: ut ut in systemate utraque eadem luce radiet, ubi terminus dominii ante explicandus, quam de servitute, agere possis. Eodem modo sese res habet in mathesi, etiam in iis, quae maximae obvia sunt. Si in systemate figuram regularem definias per figuram aequilateram, et aequiangulam: omnes perspicuitatem habet definitio, quam habere potest; quoniam in anterioribus definitur, quoniam figura sit aequilatera, quoniam aequiangula... Ceterum apparet necessitas condendis Systemata in omni disciplinarum genere, ut cognitio humana fiat exacta, et a confusione liberetur ».

⁽³⁰⁶⁾ C. WOLFF, *loc. ult. cit.*, *Dissertatio IV, Specimen Legum ad formam demonstrativam reductarum. Secundum tit. III. Institut. De iure personarum*, pg. 251 ss.; § 8, n. 21, pg. 264.

⁽³⁰⁷⁾ Cfr. G. H. ELENDE, *Meditationes*, cit., pg. 19.

gno assai diverso; e precisamente di una *probatio per leges*, come non era difficile accertare analizzando direttamente il primo paragrafo del titolo in esame. Se però quella tesi risultava confermata, era allora direttamente mediante la allegazione delle *leges* e non più attraverso la predisposizione di quel procedimento dimostrativo, il quale concludeva soltanto ad un risultato di molto inferiore alle sue finalità logiche, non potendosene mostrare altro che il dato negativo di una non contraddizione fra la legge allegata del diritto romano e la giustizia naturale.

La debolezza metodologica del limite che al legislatore questo diritto naturale era in grado di opporre è però conferma del carattere specifico della 'commistione' tra politica, diritto naturale e diritto positivo, che emerge ancor più chiaramente nel successivo paragrafo trentasettesimo, allorché neppure la disposizione secondo la quale *infantem ex serva natum, esse servum* appare in troppo netto contrasto con i correnti canoni della razionalità e della 'attuale' comprensione della natura della cosa, e non si riesce pertanto ad enucleare alcun argomento che la renda insuscettibile di una rigorosa dimostrazione.

La funzione legittimante delle emendazioni della stessa ben nota definizione del concetto di libertà offerta dal giurista romano Florentino⁽³⁰⁸⁾, e del rifiuto di seguire nella enucleazione della

(308) Cfr. C. WOLFF, *loc. cit.*, *Dissertatio II, Specimina definitionum in iure emendatorum*, cit., pgg. 217-221; il riferimento è come è chiaro a D. 1, 5, 4.

Ben più drastica era la posizione assunta a questo proposito da uno dei 'sistematici' prehugiani di Gottinga, sui quali ci sarà in seguito dato di tornare; egli affermava senza mezzi termini che la definizione di Florentino (*libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi quid vi aut jure prohibetur*) non poteva neppure ritenersi ascrivibile a quel tipo di definizione « vera ergo in systemate iuris romani antiqui, falsa in iure recentiori », ma dovesse invece essere ritenuta tra le definizioni legali « quae nullo unquam tempore fuere iustae », dal momento che « et ipsam libertati oppositam servitutem comprehendit ». Il concetto adeguato in questo contesto non poteva certo rivelarsi quello di *emendatio*, o di una 'riduzione' dallo stato di nozione confusa a quello di una pretesa chiarezza e distinzione (cfr. C. WOLFF, *De jurisprudentia civili*, cit., pg. 179), ma più semplicemente quello della *eliminazione* perché definizione espressamente *falsa*; cfr.

ratio politico-morale della norma — ritorna ancora quell'indistinzione di funzioni tra prudentia legislatoria e diritto privato positivo che ben conosciamo — il procedimento che appariva naturale a chi partisse da un'illustrazione storico-esegetica, ovvero sia l'allegazione delle altre *leges* dalle quali risultava chiaro il concetto romano di equiparazione positiva tra *servus* e *res* ⁽³⁰⁹⁾, emerge allora già dalla scelta della giustificazione ' giusnaturalistica ', accolta a postulato: la servitù si presenta lecita e non ripugnante al diritto naturale e quindi tra i postulati della dimostrazione è necessario introdurre il principio ' *servitus in Republica conservari debet* ' ⁽³¹⁰⁾, in ossequio anche ai canoni della filosofia che esigono la scelta di mezzi idonei, nel caso che si tenga alla conservazione di un istituto.

Ma proprio quel principio che richiama la finalità della perfezione e della felicità dello stato in astratto, appare di per sé non evidente logicamente, dal momento che nell'esperienza storica si sono dati stati che pur non reggendosi sulla schiavitù hanno raggiunto ugualmente lo scopo della loro perfezione; Wolff è quindi costretto ad integrarlo nuovamente con una sorprendente precisazione: « *est hoc principium iuris Romani, quod postulato mathematicorum respondet* » ⁽³¹¹⁾.

E. HABERNIKEL, *Dissertatio inauguralis de Methodo juris privati quo per Germaniam utimur*, Gottingae, 1758, pg. 32.

Neppure Wolff era inconsapevole del difetto della ricordata definizione (cfr. *Specimina definitionum*, cit., pgg. 218-9). Tuttavia l'emendatio (che appare congruente con una definizione non falsa ma inesatta) — su tutto il problema torneremo comunque nel secondo volume in sede di analisi *materiale* delle *sistematiche* — era in ultima analisi utilizzabile nella prospettiva più ampiamente indicata nel testo (vedi anche Id., *Specimina legum*, cit., pg. 256).

⁽³⁰⁹⁾ Cfr. ad es. J. G. HEINECCIUS, *Elementa juris civilis*, cit., pg. 27 ss. e vedi anche G. H. ELEND, *Meditationes*, cit., pg. 20 nota g.

⁽³¹⁰⁾ C. WOLFF, *Specimen legum*, cit., § 8, N. 35, pg. 267.

⁽³¹¹⁾ *Ibid.*, § 8, n. 36. L'andamento della dimostrazione si rivela perfettamente conscio delle molte possibili obiezioni e può essere per questo istruttivo riportarlo nella sua forma originale, interessante anche per la stessa organizzazione esteriore:

SCHOLION 2.

32. Demonstrationem pariter ac hypothesim propositionis ingreditur determinatio mere civilis (§. 29.), atque ideo praesens propositio lex mere

Questa improvvisa modificazione della prospettiva rivela l'artificialità dell'inserimento del precedente postulato; dalla loro reci-

civilis est. Accedit quod quis ex pacto servus fieri non potest, nisi servitus, quae iure gentium licita, iure civili introducatur, atque praetera iuris tantummodo permissivi sit, quod quis se vendere possit. Unde patet, plures adhuc esse rationes, cur propositio praesens sit lex mere civilis. Atque ideo servitus, quae ex venditione est, iure civili introducta dicitur.

PRINCIPIUM 5.

33. *Si servitus introducta conservanda, utendum mediis est, sine quibus conservari nequit.*

SCHOLION.

34. Principium hoc sumitur ex philosophia prima, quae docet, sine mediis non posse obtineri finem. Non autem iam disquisimus, utrum servitutis conservatio iuste fuerit introducta, & num pro fine licito haberi possit. Haec enim disquisitio ad ius gentium pertinet, quod in iure civili supponitur.

PRINCIPIUM 6.

35. *Servitus conservari debet.*

SCHOLION.

36. Est hoc principium iuris romani, quod postulato mathematicorum respondet.

PROPOSITIO 3.

37. *Si quis habet ancillam, et ex ea nascitur proles, haec servus vel ancilla est, et quidem eius, cuius ancilla mater est.*

DEMONSTRATIO.

Pone enim ex ancilla natum filium non esse servum, nec natam ex ancilla filiam esse ancillam: servis, & ancillis mortuis, exspirabit servitus, nec conservari poterit, quum casus rarior sit., quo quis se venundari patitur (§. 30.). Quare quum id principio iuris romani repugnet (§. 35. 36.); ex ancilla natus servus esse debet.

Idem etiam sic directe ostenditur. Servitus conservari debet (§. 35.), consequenter utendum est mediis, sine quibus conservari nequit (§. 33.). Enim vero si ex ancilla nata proles in servitute non est, servitus conservari nequit, *per demonstrata*. Ergo in eadem esse debet.

Deve qui comunque essere sgombrato il campo da un possibile equivoco che facilmente ricorre quando un non giurista di professione propone a modello per il ceto degli operatori giuridici interventi di questo tipo; ci vogliamo riferire all'agevole rimprovero di mancanza di conoscenza del settore 'privatistico' di indagine, e dei « metodi » e procedure ad esso peculiari.

È tuttavia lo stesso Nettelbladt, in un testo su cui ci soffermeremo tra breve proprio in ragione di alcune osservazioni critiche colà contenute

proca connessione consegue infatti ancora una volta che quella prima tesi deve essere ammessa come vera perché i giuristi romani —

nei confronti del 'maestro', che ci disegna il quadro dei rapporti del filosofo di Marburg con la giurisprudenza positiva. Nettelblatt analizza infatti tra i meriti *diretti* del Nostro — ad esclusione cioè di quanto concerne l'applicazione al diritto dei risultati già conseguiti nelle altre branche del sapere — per la giurisprudenza positiva, in primo luogo il contributo da questi offerto mediante le sue lezioni: è dato infatti assai poco noto che Wolff, benché il suo ruolo e la sua qualifica accademica non richiedessero ovviamente sotto nessun profilo da parte sua un impegno in tal senso, si prese cura sia nel periodo marburgese che al suo ritorno ad Halle di proporre *privatissime* una serie di lezioni sulla giurisprudenza positiva, utilizzando come testo il notissimo manuale dello Struve, avente ad oggetto la *Jurisprudentia Romano-Germania forensis*, di fatto lo *Standardwerk* dell'Usus Modernus pratico.

Inoltre sempre al suo ritorno ad Halle ebbe occasione di impartire lezioni pubbliche sulle Istituzioni giustiniane, analizzate in particolar modo nella prospettiva volta a distinguere al loro interno « cosa fosse diritto naturale e che cosa al contrario diritto meramente positivo ».

Di questa serie di lezioni, e non solo quindi di quelle teorico-filosofiche, ebbero a profittare personalmente, per testimonianza di Nettelblatt, oltre a lui stesso numerosi altri giuristi tra i quali Cramer e Ickstatt. Tra gli scritti specificamente giuridici di Wolff, contenuti come detto nelle *Marburgische Nebenstunden (Horae subsecivae)* e che attendono tutti ancora praticamente una prima valutazione storiografica, possono qui citarsi — oltre a quelli da noi finora utilizzati — i seguenti sintomatici titoli: *De notione juris naturae, gentium et civilis iuxta l. I. 3 et l. 9 ff. de I. et I.* (1729); *De definitione iustitiae Ulpiani... atque eius cum notionibus Aristotelici consensu* (1729); *De notione substantialium, naturalium et accidentalium feudi* (1729); *De computatione graduum canonica* (1729); *De rationibus legalibus legum* (1730); *De iudice incompetente iurisprudentiae demonstrativae* (1730); *De bona fide, toto praescriptionis tempore requisita iure canonico* (1731); *De abusu rationum legalium legum* (1731). Cfr. per questi dati D. NETTELBLADT, *Von den Verdiensten des Freyherrn von Wolff um die positive Rechtsgelahrtheit*, in *Hallsche Beiträge zu der Juristischen Gelehrten-Historie*, 2. Stück, Halle, 1754, pgg. 238-241.

Degna di rilievo appare inoltre la notizia che l'interesse per il manuale di Struve non si fosse limitato alla sua utilizzazione come traccia per le lezioni, ma avesse dato luogo ad un autonomo lavoro portato a termine nel 1729 sotto forma di annotazioni ed intitolato *Dilucidationes Jurisprudentiae G. A. Struvii*: come Nettelblatt ci informa si tratta di un testo rimasto manoscritto: « Ich habe bereits oben erwehnet das er bisweilen über des Struvens Jurisprudentia gelesen, zu welchen Ende es

o meglio la norma legale che risulta ricavata dalla loro riflessione — l'ebbero a statuire per vera: « Sed hinc clare elucet meram hypo-

Anmerkungen über dieses Buch zu Papier gebracht, die nach seiner Hand, ziemlich klein geschrieben, 3 Alphabet 4 Bogen betragen » (*Ibidem*, pg. 242). Nettelblatt a motivo dell'importanza che a suo avviso il manoscritto rivestiva ne offrì alcuni *excerpta* che riteniamo di riproporre, e a causa dell'interesse di alcune osservazioni, specie in tema di *jus rerum* e patrimonio, sia perché possano costituire utile traccia per un eventuale riscoperta del manoscritto che non è altrimenti ricordato: manoscritto che potrebbe degnamente figurare nell'attuale impresa di ristampa delle *Gesammelte Werke*, hrsg. und bearbeitet von J. ECOLE, J. E. HOFFMANN, M. THOMANN, H. W. ARNDT, per i tipi dell'editore Olms.

L. 1. T. 1.

De iurisprudentia eiusque fine iustitia.

ad §. 1.

Sec. Vlpianus. Domitius Vlpianus Ictus insignis vixit sub ALEXANDRO SEVERO et ANTONINO BASSIANO. De eius vita et scriptis vid. Ioannes BERTRANDVS *de Iurisperitis* L. 1. C. 22. cuius libri duo vna cum *Bernardini RYTLII* et *Guil. GROTTII* vitis Ictorum recusati sunt Halae Magdeburg. 1718. in 4to.

Diuiinarum etc. notitia. Est definitio philosophiae olim recepta, id quod in vulgus notum. vid. *Iob. Bapt. du HAMMEL in Philosophia vetere et noua* Tom. 1. p. 51. edit. Amstel. a. 1700. Quoniam philosophiae obiectum sunt Deus et res creatae, hominum actiones et opera, ideo patet, veteres per res diuinas intellexisse eas, quae Deum habent autorem: per humanas vero istas, quae hominem habent auctorem. Cum VLPIANVS iurisprudentiam ad philosophiam referat l. 1. §. 1. ff. de I. et I. neque Icti res in diuinas et humanas, sed aliter diuidant (vid. T. 1. L. 2. infra); ideo patet definitionem philosophiae loco generis poni, cum nihil frequentius sit, quam loco generis poni ipsam eius definitionem, vbi ea non potest supponi.

Iusti etc. scientia. His verbis exprimitur differentia specifica iurisprudentiae a ceteris philosophiae partibus.

Iusti. Appellatur hic iustum, quod legi conforme in relatione ad alios seu ad quod alteri salua lege vel vi legis obligamur. Iniustum, quod legi difforme. Supponitur aut lex non modo ciuilis, fed et naturalis atque gentium l. cit. §. 3. et seqq. Est adeo definitio iurisprudentiae Vlpiani generalis, vt naturalem et ciuilem sub se complectatur, etc. etc.

L. 2. T. 1.

De rerum diuisione et acquisitione.

ad §. 1.

Personis opponi possunt. Res dicitur quicquid nec persona nec actio

thesin, nullo vero modo principio esse demonstrationis. Et praeterea, unde hoc scit, quaeso, Wolffius: Romanos hanc hypothesin, vel, ut loqui mavult, principium recepisse? Scilicet ex eo quod Romani statuerint lege infantem, ex serva natum, esse servum.

est. Quoniam definitiones personae et actionis independenter a re dantur, definitio haec sufficit, non inuito Logicae rigore. Si positivam desideres definitionem, res definiri potest per id, quod vtilitati hominum quomodocunque inseruire potest.

Patrimonio. Vox patrimonii latius patet, quam nomen bonorum. Bona enim dicuntur res quas possidemus. Patrimonium vero praeter bona complectitur res quoque ceteras, quae possideri a nobis non possunt. Vnde seruitutes, quae sunt iura nobis in re aliena competentia, dicuntur esse in patrimonio; etiamsi non sint in bonis. Intelligitur autem hic patrimonium priuatum, quod est singulorum. etc etc.

L. 3. T. 1.

De iure ad rem et obligatione in genere.
ad §. 1.

Facto suo. Factum nimirum est causa, a qua manat obligatio et ius ad rem. Vnde is non obligatur neque contra eum datur actio, cuius nullum est factum siue proprium siue imputatum.

ad §. 2.

Iuris vinculum. Definitur potius per necessitatem lege ciuili impositam dandi aliquid vel faciendi alteri.

Rei soluendae. i. e. dandi vel faciendi.

Ciuilitatis iura. Intelliguntur hic iura civilia eo in loco, vbi viuimus, recepta. Civilis enim obligatio pendet a lege ciuili. etc. etc.

L. 4. T. 1.

De Transactionibus.
ad §. 1.

Amicabiliter transigitur. In Saxoniam terminus primus amicabili transactioni destinatur. Iudex tamen neminem ad transigendum cogere potest propter leges expressas. Nov. 124. c. 4. et R. I. nov. de 1654. §. 110. nisi publicum interesse in processu priuatorum periclitetur, cum in iis, quae publicum tangunt, iudex ex officio agat.

ad §. 2.

Aliquo dato etc. Alii id innuunt voce non gratuita conuentionis.

Dubiae. In re certa enim transigere, est alterum manifeste laedere: id quod iura probare nequeunt. etc etc.

Ergo hanc legem usurpare deberemus ad Hypothesin romanam eruendam; et tamen vir Celeberrimus hypothesi usus est ad legem istam demonstrandam » ⁽³¹²⁾.

Se ne rivela però l'artificiosità, ma anche la funzione coperta; se infatti l'allegazione di quella *lex* potrebbe addirittura servire a distruggere la stessa 'hypothesi' astratta proposta dai giuristi romani, col mostrarne l'inversione rispetto alla realtà normativa, Wolff segue invece il cammino inverso e rafforza con un circolo vizioso la norma di dubbia legittimità mediante una pura ipotesi, per di più in ultima analisi da essa ricavata.

Tuttavia il 'circolo vizioso' e quella commistione tra diritto e 'Sittlichkeit' tra *jus* e *decorum* non sono esplicabili senza il riferimento a due assai tormentati capisaldi della dottrina wolffiana, la dottrina della legge e l'analisi del ruolo di competenza del giurista, dottrine entrambe che trovano il loro termine di relazione nella particolare concezione degli *iura* ed *obligationes* avanzata a coronamento di tutta la costruzione.

Sotto tutti e due questi punti di vista ci si accosta così a momenti che nella riflessione nettelbladtiana costituiranno variamente l'occasione di significativi ripensamenti, e di altrettanto sintomatiche inpassse e sordità.

Abbiamo già accennato al fatto che la scelta thomasiana di attribuire una qualifica di scientificità alla *prudentia legislatoria* almeno pari a quella che poteva competere ad una disciplina dimostrativa, incrinava in prospettiva proprio la edificazione sistematica portata avanti dai wolffiani, fintantoché ad essa si volessero annettere delle caratteristiche di alternativa metodologica rispetto alla dottrina tradizionale.

Di contro infatti al criterio di differenziazione contenutistico-metodologico che ormai conosciamo, la loro prospettiva si muoveva all'ombra di una 'politica' wolffiana che si legittimava proprio in quanto era in condizione di unificare nel suo seno le posizioni non più distinguibili di un diritto naturale e di una dottrina della *prudentia*.

⁽³¹²⁾ G. H. ELEND, *Meditationes*, cit., pg. 20.

Se la filosofia pratica (almeno nella sua 'serie' in lingua tedesca) ⁽³¹³⁾ ricomprende Etica, Economia e Politica, ormai accumulate anche dal fatto che come disciplina preparatoria e fondante viene loro premessa una filosofia pratica universale, questa stessa suddivisione aristotelizzante non deve però in alcun modo trarre in inganno o costituire schermo all'accertamento dell'elemento specifico che determina la differenza: la *philosophia practica universalis* è la sezione razionale della filosofia pratica proprio perché in essa le distinzioni inerenti alle azioni umane e i principi del diritto e dell'obbligazione vengono dimostrati *a priori* dalla ragione teoretica che fonda la disciplina medesima; viene così accentuato su di un altro versante il contrasto che questa sezione teorica viene a prestare nei confronti della stessa filosofia pratica empirica.

Un contrasto che è invece impensabile nell'ottica aristotelica perché la consistenza della filosofia pratica deriva immediatamente dalla sua assoluta indipendenza dalle proposizioni poste all'interno di una qualsivoglia *philosophia prima* ⁽³¹⁴⁾: la deduzione puramente razionale degli *iura et obligationes* umani viene così, al di là delle apparenze, nella sua forma di un diritto naturale *more geometrico demonstratum* a colpire alle radici proprio la funzione ancora spettante alle categorie dell'*Ethos* come preesistente consenso sui valori etici quale lo intendeva Aristotele, o persino ancora al *decorum* in Thomasius; una funzione cioè che non ne riduceva l'esercizio ad una pura e semplice integrazione empirica della teoria, ma assurgeva a dignità di 'esperienza' intesa come canone ermeneutico ⁽³¹⁵⁾.

Dopo tutte le analisi che siamo sin qui, non a caso, venuti svolgendo sul ruolo del dato empirico e dell'elemento storico nell'ambito della struttura concettuale della dottrina giuridica wolfiana, sarebbe però assunzione dotata di un forte tasso di improbabilità la supposi-

⁽³¹³⁾ Per le differenze fra gli scritti latini e tedeschi, che nel caso specifico passano per noi in sottordine, poiché si tratta di individuare le linee direttrici di questo modello per quanto abbiano attinenza agli specifici problemi che abbiamo appena sopra segnalato, cfr. soprattutto D. M. MEYERING, *Politische Weltweisheit*, Münster, 1965, pg. 44 ss.

⁽³¹⁴⁾ M. RIEDEL, *Zur 'Topologie'*, cit., pg. 14.

⁽³¹⁵⁾ J. BRÜCKNER, *Staatswissenschaften, Kameralismus und Naturrecht*, cit., pg. 212.

zione che quell'alto grado di rigore metodologico implicato nella scelta dei principi di non contraddizione e delle regole del sillogismo ⁽³¹⁶⁾ si sia stavolta eccezionalmente potuto mantenere sotto lo specifico profilo contenutistico.

Già nel caso di Nettelbladt abbiamo potuto accertare che non tutte le sue partizioni si mostravano immediatamente derivabili da quel significativo concetto di giurisprudenza intesa ormai non più come scienza del diritto considerato nella configurazione che esso può assumere in tutti i *cas*i fattualmente esistenti e prospettabili, ma invece come conoscenza della totalità dei diritti e degli obblighi 'fondati' dagli uomini. Se dunque, in conseguenza di un tale mutamento d'accento, il sistema della giurisprudenza non poteva per ciò stesso — considerato più in profondità, in una prospettiva radicale — neanche essere definito, superficialmente, come sistema di questi diritti ed obblighi *in quanto tali*, ma soltanto come sistema della loro conoscenza, dei loro 'concetti' ⁽³¹⁷⁾, accadeva allora che la conoscenza di quella 'fondazione' da parte degli uomini era legata ancora ad una rilevante circostanza esterna, l'esistenza di una comunità all'interno della quale questi diritti e obblighi assumevano validità.

Una sezione della giurisprudenza specifica ed ulteriore rispetto a quelle ricavabili per pura deduzione apriorica dalla ragione veniva così a prospettarsi, e l'abbiamo già veduto, come quella avente ad oggetto il diritto delle *societates*, delle varie comunità — dalla 'casa come complesso' alla società feudale od ecclesiastica — che di volta in volta si presentavano all'attenzione del giurista.

Ma siccome le peculiarità che questo diritto è suscettibile di fare emergere non sono anch'esse deducibili da fondamenti puramente razionale, appare inevitabile che il giurista si imbatta in una aporia che blocca la serie delle determinazioni sin lì procedenti senza soverchi intoppi sul piano logico.

Simili aporie, simili limitazioni al programma di rigorosità metodica non erano però nella dottrina wolfiana unicamente da far

⁽³¹⁶⁾ Cfr. ancora C. WOLFF, *De iurisprudencia civili*, cit., pg. 181.

⁽³¹⁷⁾ Sul problema della funzione 'differenziata' di concetti e definizioni nella dottrina giuridica di ispirazione wolfiana torneremo tra breve più oltre; cfr. comunque per ora già le osservazioni dei fratelli Beckmann in *Gedanken von Reformieren*, cit., pg. 14 ss.

risalire al necessitato irrompere in qualche punto del reticolo sistematico delle rappresentazioni storiche dell'epoca — e quindi ad un rapporto sistema-‘ ambiente esterno ’ — ma poggiavano altresì su di una nutrita serie di deviazioni percepibili anche sotto lo stesso punto di vista intrasistematico.

E se, non senza ragione, per un Wolff necessariamente la deduzione dei doveri dell'uomo verso sé stesso non poteva presentare particolari difficoltà, una volta accolto il presupposto che la *lex naturalis* eleva al rango di obbligo ogni azione che contribuisca al perfezionamento di noi stessi e del nostro stato, in modo tale che quei doveri siano immediatamente basati su di essa e soprattutto da essa determinati⁽³¹⁸⁾, il discorso si fa ben diverso nel caso degli *officia erga alios*, decisivi rispetto all'enucleazione della dimensione ‘ societaria ’.

Per potere infatti derivare dalla legge naturale — una legge naturale che in prima istanza esige soltanto la *perfectio* individuale — dei doveri, delle obbligazioni concernenti il vivere in comunità; e precisamente un obbligo naturale al perfezionamento degli altri consociati e, di conseguenza, del loro *status*, si deve far ricorso ad un principio che quella particolare versione della legge naturale non conteneva esplicitamente, ovverosia al principio della *totale reciprocità* di obblighi e diritti⁽³¹⁹⁾.

L'introduzione di questo principio di reciprocità attraverso la estensione della dottrina degli *officia* — che predicava la ricerca di ogni mezzo atto a favorire il perfezionamento di se stessi — allo stesso principio della interazione sociale, secondo il quale i due tipi

⁽³¹⁸⁾ Cfr. C. WOLFF, *Philosophia practica universalis, methodo scientifica pertractata, Pars prior, qua omnis actionum humanarum differentia, omnisque juris ac obligationum omnium principia a priori demonstrantur*, Halle, 1744, cap. II, § 152 e vedi anche Id., *Institutiones juris naturae et gentium*, Halle, 1750¹ (Neudruck Hildesheim, 1969, hrsg. von M. THOMANN), Lib. I, cap. III, § 103 ss.

⁽³¹⁹⁾ « Nulla sane ratio est, cur alter in gratiam tui iure suo cedere, et tibi liberum esse debet, utrum obligationi tuae satisfacere velis, nec ne, alius vero suae in te obligationi satisfacere teneatur, et tu jure hoc ab eo poscendi in eius gratiam cedere non tenearis. Obstat utique aequalitas, quae in identitate juris ac obligationis consistit » (C. WOLFF, *Jus Naturae*, cit., Pars I, 1740, § 98, pg. 61; vedi anche ibid. §78, pg. 51).

di *perfectio* sono posti in connessione immediatamente successiva, abbisogna allora tuttavia di una proposizione intermedia che radichi il primo dovere nel secondo: la perfezione richiesta al singolo non deve cioè poter essere raggiunta che all'interno di quella stessa comunità che appariva di primo acchito addirittura estranea al procedimento deduttivo.

Questa proposizione intermedia non è però introducibile altrimenti che facendo ricorso all'empiria⁽³²⁰⁾; ma proprio il fatto che essa venga in soccorso al metodo geometrico laddove questo comincia a mostrare per così dire la corda, e si riveli essenziale per la stessa formazione del sistema, fa sì che sia, paradossalmente, ancora consentito di credere alla stessa dimostrabilità aprioristica del diritto naturale, dacché il primo principio di tutte le ulteriori conclusioni metodiche, appunto in quanto empirico, non si palesa fin dall'inizio già come parte, già come contenuto di quelle stesse deduzioni⁽³²¹⁾.

Se questa prima aporia si dimostra in qualche modo strettamente funzionale e autosanantesi, fino al punto che anzi essa può servire a fondare quella radicale equiparabilità tra diritto ed obbligo tipica della dottrina giuridica dello stesso Nettelbladt — equiparabilità che se ormai in una direzione deve rompersi sarà piuttosto in favore del secondo e ' successivamente acquisito ' termine — non si potrà invece affermare la stessa cosa di una ulteriore complicazione della prospettiva. Essa si accompagna a questi inizi già di per sé non del tutto convincenti e ci conduce nei pressi della soluzione del problema di come sia possibile che il limite razionale imposto dalla teoria naturale della legislazione all'autorità concretamente legiferante venga a rovesciarsi, nei procedimenti deduttivi e nella costruzione fattuale del sistema, in una aggiuntiva garanzia di consolidazione di un comando legale fondato non altrimenti che sulla autorità del disponente: di come quindi l'unica fonte di diritto, la legge, non venga incrinata nel suo predominio neppure da quelle strutture ontologiche che apparivano invece, ad una prima considerazione, idonee ad un tale scopo.

⁽³²⁰⁾ Cfr. W. RÖD, *Geometrischer Geist und Naturrecht*, cit., pg. 135.

⁽³²¹⁾ J. BRÜCKNER, *Staatswissenschaften, Kameralismus und Naturrecht*, cit., pg. 213.

All'interno dello stato di natura, secondo l'autore marburghese, siamo infatti legittimati a procedere ad una distinzione tra *status naturalis originarius* e stato naturale *adventicius*. Una simile distinzione ha conseguenze ben precise sulla stessa configurazione della coppia *iura et obligationes*, dal momento che nella prima condizione ci si trova di fronte ad uno stato di natura puro nel quale i diritti e gli obblighi sono definiti esclusivamente in relazione alla loro qualificazione come *iura connata*; nella seconda, al contrario, è già possibile accertare l'esistenza di diritti acquisiti, benché si tratti ancora di uno stadio come tale non « socializzato »⁽³²²⁾. Si evita così da un lato una delle difficoltà essenziali della teoria del contratto sociale, perché esso può adesso venire stipulato nel presupposto dell'esistenza di diritti ed obblighi già positivamente (in senso ampio) vigenti. Dall'altro però insorge una difficoltà ancora maggiore e più evidente date le premesse: la necessità di riconoscere diritti e obblighi che non siano né naturali, nel senso di innati, né realmente positivi, nel senso di posti da una normazione statutale, e perciò acquisiti in senso stretto.

Il problema è allora di che cosa questo concetto bifronte, frutto di un incrocio tra un diritto acquisito (statuale) ed un diritto non statutale (ma non naturale), di che cosa queste *Mitteldinge* stiano a rappresentare; in una parola, come si possa esplicitare in modo soddisfacente e non contrario al sistema la loro sussistenza.

L'unica risposta che si mostri in qualche modo in grado di soddisfare a queste esigenze sembra consistere nel riferimento ad un implicito riconoscimento da parte di Wolff della validità di principi etici che non si rivelino aprioristicamente deducibili: principi che possono rinviare quindi come ad unica fonte a norme del costume, che si consolidano poco a poco mediante il lento formarsi di un diritto consuetudinario⁽³²³⁾.

Ma una simile ammissione viene in buona sostanza a coincidere con il riconoscimento di quella sfera giuridica che per Thomasius dava corpo allo *ius decori*. Con una differenza essenziale, tuttavia: e infatti, se nel caso del filosofo-giurista di Halle l'enunciazione di quella sfera poteva dar luogo ad un effetto di consapevole

⁽³²²⁾ C. WOLFF, *Jus Naturae*, cit., Pars I, pg. 79 ss.

⁽³²³⁾ Vedi sul punto W. RÖD, *loc. cit.*, pg. 143.

storicizzazione del diritto naturale mediante l'intervento correttivo di costumi tramandati e degli usi, per il Nostro la contraddizione con le premesse rimane invece un fattore che non lo conduce a nessun essenziale aggiustamento né del metodo né della concezione stessa del diritto naturale.

La filosofia pratica nella sua veste di diritto di natura è allora in condizione di sviluppare un ulteriore ed importante conseguenza, anch'essa tutta prima divergente dalle conclusioni thomasiane, ma che costituirà pur tuttavia ancora uno dei principi guida degli sforzi logico-didattici nettelbladtiani, consegnandoli, anche ad onta dei forti tentativi di differenziazione e degli effettivi risultati raggiunti, ad una visione globalmente 'statica' del ruolo della giurisprudenza.

Vogliamo alludere alla risultanza che quella filosofia pratica, come abbiamo visto di natura 'geometrica', è in grado di indurre a livello del rapporto tra le sfere del giusto, e quindi dell'incondizionatamente necessario (anche sul piano giuridico-legislativo) e ciò che invece è puramente 'richiesto' dalle circostanze concrete e mutevoli; una risultanza che viene per altro verso a confermare la condizione privilegiata (nel senso letterale di *conditio sine qua non*) che necessariamente si attribuisce proprio a quell'elemento che in principio appariva derivato e persino insuscettibile di rigorosa dimostrazione data la sua empiricità. Assistiamo non a caso alla creazione di un'unitarietà tra i diritti e gli obblighi derivati dalla natura umana come massime direttive dell'azione, proprio nella misura in cui essa venga a negare la distinzione tra quelle due sfere.

Se così è, ne consegue, allora, che il diritto, o meglio i diritti dell'individuo sono 'diritti all'adempimento di un obbligo' ⁽³²⁴⁾. Infatti quel diritto sorge e riceve la sua stessa configurazione dal-

⁽³²⁴⁾ Per molti versi tuttora insostituibile nella sottolineatura di questi aspetti, pur se la prospettiva di fondo — su di essa ampiamente M. FROMMEL, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Joseph Esser*, Ebelsbach, 1981, pg. 178 ss.; lavoro che, sebbene resti celato dalla prospezione della tematica, contiene anche importanti indicazioni storiografiche sul problema del *Systemdenken* — risulti ovviamente non più condivisibile, K. LARENZ, *Sittlichkeit und Recht. Untersuchungen zur Geschichte der deutschen Rechtsdenken und zur Sittenlehre*, in *Reich und Recht in der deutschen Philosophie*, hrsg. von KARL LARENZ, Stuttgart, Berlin, 1943, spec. pg. 260 ss.

l'obbligo di adempiere alla finalità della natura dello stesso individuo, adesso però empiricamente allargata fino a ricomprendere in sé le comunità socialmente date, assunte e ritradotte sotto la terminologia tecnico-concettuale dei doveri nei confronti della perfezione degli altri consociati.

Regole di una *prudentia* (individuale, sociale, politica, legislativa) chiamata thomasianamente a colmare il divario tra una natura umana, tra una antropologia basata sugli istinti⁽³²⁵⁾, ed un diritto naturale all'autoconservazione, ad essa pur tuttavia imputato, ma con l'occhio rivolto alla successiva affermazione della necessità di una comunità eticamente ordinata (un diritto naturale che quindi faccia emergere dal suo seno il momento della costrizione, dello *Zwangsrechts*): queste regole e questo divario non sono a questo punto più proponibili né legittimabili. Se il diritto naturale è tutta e sola la teoria che dà norma all'agire pratico nel quale unicamente la natura umana può trovare la sua realizzazione, non vi è più sul piano dell'agire individuale la possibilità di distinguere tra 'giusto' ed 'utile': ciò che corrisponde al precetto della natura come unità di misura dell'azione è infatti non solo conforme al diritto, ma — anche — conforme allo scopo, perché è la stessa natura che determina gli scopi dell'agire umano.

⁽³²⁵⁾ Sul tema della volontà 'cattiva' cfr. supra, cap. I, nota 91, e vedi in generale sulla sua antropologia 'negativo-istintuale' H.M. WOLFF, *Die Weltanschauung der deutschen Aufklärung in geschichtlicher Entwicklung*, Bern un München, 1963², pgg. 27-45.

Sotto questo limitato profilo certamente Thomasius potrebbe sembrare assai più vicino di qualunque altro giurista tedesco fino ad Hugo alla visuale dell'emersione dell'uomo inteso come soggetto di bisogni propria della giurisprudenza del liberalismo classico inglese (cfr. sul punto P. COSTA, *Il Progetto giuridico*, cit., pg. 5 ss.); se non fosse per la scarsa autoconsapevolezza 'economica' del contesto sociale nel quale le sue idee prendevano corpo (E. BLOCH, *Christian Thomasius, ein deutscher Gelehrter ohne Misere*, Frankfurt am Main, 1961, pg. 63). Sul ruolo di un'antropologia in parte caratterizzata da tratti 'anglofilo' nell'ambito della 'teoria generale di diritto' hughiana, e quindi sulla specificità del rifiuto savignyano di prendere conoscenza del *Naturrecht* del giurista gottinghese avremo l'occasione di soffermarci specialmente nel corso della seconda parte di questa ricerca, dato che ci ci sembra tuttora un elemento chiave non posto in giusta luce dalla corrente storiografia.

Una simile acquisizione conduce però indirettamente a quel rovesciamento del concetto stesso di legge cui si accennava, e che spiega in definitiva il paradosso di come il ' limite ' ontologico si trasformi nel procedimento di ridefinizione dimostrativa dei concetti giuridici fino a rendere dubbia la stessa applicazione del tema del ' sistema ' alla giurisprudenza. E questo nonostante le intenzioni intellettualistiche ed antivolontaristiche che in una tale postulata unitarietà di diritto ed obbligo si manifestano, e che corrispondono alla convinzione di principio secondo la quale il bene, il ' valore ' riconosciuto possa determinare necessariamente la volontà senza che sia richiesto il ricorso ad una coazione psicologica, dal lato interno, e alla sanzione statale, sul versante esterno.

Tuttavia ancora una volta, dietro queste intenzioni si celava un fattore di disturbo che non sarebbe stato atto a divenire problema soltanto ove Wolff avesse fatto capo ad una dottrina dei valori subbiectivistica — alla Hobbes per intendersi —, per la quale il termine di ' valore ' avrebbe acquisito senso soltanto se inteso come espressione nominalisticamente riassuntiva ed abbreviata degli oggetti della volontà, dei bisogni e desideri, potendo essere a questi ultimi agevolmente ridotto e non abbisognando pertanto di spiegazione il suo rapporto motivazionale rispetto alle passioni ⁽³²⁶⁾.

Il nostro giusnaturalista si schiera però, come risulta fin troppo ovvio da quanto finora esposto, per la tesi di una consistenza ontologica indipendente dei valori e non è pertanto in grado di mantenere l'assunto iniziale. Si trova ora anzi costretto ad introdurre il concetto di ' sanzione naturale ' che all'inizio è contraddittoriamente indipendente dalla presenza di un legislatore e fa invece esclusivo riferimento alle conseguenze delle azioni in questione. Queste conseguenze vengono proposte appunto sotto il sembiante di una sanzione, della quale in seguito si affermerà, *sic et simpliciter*, che il diritto positivo non ne costituisce che un ampliamento ⁽³²⁷⁾.

Se vogliamo è forse lecito prescindere persino dalla considerazione che in un tale procedimento argomentativo il problema risulta, sotto il profilo oggettivo, semplicemente differito e ' disloca-

⁽³²⁶⁾ W. RÖD, *loc. ult. cit.*, pg. 132.

⁽³²⁷⁾ Cfr., tra i molti passi che si potrebbero adurre in proposito, ad es. C. WOLFF, *Jus Naturae*, cit., Pars VIII, § 982, pgg. 757-758.

to ' sulla definizione di *Verbindlichkeit*, di obbligatorietà delle norme naturali; se infatti « obbligare qualcuno a fare o tralasciare qualcosa significa null'altro che connettervi un motivo del volere o non volere »⁽³²⁸⁾, allora il fatto che la natura obblighi a compiere o meno certe cose nel momento stesso in cui, come detto, palesa obbligatorie le rispettive azioni ' elevando ' a sanzione, rendendo comprensibili come sanzioni le loro conseguenze, non ci può esimere dal rilevare l'implicita presupposizione che ripropone irrisolto il rapporto all'interno del contesto motivazionale fino al punto di porre in dubbio il momento finale stesso a cui tutta la costruzione tende: punto di arrivo che si staglia con evidenza all'orizzonte assumendo in definitiva la proponibilità del parallelismo tra legge naturale e legge positiva⁽³²⁹⁾.

Il presupposto sotteso a quella tipica costruzione non è infatti difficile da scorgere, se implica, come implica, che quelle conseguenze delle azioni siano ' riconosciute ' proprio in quanto sanzioni di diritto naturale; un tale riconoscimento è però di per sé inidoneo a spostare il discorso delle motivazioni dal piano razionale a quello volitivo, come sarebbe invece stato necessario a causa del prevalere della dimensione ontologica del valore su quella antropologica delle passioni.

Anche per questa via — che comunque sottolinea un aspetto da Wolff non esplicitamente tematizzato — si delinea ancora una volta con evidenza lo specifico di una concezione che nel tentativo di deduzione della legge naturale le attribuisce — non secondariamente in forza del suo rapporto di congiunzione con i doveri naturali (i *naturrechtliche Pflichten*) — una preminenza rispetto ai pur sempre reciproci diritti naturali. Infatti più in generale ' diritto ' (nel senso di diritto ' soggettivo ') è come tale correlato di legge (e rispettivamente di *Verpflichtung*) e perciò tra ' diritto ' e ' legge ' sussisterà la identica relazione che è percepibile tra *jus connatum* e *obligatio connata*⁽³³⁰⁾. L'ambiguità conseguente al

⁽³²⁸⁾ C. WOLFF, *Philosophia practica universalis*, cit., Pars Prior, § 118.

⁽³²⁹⁾ Argomento ex C. WOLFF, *Jus Naturae*, loc. ult. cit., § 977, pg. 753.

⁽³³⁰⁾ C. WOLFF, *Jus Naturae*, cit., Pars I, § 1, pg. 1: « Jus connatum cum obligatione simul ponitur »; cfr. anche W. RÖD., *Geometrischer Geist und Naturrecht*, cit., pgg. 128-129.

trasporto della coppia ' Rechte und Verbindlichkeiten ' nell'ambito della giurisprudenza positiva, operata in seguito massivamente dai giuristi wolfiani appariva pertanto talmente grave ad un Hugo — che fin dalle giovanili annotazioni alla Storia del Gibbon rivolgeva con attenzione l'occhio al diritto romano, pur sempre nell'intento di chiarificarne concettualmente le definizioni — al punto da compromettere persino lo stesso termine *Verbindlichkeit*.

Esso si rivelava allora addirittura non più suscettibile di essere usato per rendere in tedesco il concetto latino di *obligatio*: « noi non abbiamo nella lingua tedesca nessuna parola che corrisponda precisamente all'*obligatio romana*. Troppo si è lasciato che *Verbindlichkeit* divenisse una cosa sola con *Pflicht*, perché si è voluto identificare la stessa *obligatio* in genere con *Pflicht*. Un ' dovere ' [*Pflicht*] che incombe ad ogni uomo non è in nessun modo *obligatio*. Il ' dovere ' di un appartenente all'autorità è altrettanto poco una *obligatio* »⁽³³¹⁾.

Ma questo inequivocabile segnale linguistico di una crisi incombente ci introduce appunto a quello che è il vero e proprio nocciolo della questione, che dava in definitiva adito, ben al di là dello specifico problema della sanzione ' naturale ', anche all'indiscriminato scambio di piani — e possiamo aggiungere di terminologie — tra diritto di natura e diritto positivo.

Resta infatti pur sempre vero che a questo punto ci si trova, inevitabilmente, di fronte all'altro ma decisivo interrogativo sul perché mai in generale siano necessarie sanzioni, se si parta dal presupposto della natura dell'uomo in quanto essere razionale⁽³³²⁾.

⁽³³¹⁾ *Eduard Gibbon's historische Uebersicht des Römischen Rechts oder das 44ste Capitel der Geschichte des Verfalls des Römischen Reichs. Aus dem Englischen übersetzt und mit Anmerkungen begleitet von Professor Hugo in Göttingen, Göttingen, 1789, pg. 123, nota [a].*

⁽³³²⁾ Cfr. infatti C. WOLFF, *Vernünfftige Gedanken von der Menschen Thun und Lassen, zur Beförderung ihrer Glückseligkeit, den Liebhabern der Wahrheit mitgeteilt*, Halle, 1720, pg. 17: « Wer also sein Thun und Lassen nach der Vernunft einrichtet, das ist, vernünfftig handelt, der lebet nach dem Gesetze der Natur, und in so weit einer vernünfftig ist, in so weit kan er nicht dem Gesetze der Natur zuwider handeln. Ja weil wir durch die Vernunft erkennen, was das Gesetze der Natur haben will; so brauchet ein vernünfftiger Mensch kein weiters Gesetze, sondern vermittelst seiner Vernunft ist er ihm selbst ein Gesetze ».

Se specialmente l'ultima proposizione sembra valere da preciso precor-

Wolff è costretto adesso cioè a tener conto all'interno del suo sistema del dato empirico della differenziata razionalità dei concreti soggetti, giungendo fino ad affermare che soltanto pochi possano

rimento di ben note prese di posizione kantiane, proprio nel mentre eleva l'uomo razionale a legge di se stesso, non va tuttavia dimenticato che è a causa dell'identificazione senza residui di una ragione sovrastorica con la 'legge di natura' — così enormemente ampliata nel suo raggio di significazione semantico perché non si riesce più a distinguere tra argomentazione giusnaturalistica e argomentazione invece meramente 'naturgesetzlich', nel senso combinato di antropologia e scienza naturale — che si ingenera la problematica di cui stiamo rendendo conto nel testo, la quale porterà pianamente appunto alla pratica negazione dell'uomo 'legge a se stesso'. Non è da ultimo una tale problematica viene a riposare altresì su di una ulteriore rielaborazione da parte di Wolff della sua vicinanza teorica al diritto naturale della tradizione scolastica e della connessa negazione dell'antinomia sussistente tra diritto naturale e politica, che era propria invece del filone laico dello stesso giusnaturalismo (cfr. sul punto M. RIEDEL, *Christian Wolffs 'Emendation' der praktischen Philosophie*, in *Das Problem der Sprache*, hrsg. von H.-G. GADAMER, München, 1967, pgg. 207-219, spec. pg. 214): nonostante (ma anche in forza di) quella negazione egli può partire infatti da un doppio angolo visuale nel prendere in considerazione la condizione umana. Da un lato assistiamo all'emergere dello stato naturale (o *Stande der Freyheit*) dove non è configurabile alcuno stato di sudditanza nei confronti della potestà secolare, e laddove di conseguenza — ma già singolare appare lo stagliarsi all'orizzonte di questo stato naturale del concetto stesso di *Unterthan* — ciascuno è proprietario delle sue proprie azioni, secondo una fortunata metafora che si radica nelle concezioni della tarda scolastica spagnola e, tramite la mediazione groziana, diviene patrimonio largamente fruibile. Esso viene però contrapposto a quello civile in termini rivelatori, perché quest'ultimo è lo stato nel quale « er der weltlichen Macht *unterthan* ist, und dadurch seine Freyheit eingeschränket wird » (H.A. MEISSNER, *Philosophisches Lexikon aus Christian Wolffs sämtlichen deutschen Schriften*, Beyreuth, 1737, Reprint Dusseldorf, 1970, pg. 386, in M. AMMERMANN, *Gemeines Leben. Gewandelter Naturbegriff und literarische Spätaufklärung. Lichtenberg — Wezel — Garve*, Bonn, 1978, pg. 33).

Ma ciò che ai nostri fini è ancor più significativo è il fatto che Wolff con precisa intenzione tratti tutto quanto abbia pertinenza allo 'stato naturale' dell'uomo « in der *Moral* », mentre i dati che concernono il *bürgerlicher Stand* vengono 'dislocati', differiti quasi nella *Politik* (*ibidem*).

In tal modo l'individuo come *Bürger* può essere proiettato nella prospettiva della legge obiettiva del diritto naturale che si presenta come legittimatrice della *Herrschaft*, e l'insolubile dilemma tra argomentazione effettivamente giusnaturalista (normativa in senso etico-cristiano) e procedimento

ascriversi la stessa qualifica della razionalità, mentre la più gran parte degli uomini, a motivo della loro (fattuale) irrazionalità non è in grado di discernere correttamente la reale natura delle azioni libere, ed è pertanto incapace di aderire agli obblighi naturali e persino di riconoscerli⁽³³³⁾.

ragionativo conforme alla legge di natura intesa come constatazione pragmatica dei rapporti sociali esistenti fa sì che si palesino già barlumi, per ora puramente immanenti, di una comprensione moderna della Politica e dell'Etica. La cosciente separazione tra teoria morale formalizzata e prassi politica 'accettata' assume su di sé conseguenze di non scarso rilievo, dacché adesso il mondo può scindersi dualisticamente tra sfera della 'Staatsraison' e ambito della coscienza.

Questo processo ed il successivo tentativo di estendere la legge di natura al di là dello spazio dell'interiorità non assumono però per Wolff il senso di una politicizzazione immanente dell'opinione pubblica borghese (operata appunto per il tramite di argomentazioni morali, secondo la prospettiva ben illustrata da R. KOSELLECK, *Critica illuminista e crisi della società borghese*, cit., pg. 77 ss.), politicizzazione atta a far emergere il contenuto critico della legge di natura, proprio a motivo del rovesciamento dell'impostazione, della necessaria aporia che condurrà, come cercheremo di mostrare nel prosieguo del discorso, all'invadenza di una politica giusnaturalizzata nell'ambito stesso della Morale e non viceversa (*contra* M. AMMERMANN, *loc. cit.*, pg. 34).

Se la tesi da noi avanzata che la centralità del Sistema (e non della semplice sistematica, secondo la parola di Puchta) nella scienza giuridica sia strettamente connessa non solo *con l'emersione di una società civile ormai svincolata non di per sé dallo Stato, ma certamente invece dalla teorica degli scopi dello Stato*, ed altresì ad una sua ulteriore esatta determinazione concettuale, volta inoltre a *delegittimare* all'interno del giuridico ogni altro tipo di considerazione 'materialistica' (ed enciclopedica, se si vuole; dall'economico allo statuale nel senso della storia dello Stato, fino a giungere all'antropologia empirica) in favore del dato tecnico della determinazione delle fattispecie, sarà più agevole la successiva constatazione e della non 'solidità' e conformità alle stesse premesse della pretesa sistematica dei wolfiani, come del fatto che, pur introducendo significativamente la dimensione economica (anche se sovradeterminata statualmente) all'interno stesso del diritto naturale, Wolff sia venuto ad incarnare con il suo metodo un indubbio precedente 'tipologico' (ma nel caso della concezione di sistema del Savigny della *Methodenlehre* anche 'storico') del procedimento per fattispecie.

⁽³³³⁾ Cfr. C. WOLFF, *Jus Naturae*, cit., Pars I, § 256 ss. (spec. § 258), pg. 166 ss. e § 288 ss. (§§ 301-302), pg. 198 ss., per i riferimenti alla Psicologia empirica e alla necessità che insorga un reticolo di obblighi naturali aggiuntivi che determinino il rispetto proprio dei canoni della previdenza e

La morale naturale, quel diritto all'adempimento dei propri doveri naturali del quale si discorreva e nel quale si sostanziano in definitiva gli *iura connata* ⁽³³⁴⁾, trascolora e si trasforma indicativamente nel dovere connesso all'adempimento della legge positiva.

Come si ricorderà non si tratta unicamente di perseguire la perfezione soltanto propria, ma anche quella degli altri, in modo tale che l'idea che sta alla base dell'intero sistema si rivela essere la totale responsabilità di tutti verso tutti ⁽³³⁵⁾: residua tuttavia a questo punto il non facile compito — assolto certamente con dozzina di particolari in più di mille paragrafi del primo volume dello *Jus Naturae* — di distinguere tra loro i doveri verso se stessi e quelli *erga alios*, ed inoltre di dotare di confini precisi la sfera pertinente alla propria perfezione rispetto a quella che concerne soltanto il necessario aiuto reciproco. Ciò è possibile richiamandosi ancora al procedimento argomentativo che suddivide lo stesso diritto naturale nella coppia 'in senso ampio ed in senso stretto', a seconda che quegli *officia* siano pienamente coercibili o ricadano invece sotto il concetto di « *ius*, cui *respondens obligatio pendet a iudicio alterius* » ⁽³³⁶⁾. In quest'ultimo caso si riducono a semplici *officia humanitatis* ai quali certamente ripugna in diritto naturale

della prudenza che a loro volta erano già stati assunti a presupposto dell'esecuzione dei vincoli naturali: la reale soluzione è adombrata nella seconda affermazione riportata nel testo e si può leggere in C. WOLFF, *Vernünfftige Gedanken vom dem gesellschaftlichen Zustand der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen*, Frankfurt und Leipzig, 1736 (Politik), § 369.

⁽³³⁴⁾ Cfr. *supra*, nota 332.

⁽³³⁵⁾ A differenza di quello che si rivelava l'imperativo 'puro' ed iniziale; vedi C. WOLFF, *Vernünfftige Gedanken von der Mensch Thun und Lassen*, cit., pg. 14 ss.: « Weil uns die Natur verbindet zu thun was uns und unsern Zustand vollkommener machet und zu unterlassen was uns und unsern Zustand unvollkommener machet; so ist die Regel: Thue was dich und deinen Zustand vollkommener machet und unterlass was dich und deinen Zustand unvollkommener machet ein Gesetze der Natur ». Ma anche la doppia formulazione della dottrina degli *officia* non rimane l'ultima parola di Wolff e subirà, come vedremo, pur essa una significativa metamorfosi.

⁽³³⁶⁾ C. WOLFF, *Jus Naturae*, loc. ult. cit., §§ 906, pg. 595 nonché § 605, pg. 430; vedi anche *ibidem*, § 905 per la definizione di *ius perfectum* come identico con lo *ius cogendi* anche al livello della legge naturale.

l'attribuzione di una obbligatorietà perfetta⁽³³⁷⁾, ma che possono ciò nonostante essere collegati ' si finis civitatis exigit ' ad una sanzione statutale e quindi positivizzati⁽³³⁸⁾.

Inequivocabilmente, così facendo, si traggono le conclusioni dalla constatata impossibilità di conciliare esperienza sociale e postulazione teoretica dell'uomo come legge a se stesso in quanto essere razionale: questo significa pur tuttavia che, *non immediatamente* (non quindi conformemente ai principi), ma in seconda istanza Wolff si vede costretto — e proprio dopo essere partito nella sua *Metafisica* da un tentativo di controbattere l'idea dell'impotenza etica ed intellettuale dell'uomo in preda all'affetto, che non poteva non palesare a suo indiretto bersaglio l'intera dottrina giuridica thomasiana — alla utilizzazione di una distinzione che appare un calco di quella del suo ' avversario ', ovverosia la scissione tra *ius* e *decorum*.

Dell'imbarazzo wolffiano può essere sintomatica testimonianza il ruolo di fattore di disturbo che viene ad assumere la dottrina delle passioni all'interno dello stesso diritto naturale, una dottrina tutta scandita da espressioni ed interrogativi dal tenore sintomatico, come « affectus rationi subjiçiere... regere... sedare, quid sit »⁽³³⁹⁾.

L'impossibilità di una tale conciliazione costituisce tuttavia anche l'unico fondamento dell'insorgere della figura giuridica statutale, ma un fondamento che proprio la via tortuosa seguita nel porlo renderà ora inattaccabile: perfino l'originario concetto antivolontaristico di legge, che non poteva contemplare lo *iussum imperantis* a suo elemento integratore, dal momento che veniva inteso come espressione di un rapporto oggettivamente dato, ontologico⁽³⁴⁰⁾, deve essere ora rivisto su tutti i piani, « quoniam itaque su-

⁽³³⁷⁾ Ibid., § 660, pg. 433 e vedi § 663, pgg. 435-436, nel quale Wolff sembra avvertire l'esigenza di giustificarsi per avere introdotto la distinzione tra officia perfecta ed imperfecta che costituisce in ogni caso un elemento di disturbo nella sua costruzione monista.

⁽³³⁸⁾ C. WOLFF, *Jus Naturae*, cit., Pars VIII, § 977, pg. 752.

⁽³³⁹⁾ C. WOLFF, *Jus Naturae*, cit., Pars I, §§ 289, 292, 293, pgg. 192-195, dove è sempre presente l'ansia nei confronti di una eventuale vittoriosa « pugna partis inferioris facultatis appetendi », che potesse far trionfare un'immagine di uomo non più amministrato, ma soggetto di bisogni.

⁽³⁴⁰⁾ Ibid., § 226, pg. 144.

perior obligationem introducit, quando motivum cum actione coniungit (§ 118. *part. I Phil. pract. univ.*), ... Leges civiles dicuntur, qui a superiore feruntur in civitate. Quamobrem cum quaelibet lex sit regula, juxta quam actiones nostras determinare obligamur; juxta leges civiles subditi actiones suas in civitate determinare tenentur, et quoniam haec obligatio dependet a voluntate superioris, lex autem positiva humana est cuius obligatio dependet a voluntate hominis, vel hominum plurium ... quando obligatio venit a voluntate superioris (§ 149. *part. I Phil. pract. univ.*) » ⁽³⁴¹⁾.

È evidente tuttavia che poiché una simile revisione può essere introdotta tacitamente e non viene invece accettata e riflettuta come problema — al contrario di quanto accadeva per Thomasius — la rottura dell'unità tra politica e diritto, tra *Sittlichkeit* e *Recht* tenderà a ricomporsi surrettiziamente a tutto vantaggio del termine che teoricamente appariva collocato in una condizione di minorità.

Questo spostamento d'accento che può essere mimetizzato mediante il ricorso operato anche precedentemente — in costanza cioè del primo concetto di legge — ad un gioco tra le facoltà divine volto ad accentuarne il volontarismo, non è privo di effetti riflessi a livello di teoria dello stato e di teoria della 'perfezione' (che entro certi limiti potremo tradurre modernamente come teoria della società). Esso apre anzi con chiarezza la prospettiva nella quale il metodo dimostrativo potrà inserirsi, se ci perdona l'assai inelegante parallelismo, come 'cinghia di trasmissione'.

Infatti pur rimanendo fuori dubbio il minuzioso teleologismo generale della visuale wolfiana, quel versante aristotelico che appare riproposto, anche al di là di ogni modernizzazione, con la teoria della *perfectio* e l'ulteriore fine ad essa implicito del perseguimento non solo di una semplice economia di sussistenza, ma di una vita buona, non poteva a tutta prima essere più ravvicinatamente de-

⁽³⁴¹⁾ C. WOLFF, *Jus Naturae*, cit., Pars VIII, § 980, pg. 756 e § 965, pg. 742: abbiamo voluto parzialmente restituire la pagina wolfiana così come si presenta al lettore per testimoniare anche visivamente l'inestricabile nesso, che sussiste nella sua concezione, tra filosofia pratica e diritto naturale (cfr. anche ID., *Jus Naturae*, cit., Pars I, § 4, pg. 5) e per sottolineare il gioco di risonanze che si ingenera nella modificazione di una presa di posizione su di un piano specifico rispetto a tutti gli altri.

terminato: la perfezione rimaneva allora un concetto vago, non precisabile attributivamente attraverso più precise distinzioni. Questo accadeva a motivo del fatto che, diversamente dalla tradizione aristotelica, la 'misura' della *perfectio* consisteva nel raggiungimento di una sempre maggiore somiglianza con quel massimo grado di sviluppo che ogni singola facoltà o attributo già possedeva nella persona divina. La vaghezza della determinazione concettuale, atta a mettere in crisi in ultima analisi la stessa determinatezza del metodo deduttivo, era così cagionata proprio dal concetto base di *perfectio* che veniva proposto tramite il duplice imperativo della dottrina degli *officia* verso se stessi e verso gli altri, risolvendolo nel suo contenuto di somiglianza con Dio, poiché quest'ultimo non era in grado di distinguersi dall'uomo se non gradualisticamente (non quindi per essenza) ⁽³⁴²⁾.

Questo concetto di virtù che non si basa indubitabilmente più sull'originaria libertà del *Bürger* di essere legge a se stesso, non viene da Wolff accantonato; al contrario. Se esso nella sfera morale rimane suscettibile solo di una sfumata definibilità, ecco che adesso si apre invece la possibilità di una sua più precisa determinazione, trasportandolo nella sfera della *Politica* (identica al diritto naturale) attraverso l'attributo dell'esteriorità empirica.

La perfezione diviene così il principio guida anche dello *status* esterno e fa suoi i contenuti ben chiari della salute del corpo, del patrimonio temporale, dei proventi che sono connessi ad una divisione del lavoro certamente assai più indotta statualmente — anche attraverso istituzioni formative e culturali, ma soprattutto tramite la cura rivolta a far sì che le « *res industriales et artificiales multiplicandas esse* » ⁽³⁴³⁾ —, che non sintomo di una semplice auto-organizzazione della società: « *Quoniam Rectori civitatis curae esse debet, ut subditi rerum naturalium proventum promoveant, quantum datur, labore rerum industria sua atque ex iis alias utiles et voluptuarias conficiant; ferendum non est ut otio diffluent, quibus vires ad laborandum suppetunt, et curandum, ne cuiquam desit labor*

⁽³⁴²⁾ J. BRÜCKNER, *Staatwissenschaften, Kameralismus und Naturrecht*, cit., pg. 217.

⁽³⁴³⁾ C. WOLFF, *Jus Naturae*, cit., Pars VIII, § 421, pgg. 313-314 e cfr. *ibid.*, § 427, pg. 318.

qui laborare vult »⁽³⁴⁴⁾. La *civitas* viene appunto fondata soltanto allo scopo di raggiungere i fini della « vitae sufficientia, tranquillitas et securitas » — laddove si noti che *securitas* per evitarne la confusione con i fini precedenti viene resa anche con il termine tedesco *Sicherheit* (diverso da *Rube*), e soprattutto interpretata non ‘ economicamente ’ come sicurezza dei traffici, ma in via di principio come « vacuitas a metu vis, praesertim externae »⁽³⁴⁵⁾, attribuendola con la *tranquillitas* piuttosto immediatamente alla dimensione ‘ politica ’ (ordine pubblico interno — diritto internazionale) della *civitas* —: in ogni caso, direttamente od indirettamente, quest’ultima non sembra poter avere altra meta che la realizzazione della perfezione dei suoi componenti.

Ma poiché alla tensione verso l’auto-perfezionamento di se stessi non può competere alcun carattere ‘ egoistico ’, in ragione della strutturale duplicità degli *officia*, che postula una consonanza apriorica con l’identica tensione di cui gli altri si fanno portatori, non vi potrà a sua volta esser spazio per alcuna contraddizione teorica tra il raggiungimento del bene individuale e quello del bene comune. Così Wolff è logicamente legittimato ad operare una sostituzione terminologica che rivela la natura ideologica stessa di quella duplicità; una natura del resto già annunciata dall’origine della seconda ‘ obbligazione ’, quando si trattava cioè di neutralizzare la chiusura ‘ individualistica ’ immanente in una dottrina che si rivelasse in grado teoreticamente di fondare soltanto il dovere (ed il correlativo diritto al suo adempimento) del proprio perfezionamento.

⁽³⁴⁴⁾ *Ibid.*, § 422, che così significativamente prosegue, sottolineando l’impossibilità di elidere la funzione spettante, al di là di ogni possibile obiezione, all’autorità statale nell’organizzazione stessa della divisione del lavoro, incapace di mantenersi ‘ socialmente ’ sulla inadeguata base dei doveri naturali: « Equidem homines naturaliter obligantur ad laborandum et otium naturaliter prohibitum et haec obligatio non modo respicit laborantem, sed etiam alios quibus is utilis esse potest, prouti abunde intelligitur ex iis quae alibi demonstrata sunt; non tamen ideo cura omnis circa laborem removenda est a superiore in civitate... » (pg. 314).

Così si tratta, tra le altre cose, di determinare « tam laborum, quam rerum pretia..., ut quilibet eas sibi comparare possit, quibus indiget » (§ 424, pg. 315) ed inoltre « in quolibet vitae genere determinandum esse numerum eorum, qui idem sequuntur » (§ 425, pg. 316).

⁽³⁴⁵⁾ *Ibid.*, § 12 e § 13, pg. 9.

Non vi è più ormai la *necessità* incondizionata di usare una formula dualistica: l'oggetto dell'*officium* si può staccare dalla duplice prospettiva dello 'stato' proprio ed altrui, che deve essere soggetto a realizzazione, per divenire unitario. L'assioma è in grado allora anche di suonare come imperativo a portare a compimento ciò che il *Wohlfahrt* della società nel suo complesso esige, e ad evitare quanto invece possa esservi d'impedimento o, seppur in minima misura, svantaggioso ⁽³⁴⁶⁾.

A questo punto siamo in grado di interpretare socialmente quella contrapposizione che nel campo dell'analisi di psicologia empirica si presentava semplicemente come contrasto tra i pochi sapienti e i molti soggetti affetti da irrazionalità e non in grado di individuare correttamente la natura delle azioni libere: l'irrazionalità empirica che là emergeva astrattamente assume adesso i contorni ben netti di un ruolo sociale, quello dell'*Untertan*. Infatti la *perfectio* della *civitas* viene strettamente connessa con quel particolare tipo di divisione del lavoro, istituzionalizzato e organizzato dallo Stato — e senz'altro ben lontano da una prospettiva smithiana —, fino al punto da rendere impossibile per il singolo suddito il 'rientro' nella dimensione della sua perfezione individuale (che ne sarebbe rimasta assolutizzata rispetto a quella comunitaria), proprio perché la complicazione sociale indotta da quella divisione rende il soggetto incapace di dominarla mediante l'individuazione dei mezzi idonei ad incentivare il bene comune. La dottrina giusnaturalistica dei doveri, prendendo in ogni modo le mosse dall'individuo, non poteva prevedere, cioè, proprio la trattazione del lato tecnico della coordinazione delle misure individuali al raggiungimento del bene generale.

La 'cognizione di causa' della programmazione giuridico-sociale — che ha come suo punto di avvio la constatazione secondo la quale il sistema dei doveri non è sufficientemente assicurato dalla pura sanzione naturale e dalla aggiuntiva postulazione dell'incapacità del suddito di sottrarsi alla limitatezza della sua visuale anche

⁽³⁴⁶⁾ C. WOLFF, *Politik*, cit., § 11 e confronta invece il testo riportato *supra* in nota 335.

nello stesso stato politico ⁽³⁴⁷⁾ —, è quindi riservata come ambito di esclusiva spettanza alla autorità.

L'assioma in cui si risolve questo completo rovesciamento di prospettive è di per sé esplicito: « Nemo civium bonum privatum promovere debet cum neglectu publici, vel in praejudicio publici » ⁽³⁴⁸⁾. Ma se il privato non è costituzionalmente in grado di discernere quanto appartiene alla dimensione ' pubblica ', ne segue con facilità che un corollario di non poco momento è immanente allo stesso imperativo appena rammentato. Se infatti la promozione del bene privato ' di per sé ' non può svolgersi in contrasto con quello pubblico, ma la determinazione di quest'ultima sfera resta monopolio dell'autorità, ciò significa che anche la stessa promozione della sfera ' privata ' è fondamentalmente sottratta alla disponibilità del soggetto.

Questo elemento appare tanto più significativo se si rifletta che, inizialmente — ed un simile avverbio va tenuto presente —, allo Stato nella teoria wolfiana non poteva essere attribuita nessuna collocazione sistematica di speciale rilievo, perché esso era chiamato a rappresentare soltanto un anello nella catena delle successive socializzazioni e delle comunità intermedie tra la comunità domestica e la comunità internazionale: dalle *societates simplices* (*coniugalis, paterna, herilis*), alla stessa *domus* come componente integrante poi lo Stato ⁽³⁴⁹⁾, ai comuni, alle corporazioni e alle chiese ⁽³⁵⁰⁾.

⁽³⁴⁷⁾ C. WOLFF, *Jus Naturae*, cit., Pars VIII, § 9: « Finis civitatis multiplex est, consequentur et commune bonum plura complectitur, quam quae uno vocabulo exprimi possint » (pg. 8).

⁽³⁴⁸⁾ *Ibid.*, § 25, pg. 16.

⁽³⁴⁹⁾ *Ibid.*, § 4, pg. 5: « Societas inter plures domus contracta eo fine, ut conjunctim sibi parent ad vitae necessitatem, commoditatem ac jucunditatem, immo felicitatem requisita, et curent, ut unusquisque jure suo quiete fruatur et tuto ab alio id consequatur, atque se suaque adversus vim quamlibet externam defendant, Civitas dicitur, idiomate patrio *ein Staat* ».

⁽³⁵⁰⁾ Cfr., sul punto O. von GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturaliste*, trad. it., Torino, 1974, pg. 154 e pg. 196, che andrebbe tuttavia corretto nell'ottica di cui diremo nel testo. Osservazioni sempre insostituibili sono contenute inoltre specialmente nel quasi sconosciuto lavoro di H. L. STOLTENBERG, *Geschichte der deutschen Gruppenwissenschaft (Soziologie) mit besonderer Beachtung ihres Wortschat-*

Per di più questo stesso Stato non appariva neppure assistito — ma ancora sempre *inizialmente* — dal privilegio di venire ad incarnare l'unica comunità che potesse essere definita a mezzo del concetto di legge, data la primitiva accezione con cui quest'ultima nozione veniva concettualmente delimitata, come ormai ci è noto.

La prospettiva sin qui delineata sembrerebbe ancor più rafforzata dal fatto che il Nostro, non discostandosi in questo dall'intera tradizione del diritto naturale, prende le mosse dall'equiparazione di persona morale e persona giuridica.

Una tale equivalenza si rivela anche in astratto decisiva per la mentalità giusnaturalistica perché fonda la possibilità della esistenza delle strutture e dei rapporti isomorfi di diritto naturale, in modo tale che non venga a costituire una deduzione di carattere erroneo l'assunzione che la *lex naturalis* valga anche per la persona giuridica dello Stato.

Eppure proprio questa circostanza costituisce la smentita dell'analisi tradizionale del ruolo da Wolff assegnato allo Stato in questi

zes, Erster Teil: bis zum Amfang des 19. Jahrhunderts (unica pubblicata), Leipzig, 1937, pgg. 147-155.

Si tratta di uno studio per più versi fondamentale per la mole di informazioni di prima mano su di una serie di autori del tardo settecento, molti dei quali 'giuristi', le cui opere sono oggi pressoché dimenticate e di difficile reperimento, ma che si rivelano in ogni caso indispensabile anello di congiunzione per la ricostruzione dell'*humus* culturale di questo settore della storia giuridica per gran parte ancora meritevole di approfondimento. Anche in questo caso tuttavia le numerose intuizioni dell'autore — tra più vicini collaboratori di Tönnies nel tentativo di ricostituzione della *Deutsche Gesellschaft für Soziologie* dopo il 1918; cfr. E. G. JACOBY, *Die moderne Gesellschaft im sozialwissenschaftlichen Denken von Ferdinand Tönnies*, Stuttgart, 1971, pg. 185 — sono rimaste praticamente del tutto senza eco nell'ambito di una stori adel diritto più disposta a proiettare, prive di mediazione, sul settecento giuridico le categorie elaborate nel secolo successivo, senza tener conto di quel processo di differenziazione non ancora portato a termine tra i vari settori del sapere che avrebbe giustificato, ed anzi richiesto, l'utilizzazione di un più ampio spettro 'interdisciplinare' di strumenti interpretativi.

L'unica significativa eccezione a questo quadro, ma con riferimento solo allo specifico problema della *Polizeilehre*, appare costituita da H. MAIER, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, München, 1980², pgg. 257-258 e *passim*.

Preziose ci sembrano in ogni caso le riflessioni di Stoltenberg su Gustav Hugo, alle quali avremo occasione di riallacciarci nel prosieguo della ricerca.

contesti, benché *prima facie*, come si accennava, l'impressione sia diversa.

Di fatto quell'applicabilità della legge naturale in generale alla persona giuridica statale conduce, da un lato, a concludere che ad esso non spetti nella graduazione dei ' patti sociali ' alcuno *status* particolarmente significativo, ma dall'altro, ed in modo ben più rilevante, fonda invece la possibilità di attribuire anche allo Stato, in virtù di quella isomorfia di cui si faceva parola, una sua propria e specifica finalità, un suo *telos* ⁽³⁵¹⁾, poiché è di palmare evidenza che il concetto di *perfectio* come somiglianza con la divinità, non si lascia assorbire come *terminus ad quem* dell'attività dello Stato.

Tuttavia proprio perché quella finalità non può del tutto essere persa di vista neppure dallo Stato, che altrimenti ' girerebbe a vuoto ', non essendo in altra maniera in grado di toccare in nessun punto la struttura ontologico-politico-giuridica delle personalità individuali che vengono a formare i suoi *Bürger-Untertanen*, e scivolando così in un pericoloso vuoto di fini, deligittimatorio della sua stessa esistenza, ecco che esso si rivela capace soltanto di creare le *condizioni*, ma non più che le condizioni per il raggiungimento di una tale *perfectio*. La perfezione è posta su di un piano così elevato da non poter essere direttamente realizzata attraverso misure positive, ma soltanto *preparata* il più accuratamente possibile.

Il fatto però che quel fine al quale era ancorato l'individuo fosse già di per sé vago e non raccogliabile dallo Stato come suo proprio, fa pure sì che unicamente la preparazione di quelle condizioni, di quei presupposti esaurisca lo scopo dello Stato: al di là della *securitas*, della *tranquillitas* e del *Wohlfahrt* non esiste più una dimensione nella quale sia consentito all'individuo il recupero, *dopo* che egli abbia provveduto ad assolvere i doveri sociali, di una sua propria ed esclusiva dimensione di perfezione.

Il bene comune non include cioè più al suo interno automaticamente il bene dell'individuo, che non viene ritenuto ormai neppure in grado di riconoscere o di raggiungere la via che lo incammini verso il ' compimento ': in ultima analisi praticamente è lo Stato

⁽³⁵¹⁾ Confronta anche J. BRÜCKNER, *Staatswissenschaften, Kameeralismus und Naturrecht*, cit., pg. 218.

che deve essere sempre tenuto presente dal suddito come suo ultimo scopo *individuale* nello svolgimento della sua attività.

Il paradosso è evidente: è la stessa connessione teorica di *civitas* e *perfectio* che rende impossibile che lo scopo della prima possa realmente consistere nella *perfectio*. Una reale assicurazione di una sfera ' libera dallo Stato ' resta fuori dagli orizzonti wolffiani ⁽³⁵²⁾, come mostrano le divergenti soluzioni dell'aporia cui giungono Thomasius e Wolff, partendo dalla medesima impossibilità di collegare l'aristotelica simbiosi tra felicità e comunità statale con una dottrina degli affetti che abbia al suo centro un concetto di virtù come somiglianza con Dio. Per Wolff la *civitas* non può raggiungere la *perfectio* se non passi ad identificarla esclusivamente con i presupposti che la rendono possibile, travolgendo così il rapporto presupposto-fine; a Thomasius riesce invece la creazione di una sfera di iniziativa ' borghese ', sotto il profilo — anch'esso però contraddittorio con le premesse aristoteliche — dell'esclusione della virtù dagli scopi dello Stato, dal momento che il controllo delle passioni è da lui delegato al singolo, e questa sfera sistematizzata come politica individuale.

È una tale dottrina degli affetti che sempre di nuovo mostra il suo ruolo centrale nel determinare le diverse costellazioni tra le varie forme di precetti e dogmi e le concezioni della legge, concezioni che abbiamo visto in forte misura determinare anche l'atteggiamento verso il diritto romano e la sua sistematizzazione.

Prima di riannodarci con questi strumenti interpretativi direttamente al tema della crisi tecnica del ' modello ' (con particolare riferimento alle proposte nettelbladtiane) bisognerà però sottolineare un altro punto decisivo che caratterizzi anche positivamente quale ' senso di marcia ' assuma questa ridefinizione del ruolo dello Stato all'interno del sistema wolffiano; e, diremmo, soprattutto in seguito a quella concessione di ' carta bianca ' che sembra venir attribuita ad ogni suo intervento mediante l'introduzione del prin-

⁽³⁵²⁾ Ben diverse le conclusioni della letteratura della più parte in materia, dai lavori di Röd a quello di Bachmann, già più volte ricordato. L'impostazione del volume della Brückner ci sembra però in proposito assai più stimolante.

cipio della *perfectio* e la moltiplicazione indiscriminata del catalogo dei doveri ad esso conseguenti.

Anzitutto viene meno quella stessa seconda motivazione per la quale lo Stato non poteva aspirare ad assumere veste particolare tra le diverse comunità: all'espressione della sua volontà (legale) compete adesso un ruolo decisivo, non foss'altro perché la ' supervisione ' sulla complessità dei problemi di programmazione giuridico-sociale è a lui solo riservata.

Il ruolo decisivo del diritto positivo così individuato è reso ancora più determinante dal suo stesso rapporto con il diritto naturale. A quest'ultimo compete infatti nei suoi confronti una posizione gerarchica che trova adesso la sua espressione più adeguata non in una differenziazione radicale di piani e di prospettive, ma nella semplice suddivisione funzionale — più volte incontrata con ruoli distinti nel corso dell'esposizione, ma, in ogni caso, sempre con funzioni strategiche — di una relazione tra teoria e prassi; una relazione che sfuma, vorremmo dire, in una graduazione assai più quantitativa di quello che un diritto naturale, al quale fosse conservata una dimensione ' critica ', potesse tollerare.

Esso assume così l'aspetto di un ordinamento giuridico completo che contiene implicitamente tutte le norme essenziali all'agire individuale e sociale, con la conseguenza che il diritto positivo *solo* per questo motivo non è in grado di (ne può) contrapporvisi, ma deve invece proporsene come interpretazione più ravvicinata, e perciò anche diversificata sul piano pratico e particolare. In questo processo di più precisa determinazione, che contempla senza meno la capacità di tramutare i doveri della legge morale naturale (in sé non *realmente* coercibili) in obblighi giuridici, ma altresì la possibilità di distanziarsene in modo assai ampio⁽³⁵³⁾ — in definitiva,

⁽³⁵³⁾ Come risulta anche dimostrato da una disposizione che si palesa particolarmente interessante nella nostra prospettiva e che rende assai più chiaro il significato ultimo assunto dalla necessità di collegare l'obbligatorietà ' reale ' con una sanzione positiva.

Se infatti l'autorità non può certamente rendere ' illecito ' ciò che è naturalmente ' dovuto ', né trasformare in ' dovuto ' in quanto sia naturalmente ' illecito ' (*Jus Naturae*, cit., Pars VIII, § 974, pg. 749; ma gli stessi esempi estremi — così l'uccisione dell'innocente non può essere atto positivamente obbligatorio, né il culto del vero dio atto positivamente illecito — illuminano i limiti nei quali l'affermazione va interpretata), resta tuttavia sottinteso che

oltre che completandolo, fissando anche le linee di confine tra obblighi giuridici da un lato ed *officia* unicamente rimessi al buon volere dall'altro —, lo Stato acquisisce quindi una posizione privilegiata ben al di là della sua apparente condizione sistematica di gradino tra gli altri nel processo di distinzione delle *societates*.

E questo proprio perché soltanto attraverso la funzione interpretativa del diritto naturale, che spetta come 'qualità intrinseca' al diritto positivo, la 'legge naturale' ottiene per la prima volta quel carattere *realmente obbligatorio* che esaurisce effettivamente il 'vero' concetto di legge, da Wolff individuato attraverso tutte le correzioni di cui abbiamo dato conto.

Proprio nel momento, quindi, in cui Wolff sembra aver colmato il divario teorico che lo separava da Thomasius ecco che la distanza si ripropone in tutta la sua ampiezza⁽³⁵⁴⁾.

Essa non giace certo esclusivamente nella *confusione*, pur consistente, tra *prudentia* e una *iurisprudencia* incamminata sulla via di divenire *iurisscientia*, tra diritto ed eticità: anch'egli viene a riconoscere lo Stato come unico potere in grado di positivizzare la sfera del (diritto) 'naturale'.

Ma mentre in Thomasius, per i motivi più volte illustrati — e ridicibili, ai fini che ora ci interessano, alla considerazione della stessa *immediatezza* di quel riconoscimento —, si giungeva in definitiva ad una forma assolutistica debole ('liberale'), che escludeva dai compiti perseguibili dallo Stato l'ambito del controllo delle

un atto vietato per diritto di natura possa essere privato della sanzione e rientrare così nella sfera del lecito (permesso).

È però da notare allora che una simile situazione non dà luogo soltanto ad un rapporto tra trasgressore del divieto naturale ed autorità, ma anche tra autorità e tutti gli altri consociati, che sono positivamente obbligati « *ne agentem vi impediunt, quo minus faciat, quod (superior) permittit* » (*loc. ult. cit.*, §§ 975-976, pg. 750). Dal momento tuttavia che il già noto principio della assoluta reciprocità tra obblighi e diritti, se siamo in presenza di una obbligazione vi deve corrispondere dall'altro lato un diritto, ecco che all'iniziale trasgressore della legge naturale compete altresì il diritto positivo di compiere indisturbato proprio quell'azione alla quale in precedenza sembrava semplicemente 'risparmiata' la sanzione (*ibidem*; cfr. anche, in senso parzialmente diverso, H.-M. BACHMANN, *Die naturrechtliche Staatslehre Christian Wolffs*, cit., pg. 212 ss.).

⁽³⁵⁴⁾ Per quel che segue cfr. J. BRÜCKNER, *op. cit.*, pg. 222 ss.

passioni, trasferendolo alla competenza del singolo — titolare con ciò di una sua sfera di iniziativa indipendente —, il riconoscimento *secondario* wolfiano conduce ad una conseguenza opposta, ovvero al completo assorbimento dell'individuo *in quanto tale* nello Stato. Tutto quanto venga disposto da quella società, che è l'unica titolare della potestà di interpretare il diritto naturale, si pone *di per sé* al servizio della perfezione umana che deve essere, come detto, l'unico scopo dell'agire dello stesso individuo.

Non sorprende allora che *sempre* « si *salus publica* exigit, ut Rector civitatis *certo modo* disponat de rebus civium, *jus* ita disponendi eidem competit. Etenim Rector civitatis... obligatur ad faciendum ea, quae ad bonum publicum promovendum requiruntur », poiché infatti « *lex naturae* dat hominibus *jus ad ea, sine quibus obligationi naturali satisfacere non possunt*. Quoniam civitates *legi naturae* convenienter fuerunt constitutae, obligatio imperii exercendi ita, quemadmodum *salus publica* exigit, *ad ipsa omnino lege naturae* venit, consequenter *naturalis* est. Quamobrem quod ex hac obligatione nascitur *jus*, *lege quoque naturae datum* intelligitur... *Patet itaque*, si *salus publica* exigit, ut *rector civitatis certo modo* disponat de rebus civium, *jus* ita disponendi eidem competere »⁽³⁵⁵⁾.

L'ampiezza della facoltà di disposizione statutale sul 'privato'⁽³⁵⁶⁾, che appariva in parte già implicata nella *mancata separazione* — rilevata acutamente da Claproth — tra *prudentia le-*

⁽³⁵⁵⁾ C. WOLFF, *Jus Naturae*, cit., Pars VIII, § 110, pg. 75.

⁽³⁵⁶⁾ Lo stesso Wolff appare consapevole che questa impostazione in sostanza si rivelava tale da sottoporre lo Stato a pretese cui esso non era in grado di far fronte. E ne era consapevole al punto di sollevare direttamente la corrispondente obiezione (*Politik*, cit., § 379); la successiva difesa delle risultanze acquisite merita di essere sottolineata perché mostra ancora una volta l'atteggiamento wolfiano inteso a non tener da ultimo conto degli elementi di crisi che il suo stesso procedimento argomentativo era in grado di suscitare, a lasciarli irriflessi.

Egli dunque non sarebbe stato infatti attivo in veste di 'scrittore di storie', ma di *Weltweiser*, che è chiamato ad investigare i suoi oggetti secondo le supreme e necessarie esigenze della ragione, e al di là del dato puramente contingente (cfr. anche J. BRÜCKNER, *op. cit.*, pg. 222, nota 294).

Merita appena di essere ricordata l'inversa soluzione del rapporto gerarchico tra *Weltweiser* e conoscitore della storia per quanto ha specifico riferimento alla sfera della giurisprudenza in Claproth (vedi *supra*, pg. 435).

gislatoria e diritto, tra filosofia (critica) del diritto — che Hugo collocherà, non a caso, nella dimensione temporale presente-*futuro*, e non presente-presente — e diritto positivo; anzi, di più, questa stessa mancata separazione, sono, in una parola, effetti *secondari*, ovvero sono in definitiva da addebitare a quel fenomeno che abbiamo cercato di delineare: al fatto, cioè, che Wolff si trovi 'costretto' contro il suo stesso originario concetto di legge e a causa delle aporie non dominate (non ultima l'assenza di tematizzazione sistematica del fenomeno del diritto consuetudinario), a collegare l'obbligatorietà con una sanzione statuale, rendendo paradossalmente inutilizzabile, come abbiamo veduto, lo stesso concetto di *Verbindlichkeit* per la ricostruzione di un sistema giuridico che aspirasse a presentarsi come privatistico.

Ancora una volta è a livello dei fini che si decide della qualità di tutta la struttura: e qui assistiamo ad una completa sottrazione della libertà di fissarli come anche della ulteriore determinazione dei mezzi necessari a conseguirli, in favore della potestà statuale e contro l'individuo, che si vede così ridotto al rango di *mero* suddito, per il quale i residui della razionalità e della libertà iniziali si sono insensibilmente tramutati nei migliori elementi di 'garanzia' del suo dovere di obbedienza.

Una tale riduzione delle facoltà decisionali non viene neppure avvertita come una (teoreticamente) possibile menomazione del suo stato attuale di felicità, ché pur sempre anche di un tale raggiungimento si tratta. Ci si sarà già forse in precedenza interrogati sui motivi che potevano aver indotto Wolff ad insistere con vigore sulla necessità di sottoporre a dimostrazione praticamente tutte le disposizioni sulla *servitus* del titolo *de iure personarum* delle Istituzioni, invece di procedere — come si sarebbe potuto attendere da un autore spesso addotto a rappresentare perlomeno una, se non la tappa decisiva nell'elaborazione del concetto di *allgemeine Rechtsfähigkeit* ⁽³⁵⁷⁾ — ad una ridefinizione dell'intero campo della ca-

⁽³⁵⁷⁾ Cfr. sul punto, con distinte sfumature, H. COING, *Zur Geschichte*, cit., pg. 65, che riconosce in Wolff il padre del concetto giuridico tecnico moderno di *Rechtsfähigkeit*; H. CONRAD, *Individuum und Gemeinschaft in der Privatrechtsordnung des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts*, Karlsruhe, 1956, pg. 23 ss., che invece sottolinea maggiormente l'apporto di Kant.

In seguito a queste diverse interpretazioni si è sviluppata una 'polemi-

pacità giuridica, nella fattispecie agevolmente praticabile, mediante

ca' a distanza, che ha trovato i suoi più recenti esponenti in H.-M. BACHMANN, *op. cit.*, pg. 195 ss.; M. LIPP, « *Persona moralis* », « *Juristische Person* », *cit.*, pg. 243 ss.; A. MANTELLO, *Individuo, fenomeni associativi*, *cit.*, pg. 195 ss. (gli ultimi autori non tengono comunque conto della accurata ricostruzione dello stato della controversia operata dal primo). Assai utili le informazioni sul problema della capacità giuridica avevano in ogni caso già fornito tra gli altri F. M. MUTZENBECHER, *Zur Lehre vom Persönlichkeitsrecht*, Diss. iur., Heidelberg, 1909 ed ancora D. LEUZE, *Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert-zugleich ein Beitrag zum Verhältnis allgem. Persönlichkeitsrecht-Rechtsfähigkeit*, Bielefeld, 1962; su Wolff pgg. 21-24.

Della questione ci occuperemo approfonditamente nel corso della seconda parte di questa ricerca. È tuttavia forse il caso di accennare ad alcuni dati che l'impostazione polemica sopra ricordata lascia invece nell'ombra: il concetto tecnico di capacità giuridica non lo si può infatti ricondurre completamente nell'ambito delle influenze filosofico-giuridiche wolffiane o kantiane (e qui il riferimento usuale pare essere quello al Savigny del 1840; cfr. in questo senso di nuovo M. LIPP, *loc. cit.*, pg. 256), ma rinvia anche ad una tradizione *dogmatica*. Un tale concetto emerge come tale, a quanto ci è dato di accertare, per la prima volta proprio nella già ricordata opera di G. L. BÖHMER, *Systematis juris civilis Fragmenta* (pg. 22 ss.).

È comunque Thibaut che lo ripropone in modo efficace anche per lo sviluppo successivo; ma non, come vorrebbe F. FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts*, München und Berlin, 1963, pg. 37, a partire dal 1803 con la prima edizione del *System des Pandektenrechts* (e neppure per il primo, come è evidente da quanto appena accennato), ma bensì già sin dall'apparizione della sua interessante anche se raramente analizzata *Dissertatio de genuina iuris personarum et rerum indole, veroque huius divisionis pretio*, Kilonie, 1796. La data non è neppure essa indifferente perché sembra escludere quella facile filiazione intellettuale del concetto dalle analisi della 'Metafisica dei costumi' kantiana (così tuttavia F. FABRICIUS, *loc. cit.*), pubblicata infatti all'inizio del 1797 proprio nella sua prima parte concernente i 'Principi metafisici della dottrina del diritto'.

Per una maggiore consapevolezza dell'esistenza di questa tradizione (perlomeno anche) *dogmatica* cfr. R. SCHEYING, *Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, CLVIII (1959-60), pg. 503 ss.

Tutta la tematica è, come risulta chiaro, strettamente connessa proprio con i risultati analitici della *Status-lehre*, come dottrina delle qualità giuridiche collegate al concetto di persona: anche in questo senso è tuttavia riscontrabile una tradizione che potremo definire 'dogmatica' e che affonda le sue radici nella teorica secondo la quale un uomo può racchiudere in se stesso *più persone* proprio a causa dei diversi stati di cui è capace di essere titolare;

una pur solo tacita circoscrizione del ruolo svolto nella teoria romanistica 'odierna' da simili disposizioni legislative.

argomento questo del resto specularmente reversibile. Essa nella sua formulazione più precisa risale a G. H. HASSLOCHER, *Dissertatio de uno homine plures sustinente personas*, praeside J. N. HERTIO, Gissae-Hassorum, MDCIXC, che deve essere comunque probabilmente considerata di paternità dello stesso praeses Hertius (come fa presumere anche la riproposizione della dissertazione nella sua opera *Commentationes atque Opuscula de selectis et rarioribus ex jurisprudentia universali, publica, feudali et romana, nec non historia germanica argumentis*, Volumen primum, Tomus tertius, Frankfurt am Main, 1700, pg. 41 ss.). Una tale dissertazione fu non a caso successivamente affiancata da un'altra dal titolo 'rovesciato': J. N. HERTII, *Commentationum atque Opuscolorum...*, cit., Volumen secundum, Tomus tertius (1713), *De Pluribus hominibus personam unam sustinentibus Dissertatio*, pg. 61 ss.

Per una collocazione dell'operato di Hert nel quadro del suo tempo, cfr. G. HERMANN, *Johann Nikolaus Hert und die Statutenlehre*, Berlin, 1963, pg. 68 ss.

Sui delicati problemi connessi a rapporto tra 'presidi' e candidati-respondenti si può in ogni caso tranquillamente rinviare alle analisi e alla letteratura contenute in G. SCHUBART-FIKENTSCHER, *Untersuchungen zur Autorschaft von Dissertationen im Zeitalter der Aufklärung*, Berlin, 1970, spec. pg. 42 ss., 96 ss.

Una tale impostazione era ben lungi dal potersi dire superata agli inizi dell'Ottocento; si veda soltanto per un immutato riferimento alle fonti appena citate, una delle opere sistematiche più significative di quegli anni, C. C. HOFACKER, *Principia iuris civilis Romano-Germanici*, Tubingae, 1800², lib. II, *Ius Personarum*, § 232, pgg. 185-186.

Lo stesso Gustav Hugo, pur essendo stato 'allievo' di Böhmer, non si rivela inizialmente attratto dal concetto di capacità giuridica, e nelle prime edizioni del diritto romano attuale sembra volersi limitare ad un ambiguo silenzio sul tema *Statuslehre* (*Institutionen des heutigen Römischen Rechts*, cit., 1789, pg. 19 ss., dove comunque non si fa ancora parola di un diritto generale delle persone distinto — o comunque premesso ai — dai rapporti di famiglia; *Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1799², *Arten von Personen*, §§ 10 e 11, pg. 10 ss.), che potrebbe essere anche interpretato — e lo fu infatti dal Feuerbach —, almeno a questo livello, come un tacito rifiuto. In realtà il concetto espresso di capacità giuridica, se non andiamo errati, comincia a poter essere rilevato nelle varie edizioni dell'*Encyclopaedia* attorno agli anni '10 dell'Ottocento (cfr. *Encyclopädie*⁴, cit., pg. 121), allorché esso pare però essere entrato con più frequenza nell'uso generale — vedi ad esempio F. BERGMANN, *Abriss eines Systems der Pandecten*, cit., pg. 7 —, e comunque sempre accanto ad un interesse preponderante per la teoria dei vari *status*, che veniva esplicitamente reintrodotta già nella seconda

Lungi a costituire un incidente di percorso ⁽³⁵⁸⁾, un simile atteggiamento rappresenta proprio la traduzione tecnica, ma una traduzione assai paradigmatica, del più generale argomento giustificativo della sottrazione all'individuo della facoltà di determinare i propri fini, una sottrazione però che non doveva implicare, per mantenere la coerenza delle premesse, una contemporanea messa in pericolo della capacità di raggiungere lo stadio della *Glückseligkeit*. Una tale felicità è per lui infatti conseguibile — con una presa di posizione che comporta un radicale capovolgimento della concezione aristotelica tradizionale ⁽³⁵⁹⁾ — anche nello stato di schiavitù:

edizione del *Naturrecht* (Berlin, 1799, pg. 136). Un tale concetto emerge con maggiore chiarezza specialmente nelle tarde edizioni del diritto romano attuale (cfr. *Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1826⁷, pg. 73 e vedi anche *Naturrecht*⁴, cit., pg. 208 ss.), cioè dopo le più approfondite osservazioni contenute nell'articolo *Das Römische System passt noch besser zum Privatrechte der Alten, als der Neuern*, in *Civilistisches Magazin*, IV (1815), spec. pgg. 235-237. Sul punto si manifesta significativa, anche se non del tutto esatta, l'analisi savignyana, operata con piena consapevolezza delle divergenze, in *System*, cit., vol. 1, pg. 398 e pg. 406, nota (s) (trad. it., pgg. 394 e 401); cfr. inoltre G. A. MEUMANN, *Observations sur le Système du droit privé*, Genève, 1909, pg. 6, che però conclude troppo apoditticamente per una ripresa pura e semplice del sistema di Hugo da parte di Savigny.

Tutta la questione è resa certamente complicata, al di là dei mutamenti intervenuti tra le numerose edizioni del *Lehrbuch*, anche dai diversi piani funzionali dell'analisi di Hugo che continuamente si intersecano. Per adesso sarà sufficiente sottolineare soltanto che assai più di Savigny il Nostro appare preoccupato di cogliere le distinzioni tra il sistema attuale e quello romano, evitando di proiettare, almeno dal punto di vista storiografico, il primo sul secondo.

Sul problema dell'innovazione concettuale produttiva e del suo 'rifiuto' da parte dei wolfiani e del primo Savigny della *Methodenlehre* torneremo subito dappresso nel testo. Si potrà qui però forse accennare al fatto che Thibaut, il quale non sembra neppure in questo caso coinvolto da un simile atteggiamento negativo, aveva invece sin dell'inizio aspramente polemizzato contro il metodo wolfiano nella sua applicazione alla giurisprudenza.

⁽³⁵⁸⁾ In questo senso sembra invece orientato H.-M. BACHMANN, op. cit., pg. 202 ss.

⁽³⁵⁹⁾ J. BRÜCKNER, *loc. ult. cit.*: queste non irrilevanti divergenze dovrebbero indurre secondo noi a ripensare con più attenzione quell'interpretazione che appare assai diffusa in Germania — cfr. spec. W. HENNIS, *Politik*

tra suddito e servo esiste un comune legame, dal momento che entrambi sono suscettibili sotto il concetto di persona *morale*.

La differenziazione degli *status* non impedisce che la *perfectio*, appunto specificatamente connessa nella teoria a quel preciso aggettivo, resti scopo immanente e raggiungibile in entrambi.

È tuttavia proprio questo assorbimento dell'individuo in quanto tale nello Stato, determinato dal nuovo ruolo spettante al concetto di legge, fa sì che possa emergere una sfera 'moderna', alla quale pure un certo liberalismo giuridico, per intendersi più da vicino legato alle formulazioni dell'economia classica⁽³⁶⁰⁾ (e volto a

und praktische Philosophie. Eine Studie zur Rekonstruktion der politischen Wissenschaft, Neuwied, 1963 e ancora H. MAIER, *Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische Tradition*, Tübingen, 1966, pg. 8 ss. — e che vuol vedere una prosecuzione ininterrotta della tradizione aristotelica fin dentro il XIX secolo, e addirittura ricondurre ad essa l'origine delle moderne scienze politico-sociali. In questo senso verrebbe allora postulato un parallelismo tra Inghilterra e Germania sotto il segno del conservatorismo, che rischierebbe ad esempio di far disconoscere le stesse novità che il filone scozzese delle scienze sociali era in grado di apportare rispetto ad una pura e semplice ripresa dei moduli giusnaturalistici wolfiani.

⁽³⁶⁰⁾ Il fenomeno potrebbe certamente proporsi anche sotto la diversa e non tipologica angolatura dell'influenza diretta di Wolff sulla stessa teoria dell'economia classico-fisiocratica. La questione è stata di fatto, sia pur soltanto per accenni, sollevata in questi termini da BACHMANN (*op. cit.*, pgg. 241-242), il quale giunge ad affermare che la 'scuola' dei fisiocratici fondata dal Quesnay (1694-1774), nel suo ben noto dissolvimento della dottrina mercantilistica e nella sostituzione delle tradizionali pastoie istituzionali alla circolazione economica mediante l'introduzione del principio del 'laissez faire', sia stata influenzata in modo tutt'altro che inessenziale dal Nostro.

La prima reazione di fronte a questa ipotesi indurrebbe, al di là di un certo quale sconcerto causato dal di per sé ardito accostamento, a respingere la stessa *Fragestellung* come implausibile; del resto Bachmann l'appoggia all'autorità di Marcel Thomann, « secondo le cui ricerche » sarebbe appunto possibile istituire una tale diretta connessione.

Thomann nel luogo richiamato — la *Editoris Introductio* alla già ricordata ristampa delle *Institutiones* wolfiane (1969) — non fa tuttavia altro che postulare delle forme di 'cognationes' con il movimento dei fisiocratici (pg. XXXIV), presso i quali sarebbero da rinvenire non meglio precisate 'similitudines maximas' con il pensiero wolfiano, senza quindi che venga proposta esplicitamente, né tantomeno dimostrata, la tesi di un influsso diretto.

In realtà però bisogna resistere a quella prima tentazione, perché un'ana-

raffigurare la società borghese in termini di *Wirtschaftsgesellschaft*), potrà richiamarsi: quella della produzione dei beni.

lisi ravvicinata dimostra che la questione è ben lungi dal rivelarsi improponibile; anche se, a nostro avviso, andrà ciò nonostante risolta in modo negativo per le ragioni che tenteremo di esporre.

Se è infatti chiaro che l'orizzonte culturale generale nella cui cornice è possibile ricondurre la teorica giuridico-economica wolfiana è quello mercantilistico — come aveva del resto assai per tempo compreso Wilhelm ROSCHER (*Die deutsche Volkswirtschaftslehre unter den beiden ersten Königen von Preussen*, in *Preussische Jahrbücher*, XIV, 1864, pgg. 36-44, ripreso poi nella già ricordata *Geschichte*. Cfr. inoltre Id., *Grundlagen der Nationalökonomie*, Stuttgart und Berlin, 1918²⁵, §§ 175 e 1256, pgg. 530 ss. e 825 ss.) —, ad un'analisi più accurata è innegabile che emergano tuttavia analogie degne di riflessione, alcune delle quali fuoriescono certamente dal quadro teorico mercantilistico.

Per Wolff, non a caso, il fondamento di tutto il benessere di uno Stato deve ravvisarsi indiscutibilmente nell'agricoltura (*Jus Naturae*, cit., Pars VIII, § 1032, pg. 805), la quale soltanto è in grado mediante la propria rendita di assicurare l'indipendenza economica del paese con riguardo ai rapporti con l'estero (*Politik*, cit., §§ 393, 479, 488).

Inoltre se l'agricoltura è il fondamento, le attività produttive minerarie e forestali ne sono il necessario e migliore completamento (*loc. ult. cit.*, § 485).

A tutta prima la distanza da Quesnay — al di là della scontata assenza del concetto di prodotto netto, — sembrerebbe già evidente se solo si accettasse l'impostazione tradizionale che per solito viene fornita (cfr. C. NAPOLEONI, *Smith, Ricardo, Marx*, Torino, 1973, pgg. 20-37), qualora si tenda ad interpretare restrittivamente la sua definizione di produzione globale come comprendente tutta e soltanto « la ricchezza che nasce dalla terra »; F. QUESNAY, *Sur les travaux des artisans. Second dialogue*, 1766, trad. it. in Id., *Il « Tableau économique » e altri scritti di economia*, a cura di M. RIDOLFI, Milano, 1973, pg. 175.

Di fatto però si tratta di una definizione nella sua assolutezza non conclusiva, perché non è in prima istanza chiaro se appunto le attività forestali ed i giacimenti minerari (i *Bergwerke* wolfiani) siano in essa ricompresi come attività anch'esse produttive di prodotto netto. Che la risposta debba essere affermativa lo si può ricavare e dalle note a margine dei primi due *tableaux*, e, soprattutto, dal famoso settimo capitolo della *Philosophie rurale* (1763) di Mirabeau — le prime ignote a Marx, che con tutta probabilità era all'oscuro anche della autografia quesneyana dell'ultimo testo in questione —, nel quale è espressamente affrontato il problema (rispettivamente alle pgg. 6, 13, 53-90 della silloge sopra citata; cfr. anche *ibid.*, M. RIDOLFI, *Introduzione*, pgg. XXII-XXIII).

Anche la non centrale considerazione dell'industria manifatturiera (cfr. W. FRAUENDIENST, *Christian Wolff als Staatsdenker*, cit., pg. 135) e la dif-

Lo spostamento dell'accento giuridico dall'individuo alla legge, che implica altresì il trapasso della perfezione individuale nel

fidenza nei confronti della stessa manifattura di lusso (C. WOLFF, *Jus Naturae*, Pars VIII, § 1031, pg. 805; F. QUESNAY, articolo *Grains*, 1757, trad. it. cit., pg. 317), possono essere adottati almeno come parziali analogie. Comunque è sorprendentemente moderna — si ricordi che la prima edizione della *Politica* è del 1721 — l'immagine che Wolff ci fornisce del metodo di produzione industriale; se si vuole raggiungere infatti un prezzo remunerativo è necessario che le merci siano approntate velocemente e a scarso costo: « Sollen sie geschwinde verfertigt werden, so muss man zu der *Mechanik* seine Zuflucht nehmen; denn mit *Maschinen* kann man mit Vortheile der Zeit vieles ausrichten » (*Politik*, cit., § 488).

La stessa preponderanza del valore d'uso sul fondamento ontologico della legge naturale rispetto a quello del valore di scambio è poi ulteriore elemento che può accomunare le due visuali (cfr. sul punto L. DUMONT, *Homo aequalis. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, trad. it., Milano, 1984, pg. 84).

Ma l'analogia certamente più rilevante su questo piano ci è offerta da alcune sorprendenti affermazioni conclusive, che giungono poco dopo che tutto il discorso si era incamminato, ben univocamente, a designare l'impulso e la costrizione normativa statutale come matrici dello stesso sviluppo commercial. Così nel paragrafo 1029 dell'ottavo libro del *Diritto naturale*, dopo aver sostenuto il dovere del *Rector civitatis* di accrescere le « opes et divitias » dei sudditi, mediante la positiva promozione dei commerci, egli può così proseguire: « Non exigua sapientia ac prudentia requiritur, si nihil committi debet, quod commerciis obstet, et impediatur, quo minus finem per ea intentum consequaris. Sed cum hic tantummodo ostendamus, quid sit officii Regis, minime vero docere propositum, quomodo eidem satisfiat, id quod ad *Politicam spectat*; omnes istas cautiones silentio praeterimus, quae circa commercia adhibendae. Sufficit notasse errorem commerciis maxime nocuum pseudopoliticorum, qui utilitatem commerciorum ex utilitate Principis praesenti metiuntur. Neque enim solum magno conatu nihil agunt; verum etiam florem commerciorum perdunt et, quem promovere volunt, impediunt, qui eo sunt animo, ut lucrum privatorum vindicare velint Regi et commercia habeant pro medio redditus regis insigniter ac celeriter augendi » (pg. 803).

Ed invero nella *Politica*, al termine di un ragionamento analogo (§ 488), il senso delle precedenti espressioni diviene ancora più netto: « Poiché è interesse dei commercianti che il commercio si trovi in floride condizioni, così essi in quanto persone interessate si daranno cura per il loro proprio vantaggio di condurlo e mantenerlo in una tale condizione. Perciò esso non può andare meglio, che quando li si lascia agire di loro volontà. E l'esperienza lo ha confermato, cosicché da essa può essere tratta la seguente notazione: *il commercio non fiorisce in nessun luogo di più, che laddove esso è libero, e*

bene comune come precisato positivamente dall'autorità, rende quest'ultimo, dopo soddisfatti presupposti della sicurezza non eco-

non deperisce e non va in rovina maggiormente che nei luoghi nei quali lo si vuole sottoporre a limiti.

Siamo così di fronte ad una nuova incongruenza che rinvia, pur essa, tuttavia alla problematica della 'sanzione naturale' che abbiamo enucleato nel testo e quindi all'altro ordine di considerazioni che potrebbero essere introdotte su questa tematica: quelle appunto relative all'origine della teoria economica-fisiocratica dal diritto naturale.

E, non a caso, se diamo voce ad uno degli esponenti di quel movimento vediamo come la loro impostazione ideologica tendesse a sottolineare più che a celare questo retroterra, in un tentativo di difesa rispetto alle più tarde critiche rivolte contro l'eccessivo *esprit de système* (cfr. P. CAPITANI, *Evidenza e legge naturale in François Quesnay*, in *La politica della ragione. Studi sull'Illuminismo francese*, a cura di P. CASINI, Bologna, 1978, pg. 107 ss. nonché ID., *Prodotti immateriali e funzioni dello Stato nella storia economica di Jean-Baptiste Say*, in *Eredità dell'illuminismo. Studi sulla cultura europea tra Settecento e Ottocento*, a cura di A. SANTUCCI, Bologna, 1979, pg. 171 ss.): « Vous avez trop rétréci la carrière de l'économie politique en ne la traitant que comme la *science des richesses*. Elle est la *science du droit naturel* appliqué, come il doit l'être, aux sociétés civilisées. Elle est la *science des constitutions*, qui apprend, et qui apprendra, non-seulement ce que les gouvernements ne doivent pas faire pour leur propre intérêt et pour celui de leurs nations, ou de leurs *richesses*, mais ce qu'ils ne doivent pas *pouvoir devant Dieu*, sous peine de mériter la haine et le mépris des hommes, le détronement pendant leur vie, et le fouet sanglant de l'histoire après leur mort. Vous avez cru que notre large manière de considérer les gouvernements était la *politique*, et non l'*économie politique*... Mais l'*économie politique* est celle de la *justice éclairée* dans toutes les relations sociales intérieures et extérieures » (DUPONT de NEMOURS a J. B. SAY, 22 avril 1815, *Mélanges et correspondance d'économie politique. Ouvrage posthume publié par C. COMTE*, in J. B. SAY, *Cours complete d'économie politique pratique*, Bruxelles, 1843, pgg. 582-583).

Anche qui è possibile scorgere alcune consonanze: infatti per Quesnay e i fisiocratici il vero stato di natura — contrapposto ad uno stato di natura « pura », secondo la definizione del capostipite del movimento — non può essere realizzato che attraverso le leggi positive e l'autorità sovrana, e l'adozione dell'idea di ordine naturale porta ad una visione modificata del sistema giusnaturalistico come sistema non più esclusivamente giuridico, nel quale, cioè, tutto il materiale non giuridico abbia una collocazione subordinata; vedi G. REBUFFA, *Fisiocrazia, ordine naturale, diritti individuali*, cit., pg. 221. La stessa concezione di *Politica* richiamata da Dupont non appare lontana da quella fatta propria dal Wolff: ma è soprattutto la dialettica sanzione naturale — sanzione positiva (diritti individuali come diritti *imperfetti* in assenza di una

nomica, sempre più identificabile con un *Wohlfahrt* che si restringe

legislazione), come pure l'intervento tutelare dell'autorità nell'ambito della sfera economica (G. REBUFFA, loc. cit., pg. 231), che richiama da vicino le strutture fondamentali della teoria wolfiana.

Ma una volta raffrontati con cura questi elementi non si può fare a meno anche di avanzare una serie di perplessità.

La prima riguarda il problema della effettiva recezione di Wolff in Francia. Nonostante le valutazioni un po' entusiaste di Marcel THOMANN (*Ideologische Aspekte der praktischen Philosophie Wolffs*, in W. SCHNEIDERS, hrsg., *Christian Wolff*, cit., pgg. 193-202; *Histoire de l'idéologie juridique au XVIII^e siècle, ou: « le droit prisonnier des mots »*, in *Archives de Philosophie du Droit*, XIX, 1974, pgg. 127-149), la recezione tra i giuristi può essere considerata abbastanza limitata. Infatti praticamente l'unico giurista presso il quale essa è in qualche misura accertata, il cancelliere Daguesseau, preferiva ciononostante essere annoverato tra i cartesiani; cfr. A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, Paris, 1969, pgg. 12 e 109.

Il discorso può essere in parte diverso per quanto concerne l'*Encyclopedie*, dalla quale come è noto molti fisiocratici, Quesnay in testa, furono collaboratori. Non è infatti circostanza molto nota che in essa confluirono una serie di articoli dovuti alla penna di Jean Henry Samuel Formey (1711-1797), divulgatore della filosofia wolfiana ed autore tra l'altro dell'unica traduzione francese esistente di un'opera giuridica del marburghese (*Principes du droit de la Nature et des gens*, Amsterdam, 1758); cfr. E. MARCU, *Un Encyclopédiste oublié: Formey*, in *Rev. d'Hist. Lett. de la France* (1953), pg. 302 ss. ed anche M. THOMANN, *Influence du philosophe allemand Christian Wolff (1679-1754) sur l'Encyclopédie et la pensée politique et juridique du XVIII^e siècle français*, in *Archives de Philosophie du Droit*, XIII (1968), pgg. 234-248.

Tuttavia un rapido sguardo alle voci 'metafisiche' dei fisiocratici (la voce *Evidence* di Quesnay, od anche la voce *Existence* di Turgot) rende subito manifesto che le fonti a cui ci si richiama sono altre; dal cartesianismo malebranchiano — cfr. A. KUBOTA, *Quesnay, disciple de Malebranche*, in *François Quesnay et la Physiocratie*, Paris, 1958, vol. 1, pgg. 169-196 —, al sensismo psicologico, per finire con influssi lockiani: Quesnay, per solito molto parco nelle sue citazioni fa capo ancora nei suoi scritti economici a Locke; si veda la voce *Fermiers. Econ. Pol.*, trad. it. cit., pg. 263.

Manca comunque ancora un'indagine orientata da questa finalità sui lavori di diritto naturale dell'intera scuola.

Allo stato attuale è in ogni caso certo che sussistono anche motivi d'ordine contenutistico interno che inclinano ad una soluzione negativa.

Innanzitutto il carattere spesso 'episodico', o meglio scarsamente coerente delle intuizioni wolfiane, ed inoltre lo stesso contesto storico culturale sono ben lungi dal poter fornire i presupposti per una interpretazione troppo anticipatrice. Lo stesso concetto di ordine naturale assume nei fisiocratici uno specifico carattere di conformità all'ordine fisico (cfr. G. HUGO,

all'incentivazione della 'comodità della vita' ⁽³⁶¹⁾: ma se nella possibilità di disporre con continuità e abbondanza — al di là quindi dei bisogni 'immediati' — di beni materiali deve essere individuato il peculiare elemento differenziatore tra le comunità minori e la comunità maggiore (Stato), quella formula può espandersi a condizione dell'incremento stesso dell'economia del paese.

Il punto decisivo non è allora il dato innegabile nella scarsa estensione e fors'anco rilevanza dell'opera specificatamente dedicata all'*oeconomica* nel panorama della produzione del Nostro ⁽³⁶²⁾, ma

*Naturrecht*¹, cit., pg. 166), che mal si concilia con l'intonazione « morale » wolfiana.

Il punto decisivo ci pare però un altro; un'interpretazione della dottrina fisiocratica che ne proponesse l'analisi economica come semplice conseguenza *deduttiva* da una dottrina giusnaturalistica, rischierebbe di dimenticare la profonda riluttanza da questi ultimi sempre dimostrata nei confronti del caposaldo della concezione wolfiana di scienza: l'accettazione della conoscenza matematica come modello generale.

Anche a voler ridurre il ruolo svolto dalle teorie wolfiane in più ragionevoli confini, ci pare che resti immutato il senso dell'operazione da lui intrapresa come abbiamo cercato di metterla in luce nel testo: rimane semmai da accennare ad un'altra sua ambiguità 'carica di futuro'. Infatti accanto ad un'immagine di una società restituita in termini *materiali*, emerge con forza anche lo schema *individuo-autorità* che rimanda ad una logica ben diversa. Solo su quest'ultimo aspetto potrà poi insistere, certo sulla base di presupposti ben diversi, la Pandettistica tedesca dell'Ottocento.

⁽³⁶¹⁾ Cfr. C. WOLFF, *Jus Naturae*, cit., Pars I, § 499 ss., pg. 326 ss. e vedi *ibid.*, Pars VIII, § 420, pgg. 312-313.

⁽³⁶²⁾ Ci sembra che A. MANTELLO, *Individuo, fenomeni associativi*, cit., spec. 210, nota 77, benché sottolinei debitamente come le materie attinenti al commercio ed ai fini di lucro vengano escluse dalla 'economica', per essere ricondotte alla 'politica', ingenerando quel processo storico per il quale le scienze economiche moderne si svilupparono non già dall'antica *oikonomica* di stampo aristotelico, ma appunto invece dalla *Politica*, sia poi indotto ad usare come prospettiva privilegiata di interpretazione dello *Jus Naturae* (*ivi*, pg. 216 nota 86) proprio l'*Oeconomica methodo scientifica pertractata... in qua agitur de societibus minoribus, conjugali, paterna et herili*, Pars prima et secunda, Halae Magdeburgicae, 1754-1755 (Nachdruck, Hildesheim-New York, 1972), opera rimasta incompiuta e completata dopo la sua morte da Michael Cph. Hanov. Non è così in grado di poter cogliere alcuni degli aspetti di novità cui abbiamo accennato e che sono presenti a livello strutturale, dato l'esplicito legame che il *Diritto naturale* istituisce anche — e vorremmo dire soprattutto — con la *Politica* (si veda ad esempio la citazione testuale alla nota 360).

piuttosto ancora uno specifico problema di rapporto *sistematico* tra le diverse discipline.

Non è alla più o meno forte originalità della dottrina economica wolfiana stessa, che certamente affonda sue non remote radici nel movimento cameralista, che interessa far qui riferimento: del resto neppure l'accoglimento di un tale patrimonio culturale nella cerchia del giusnaturalismo può essere considerato, di per sé, elemento nuovo.

Il momento di discriminare è piuttosto rappresentato dal fatto che, in forza di un rapporto che ci è fin troppo noto, l'economia non rimane materia di specifica competenza della *Klugheitslehre*, ma diviene parte costitutiva del diritto naturale; il suddito non si definisce più come ' buon cittadino ' a motivo dell'adempimento dei doveri etici: il loro posto è preso invece dalla sua capacità e concreta attività produttiva, e le prescrizioni *tecniche* dell' ' economia ', grazie all'incrociarsi delle disposizioni di diritto positivo e naturale, non appaiono più come semplicemente ' utilizzabili ', ma addirittura come normative, coperte come sono dall'aura della dottrina *giusnaturalistica* dei doveri ⁽³⁶³⁾.

Questo sia pur embrionale economicismo introdotto nell'ambito del diritto naturale costituisce a nostro avviso un elemento da tener presente in prospettiva, perché rappresenta una piattaforma sulla quale si poteva ancora ampiamente costruire. Quando Hugo nel suo *Naturrecht* inserirà le risultanze dell'analisi economica come un dato che il giurista debba *ovviamente* valutare, ed anzi utilizzare come strumento critico specialmente nell'ambito di quella antropologia giuridica che verrà ad incarnare il fulcro ed il presupposto della riflessione progettuale sul diritto (privato) positivo, in qualche modo ' prolungherà ' — certamente rivitalizzandola, ed in parte mutandola di segno per il tramite della messa a frutto della cultura socio-economica inglese e francese — una tradizione che trova qui le sue origini.

Il totale silenzio dell'idealismo giuridico savignyano su questo aspetto di un autore che pure per motivi tattici veniva spesso chiamato in causa come precursore, è secondo noi una delle testimonianze di quel ' discorso indiretto ' che per troppo tempo la stori-

(363) J. BRÜCKNER, op. cit., pgg. 225-228.

grafia giuridica ha evitato di tematizzare, impedendosi così di fare chiarezza sulle diverse immagini di società che i due giuristi potevano proporre ⁽³⁶⁴⁾: anch'esse in definitiva troppo frettolosamente

⁽³⁶⁴⁾ Se abbiamo introdotto il termine idealismo giuridico immediatamente 'in contrapposizione' al lemma economia classica - sua immagine della società, è certamente *pour cause*.

Tocchiamo infatti in tal modo un nodo centrale del trapasso dalle concezioni settecentesche a quelle ottocentesche del nesso realtà-forme giuridiche: invero non è di oggi la notazione che non vi sarebbe esagerazione nell'affermare che « le dottrine dei fisiocratici, economisti e filosofi nello stesso tempo, ebbero una influenza decisiva sui giuristi della rivoluzione e costituirono le premesse teoriche del Codice Napoleone » (G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Torino, 1959, pg. 90, e cfr. *ivi* anche pg. 96).

Tuttavia anche nell'indagine più accurata ed ormai classica sulle origini della codificazione francese, al di là di qualche fuggevole riferimento (A. J. ARNAUD, *Les origines*, cit., pgg. 53, 174-177, spec. pg. 175, nota 456; la bibliografia, *ivi* pgg. 291-292, avrebbe forse lasciato sperare qualcosa di più), non siamo in grado di trovare lumi confortanti.

A parte i già citati lavori di Rebuffa, e lo stimolante studio di E. GLIOZZI, *Dalla proprietà all'impresa*, Milano, 1983², nessuno sembra avere avvertito anche solo l'esigenza di sceverare veramente a fondo, mediante un'approfondita analisi testuale dei lavori preparatori (specialmente quelli relativi al progetto dell'anno VIII), comparati con i testi di uno spettro il più possibile ampio di autori fisiocratici, quanto sia in realtà effettivamente da ricondurre ad impostazioni fisiocratiche: un lavoro di scavo analogo a quello che è stato anch'esso solo in parte abbozzato sul rapporto più generale tra fisiocrazia e rivoluzione francese. Una ricerca che è sicuramente resa difficile dal ricorrere di terminologie spesso largamente diffuse nel Settecento e perciò di per sé non caratterizzanti (per la invero scarsa bibliografia in proposito si può rinviare a A. MAFFEY-M. A. ROMANI, *La fisiocrazia*, in *Storia delle Idee politiche, economiche e sociali*, diretta da L. FIRPO, vol. 4, t. II, Torino, 1983², pgg. 526-527). Una carenza che è favorita tra l'altro da un'insufficiente indagine storiografica che dovrebbe essere volta, in primo luogo, ad accertare la consistenza del movimento, e soprattutto di quello dei suoi critici, oltre che a mettere in luce le condizioni a partire dalle quali fu possibile pensare in forme coerenti e simultanee il sapere « fisiocratico » ed il sapere « utilitaristico », come già sottolineava M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, trad. it., Milano 1978, pgg. 220-221.

In ogni caso anche a questa carenza di tematizzazione sembra che si debba ricondurre la comune opinione che ritiene che vi sia continuità tra la cultura sottostante all'emanazione del *code civil* e la cultura della quale è stata invece portatrice la Pandettistica tedesca dell'Ottocento: un'interpretazione da noi particolarmente diffusa perché sembra trovare punti di appoggio nella

identificate, a causa dell'apparente analogia di funzioni che nelle due strutture sistematiche il diritto privato (romano attuale) sembrava rivestire.

constatazione della 'indolore' sostituzione dell'influenza tedesca a quella francese, ma che in realtà precostituisce già la 'spiegazione' di cui essa sarebbe stata chiamata a costituire i presupposti.

Se le cose stanno così per il panorama francese, il 'caso Germania' lascia intravedere una situazione se possibile ancor più 'aurorale', per non dire un grado d'analisi del problema addirittura insussistente: anche a voler prescindere per un momento da Hugo — le monografie esistenti, sia detto per inciso, tralasciano senza profferir motto praticamente tutti i suoi numerosi riferimenti alla letteratura economica classica —, un esempio può valere per tutti.

In nessun lavoro più o meno recente di storia giuridica, ma neppure nel per solito informatissimo Landsberg, ci è dato trovare traccia di un volume che a tutta prima appare degno di attenzione appunto soltanto a chi si interessi di profili esclusivamente sistematici. Vogliamo alludere a I. von RUDHART, *Untersuchung über systematische Eintheilung und Stellung der Verträge für Doctrin und Legislation. Eine gekrönte Preisschrift*, Nürnberg, 1811.

Eppure si tratta di un testo ai suoi tempi non sconosciuto (cfr. infatti E. F. VOGEL, *Untersuchungen über die Bestandtheile... des Pandektenrechts*, cit., pg. 216), proprio a motivo del tentativo teorico da essa rappresentato di una fondazione della sistematizzazione giuridica anche su categorie derivanti dall'economia politica (I. von RUDHART, *op. cit.*, pg. 5 ss.).

In realtà benché la disattenzione verso una simile questione sia pressoché totale, si può illustrare anche questo atteggiamento proprio alla luce della 'convinzione diffusa' di cui poco sopra si diceva.

Si finisce cioè per ritenere che l'idealismo a partire da Kant abbia fornito una visione più rarefatta forse, ma in ogni caso omogenea ai presupposti dell'economia classica: e che quindi, in una parola, si sia semplicemente trattato di un avvicendamento 'naturale': « l'individualismo giuridico nella forma liberale espressa dal Codice francese, come quello che meglio armonizzava colla dominante concezione dei rapporti economici e politici, finì per prevalere, ma prevalendo rifece le sue basi filosofiche sotto l'influenza del criticismo kantiano » (G. SOLARI, *op. cit.*, pg. 336), opinione che sembrerebbe corroborata, ove si manifestasse un interesse per una disamina più ravvicinata, dall'agevole possibilità di riscontrare una specie di 'unione personale' in molti degli autori 'kantiani' — da Hufeland, a Zachariae, a Schmalz — delle vesti combinate di giurista e di *Nationaloekonom*.

Già Schumpeter aveva però potuto osservare, sul versante economico, che l'influsso di Kant, se esteriormente si rendeva molto spesso avvertibile, ben poco si fosse fatto invece sentire a livello dei concreti risultati (*Epoche*

Non ci pare invece di essere lontani dal vero se individuiamo proprio nell'apertura hughiana all'immagine di una società largamente coerente — al di là della rituale contrapposizione tra opzioni politiche conservatrici o (più o meno) liberali — con le categorie intellettuali elaborate dall'economia politica classica, un'apertura volta a tener conto in modo *immediato* sul piano giuridico di quelle indicazioni (e sia pure, nell'ambito del Corso civilistico, a livello di politica del diritto e di comparazione storico-giusnaturalistica: tutto ciò aveva pur sempre a sua conseguenza una non assolutizzazione della prospettiva del diritto romano attuale), e non esclusivamente basata, pertanto, su di una postulata armonia pre-stabilita tra la produttività formale delle categorie giuridiche e le nuove esigenze della società civile; se individuiamo, si diceva, pro-

di storia delle dottrine e dei metodi, in Id., *Vecchie e nuove teorie economiche*, Torino, 1953, pg. 76).

Il problema per noi, come è chiaro, riguarda tuttavia soprattutto l'effettiva recezione delle dottrine classiche da parte di Kant.

Non è mancato per vero anche a questo proposito il tentativo di sostenere l'ipotesi di una connessione *diretta* (A. ONCKEN, *Adam Smith und Immanuel Kant. Der Einklang und das Wechselverhältnis ihrer Lehren über Sitte, Staat, und Wirtschaft*, Leipzig, 1877), ma la tesi dell'*eterogeneità* ne è risultata piuttosto rafforzata che indebolita, proprio perché un tale tentativo non è potuto andare oltre una prima parte, nella quale si è stati solamente in grado di esaminare l'Etica e la Politica, raggiungendo per tutto risultato la proposizione di parallelismi poco convincenti, come quelli tra l'imperativo categorico da un lato e le *general rules* smithiane dall'altro. Su tutta la questione si rivela ancora molto utile un risalente saggio, purtroppo non ancora sostituito da più recenti ricerche di eguale portata, e dovuto alla penna di A. FRIEDRICH, *Klassische Philosophie und Wirtschaftswissenschaft. Untersuchungen zur Geschichte des deutschen Geistesleben in neunzehnten Jahrhundert*, Gotha, 1913; sul punto cfr. *ivi*, pg. 5, nota.

All'interno dell'*eterogeneità* idealistica — che vale per noi qui già come indizio di un'equivalente eterogeneità della Pandettistica — soltanto ad Hegel sarà dato di assumere una posizione a sé, le cui potenzialità risulteranno però diversamente valutabili nella loro specifica applicazione giuridica e, di fatto, diversamente messe a frutto dai giuristi hegeliani. Sul sottofondo sociale dell'idealismo tedesco è possibile rinviare a H. HOLBORN, *Der deutsche Idealismus in sozialgeschichtlicher Beleuchtung*, in H.-U. WEHLER (hrsg.), *Moderne deutsche Sozialgeschichte*, Düsseldorf-Königstein im Taunus, 1981², pgg. 85-108, che però fondamentalmente trascura questo decisivo aspetto.

prio su questo piano una delle motivazioni dell'insuccesso della proposta complessiva di Hugo.

Ed altresì una delle cause della sua sostanziale indifferenza, dopo gli iniziali contributi sistematici, ai tentativi di ancorare la concezione stessa di scienza giuridica ad un concetto ' interno ', *olistico* di sistema giuridico, testimoniati dal suo ritorno senza eccessivi rimpianti ad una difesa dell'ordine sistematico delle Pandette.

CAPITOLO QUINTO
NOVUM SYSTEMA

1. La resistibile ascesa di un sistema 'produttivo'. — 2. A mo' di conclusione: dal système réglé ad una Architettonica 'civilistica'.

1. Prima di mettere in luce alcune delle ulteriori differenze che sussistono tra i due diversi progetti hughiano e savignyano, ci sembra necessario riflettere ancora sulle conseguenze che la nuova delineazione teorica operata da Wolff esercita sulle sue stesse conclusioni e sui tentativi di aggiustamento operati ancora successivamente nell'aspirazione rimanere fin quanto possibile nei 'confini' del quadro teorico da lui prefigurato.

Innanzitutto rimane più comprensibile l'atteggiamento sin qui delineato nei confronti del diritto romano; esplicitamente fatto oggetto di un paragrafo all'interno della *teoria naturale delle leggi positive* è infatti la questione di come possa acquisire validità un diritto straniero, una volta postulato che tali leggi acquisiscono forza obbligatoria soltanto nei riguardi dei « membra civitatis in qua feruntur » (1).

La scelta in favore della *seconda* definizione di legge fa sì che l'atteggiamento nei confronti della recezione del diritto romano come un tutto, segua proprio in qualità di corollario di quell'amplissima estensione del potere dell'autorità, che lo induceva a giustificarsi facendo appello al fatto di non essere uno 'scrittore di storia' (2); « si leges peregrinae recipiuntur, eae non habent vim obligandi qua leges peregrinae, sed quatenus superior vult eas esse leges in Republica quam regit... *similiter Jus Romanum in Germa-*

(1) C. WOLFF, *Jus Naturae*, cit., Pars VIII, § 967, pg. 744.

(2) Cfr. *supra*, pg. 492, nota 356.

nia non valet tamquam Jus Romanum, nec tamquam Jus Germanicum; sed tamquam Jus superioris, qui in suo territorio potestatem legislativam habet. Sine voluntate enim superioris, seu eius, qui potestatem legislativam habet in civitate, seu territorio quodam, nulla concipitur lex civilis, quae cum sint leges positivae humanae, aliunde quam a voluntate ipsius vim obligandi habere nequeunt. Unum idemque est, sive superior in condendi legibus utatur consilio ministrorum suorum, vel aliorum civium, sive extraneorum. *Quando vero leges peregrinas recipit, perinde omnino est, ac si usus fuisset consilio extraneorum* » (3).

Sostituendo così semplicemente la fonte autoritativa della validità, dal momento che in questo trapasso quella che rimaneva ferma era in definitiva la possibilità di sussumere ancora unitariamente sotto il concetto di legge le disposizioni del diritto romano, restava impregiudicato proprio lo stesso problema della validità — anche al di là dell'atteggiamento positivo di Wolff su singole e specifiche questioni di compatibilità create dalla recezione (4) —; il tema, quindi, la cui messa in questione si rivelava invece, persino agli occhi di un Hugo, come momento decisivo per l'introduzione di un diverso ruolo della storia del diritto: « Im Privatrechte machte es sich Thomasius zur Pflicht, den *non usus* des Römischen Rechts bey so vielen Lehren als möglich zu zeigen, in so ferne es etwas *positives* enthalte, und wie erwünscht war ihm dieser Beweis, da er so viel *naevos* darin gefunden und diese gar *aus der Geschichte* desselben dargethan hatte! *Daraus entstand doch das Gute, dass nun die Rechtsgeschichte mehr gewöhnlich ward...* » (5).

Come era lecito attendersi, e come in parte avevamo già anticipato in sede di discussione sulle prese di posizione relative al pro-

(3) C. WOLFF, *loc. ult. cit.*, § 968, pg. 745.

(4) Sull'atteggiamento generalmente positivo di Wolff non soltanto nei confronti di un diritto romano del quale si rivelava sicuro conoscitore nel dettaglio, ma più precisamente nei confronti del fenomeno storico della sua recezione — non valutato *storicamente*, aggiungeremo noi, ma come espressione di una necessità razionale, di una razionale applicazione dei principi —, cfr. anche le ulteriori indicazioni di P. BENDER, *Die Rezeption des römischen Rechts*, cit., pg. 60.

(5) G. HUGO, *Lehrbuch der civilistischen LitterairGeschichte*, Berlin, 1812¹, pgg. 276-277.

blema della *cognitio historica*, l'atteggiamento specifico per sommi capi delineato nei confronti del concetto di legge, esercita tuttavia un influsso anche diretto sulla configurazione stessa dell'idea di sistema.

Fin dal 1729 Wolff aveva impresso ad occuparsi di uno studio esplicitamente volto ad esaminare il concetto di sistema: vogliamo far riferimento alla trattazione contenuta nelle *Marburgische Nebenstunden* e dedicata a stabilire la differenza sussistente tra un *intellectus systematicus* ed un intelletto invece *non systematicus* ⁽⁶⁾.

Il primo è colui che connette le proposizioni universali tra loro; ma la connessione di proposizioni l'una con l'altra equivale alla *dimostrazione* « *aliae per alias tamquam per principia* ».

Ora deve essere chiaro che il Nostro nel proporre questo svolgimento non intende in nessun modo dar adito ad una confusione dei piani tra sistema di proposizioni ed un sistema reale secondo il quale le cose stesse *si* ordinino, e che debba dal primo, per ipotesi, venire solo rispecchiato: « *Alia nimirum est connexio propositionum quam rerum. Res inter se connectuntur, si ratio, cur una sit, continetur in altera, seu existentia vel actualitas unius per alteram determinatur. Istiusmodi autem nexus in propositionibus locum non habet; neque enim veritas unius propositionis per veritatem alterius determinatur, sed veritas tantummodo unius propositionis per propositiones alias demonstratur, quas veras esse agnoscimus. In qualibet propositione determinata praedicatum per notionem subiecti determinatur et ipsa haec notio rationem sufficientem continet, cur praedicatum subiecto tribuendum...* » ⁽⁷⁾.

Verità e proposizione si identificano, ed il sistema che ne può essere ricavato è del tutto univocamente un *systema doctrinarum*.

Ma se per l'intelletto sistematico non è possibile afferrare il *nexus rerum*, il complesso delle relazioni, sotto quel profilo per il quale l'una cosa *determina* l'altra secondo la sua verità esistenziale sedimentata nella corrispondente proposizione, ma soltanto mediante la *dimostrazione* della verità di una proposizione sulla

⁽⁶⁾ C. WOLFF, *Horae Subsecivae*, cit., *Trimestre brumale* (1729); n. 3), *De differentia intellectus systematici et non systematici*, pgg. 107-154.

⁽⁷⁾ *Ibid.*, pg. 108 ss.; cfr. W. RISSE, *Die Logik der Neuzeit*, Bd. 2 (1640-1780), Stuttgart-Bad Cannstatt, 1970, pg. 580 ss.

base della verità da noi 'riconosciuta' di altre proposizioni⁽⁸⁾, la posizione dell'atteggiamento non sistematico ne riuscirà agevolmente circoscritta: l'intelletto non sistematico sarà rappresentato dal tentativo di andare al di là di questa correlazione puramente discorsiva, non connettendo le proposizioni universali, ma limitandosi ad *intuirle* singolarmente e nella loro specificità, « quasi cum ceteris nihil commune habentes »⁽⁹⁾.

Il giudizio che cade su quest'ultimo è nettamente negativo, poiché la verità delle proposizioni « multo evidentius cognosci, ubi in systema fuerint redactae, quam ubi vulgari more tamquam scopae dissolutae proponuntur »⁽¹⁰⁾.

Tuttavia più che limitarsi a prendere atto di questo aspetto, bisognerà per il momento richiamare l'attenzione su di una duplice serie di fenomeni, che a prima vista non sembrerebbero implicati nei contesti appena richiamati.

(8) Concependo il sistema chiuso nel cerchio 'magico' di una struttura solo predicazionale *all'interno della quale* i partecipanti al processo discorsivo contribuiscono alle scelte della sua costruzione mediante il loro 'riconoscimento di verità', si vengono in linea di massima a porre le basi idonee ad escludere che le asserzioni valutative o normative che formano l'oggetto di quel processo possano divenire per parte loro oggetto di altre proposizioni, questa volta però osservazionali, in modo significativo per la modificazione dello stesso sistema.

In altri termini una tale possibilità non viene negata a livello di principio, ma presuppone che le asserzioni contenenti osservazioni (empiriche) siano poste in essere da terzi non partecipanti al processo di costruzione del sistema: asserzioni ed ipotesi osservazionabili non potrebbero così né influenzare, né predeterminare la discussione tecnica, poiché date le premesse di partenza si assume che esse non siano affatto possibili per i 'co-discutanti'. Cfr. sul punto il significativo saggio di J. SCHMIDT, *System und Systembildung in der Rechtswissenschaft*, in G. JAHR, W. MAIHOFFER, *Rechtstheorie*, cit., pgg. 384-425, 404-405.

È chiaro che sviluppando in prospettiva queste indicazioni contenute nel programma wolfiano, un progetto quale quello della giurisprudenza 'realistica' diverrebbe estremamente problematico. Di fatto il sociologismo giusnaturalistico non è evidentemente da Wolff perso del tutto di vista, ancora una volta in forza dell'ambiguità irrisolta della stessa metodologia, che lo colloca però adesso in una posizione assai instabile dal punto di vista della giustificazione.

(9) C. WOLFF, *loc. ult. cit.*, pg. 112.

(10) *Ibid.*, pg. 122.

Innanzitutto la proposta avanzata da Wolff ci permette adesso di scorgere anche tecnicamente l'orizzonte che da una siffatta idea di sistema viene 'escluso': e si tratta non casualmente, e di nuovo sotto un duplice profilo, di prospettive leibniziane.

Infatti di contro alla formula del giudizio *praedicatum inest subiecto* ⁽¹¹⁾, che per Leibniz era e restava analitica e riferita pu-

(11) Cfr. ad es.: G. W. LEIBNIZ, *Praecognita ad Encyclopaediam sive Scientiam universalem*, in C. J. GERHARDT (hrsg.), *Die philosophischen Schriften von Gottfried Wilhelm Leibniz*, Berlin, 1875-1890, Bd. VII (1890), pg. 44: «Omnisque adeo propositio exprimit vel praedicatum in subiecto vel antecedens in consequente contineri.

Propositio vera est quae per se nota est aut ex per se notis demonstrari potest.

Propositio per se nota est, in qua expresse patet praedicatum in subiecto aut consequens in antecedente contineri. ». (D'ora in poi faremo riferimento a questa edizione con l'usuale abbreviazione G., seguita dal numero del volume e della pagina).

Conviene forse aggiungere qualche riflessione esplicativa sulle valenze di questo principio che secondo Bertrand RUSSEL, *A Critical Exposition of the Philosophy of Leibniz* (1900), trad. it., Roma 1972, pg. 46 ss., fu la fonte precipua delle stesse dottrine metafisiche leibniziane (su questa interpretazione si veda comunque F. BARONE, *Logica formale e logica trascendentale*, Torino, 1964, vol. 1, spec. pgg. 292-293), ma che a noi interessa in particolare per le sue ripercussioni sul problema del rapporto tra storia e scienza.

Se infatti in ogni proposizione affermativa vera, sia essa universale o singolare, od anche necessaria o contingente, il predicato inerisce al 'soggetto', si potrà agevolmente scorgere quale significativa conseguenza si nasconde tra le pieghe di un ragionamento che appare a tutta prima di per sé non contrastante, nella sola individuazione di un rapporto tra soggetto e predicato come essenziale caratteristica della proposizione, con l'antica tradizione filosofica che poteva fare capo alla nozione aristotelica di sostanza.

Ciò significa in altre parole che Leibniz è andato assai più in là di un tentativo di applicare la sillogistica aristotelica ai ragionamenti con premesse singolari: egli giunge invece ad una assimilazione tra gli asserti singolari e quelli universali, che non sono più separati da alcuna essenziale differenza.

Così quel principio che avrebbe potuto inizialmente essere parafrasato nell'osservazione che ogni asserto affermativo vero ascrive alla cosa denotata dal termine che assume la posizione di soggetto un attributo che realmente le inerisce — e come tale forse accettato anche in una prospettiva di ortodossia aristotelica —, conduce da un lato Leibniz a trattare le proposizioni generali in un modo adeguato soltanto a quelle singolari; e so-

ramente al contenuto del concetto, Wolff giunge a *limitare* la relazione tra soggetto e predicato ad un semplice nesso o consonanza dei concetti 'nella' cosa da essi designata. I giudizi non si basano quindi più sul fatto che il concetto di soggetto contiene al suo interno il concetto di predicato, ma invece sulla constatazione che alla base di entrambi vada ricercato e collocato un *nexus re-*

prattutto, dall'altro, a trattare le proposizioni intorno ad individui come se fossero simili alle leggi che si esprimono con asserti universali (cfr. L. POZZI, *Da Ramus a Kant: il dibattito sulla sillogistica*, Milano, 1981, pg. 67).

In tal modo, come si vede, viene a scomparire tendenzialmente la distinzione tra storia e scienza (col che comincia a cadere il pregiudizio contro la scientificità o sistematizzabilità della storia), e una simile identificazione non può più essere confinata sul piano degli espedienti per fare economia di regole nella critica dei ragionamenti, ma acquista un carattere sostanziale. Cfr. W. C. KNEALE e M. KNEALE, *The Development of Logic*, trad. it. a cura di A. G. CONTE, Torino, 1972, pgg. 370-371.

Non è tuttavia da sottacere che l'assunto della riducibilità di tutte le proposizioni alla forma soggetto-predicato induce una semplificazione eccessiva e non motivata, spingendo in particolare alla conclusione che *la relazione ed il rapporto* non possano essere considerati *al di fuori* dei termini assunti come soggetti. Va così in parte perduto il riconoscimento a tratti da lui stesso operato, che essi siano invece qualcosa di distinto ed *indipendente* dal soggetto e dall'accidente: per mantenere la teoria che ogni proposizione ha la forma soggetto-predicato, Leibniz è così costretto a sostenere la tesi, *poi ripresa da Kant*, che le relazioni, anche se vere, sono opera dello spirito (B. RUSSEL, *op. cit.*, pg. 47 e 49; per una messa a punto critica di questa analisi cfr. M. MUGNAI, *Astrazione e realtà. Saggio su Leibniz*, Milano, 1976, pg. 162 ss.).

Anche questo sarebbe punto degno di rimeditazione in connessione con la finalità di stabilire se un orientamento mentale del tipo appena descritto sia poi trascorso senza soluzione di continuità dal kantismo giuridico fin nell'ambito della Pandettistica tedesca dell'Ottocento; o se, come ci sembra più verosimile, abbia anch'esso subito inflessioni di carattere assai più oggettivistico.

Per una disamina più dettagliata delle modalità delle critiche wolfiane a Leibniz su alcuni dei punti cui si è fatto riferimento si veda M. CAPOZZI, *Sillogismi e proposizioni singolari: due aspetti della critica di Wolff a Leibniz*, in D. BUZZETTI e M. FERRIANI (a cura di), *La grammatica del pensiero. Logica, linguaggio e conoscenza nell'età dell'illuminismo*, Bologna, 1982, pgg. 103-150, spec. 138 ss.

Sul tema della relazione nell'ambito della teoria leibniziana cfr. da ultimo ancora M. MUGNAI, *Bermerkungen zu Leibniz' Theorie der Relationen*, in *Studia Leibnitiana*, X (1978), Helf 1, pagg. 2-21.

rum, in modo tale da rendere possibile la riconduzione della relazione tra soggetto e predicato intesi come concetti al rapporto tra le cose da soggetto e predicato rispettivamente designate.

Questa che potrebbe apparire un'apertura sul mondo del reale in una logica propriamente interna alla proposizione, si rivela invece da un lato quasi un recupero della teoria aristotelica della conoscenza come copia e dall'altro, lo abbiamo appena visto, resta fin dal principio un'apertura illusoria, poiché la cosa che in questo processo viene messa in questione, ovverosia appunto il soggetto (*subiectus, notio subiecti*), non cade sotto la lente dell'indagine in quanto ente reale, ma soltanto nella misura in cui esso contenga « ... rationem sufficientem..., cur praedicatum subiecto tribuendum » (12).

Se anche per una tale via incontriamo la conferma della ambiguità genetica di un sistema nel quale tutti i dati possono in linea di principio esservi ricompresi, ma subendo al contempo un processo di de-esistenzializzazione, ancor più significativo appare l'altro fenomeno di esclusione rispetto ai punti di arrivo leibniziani relativi alla dottrina del sistema: un fenomeno al quale più volte nel corso dell'analisi abbiamo fatto esplicito riferimento, che però si manifesta a questo punto non come risultanza casuale o marginale, ma bensì ' costituzionale ' e costitutivo.

Una simile conclusione appare tanto più giustificata ove si abbia presente che in realtà a Wolff l'uso dell'espressione *systema* nel senso fatto proprio dall'autore lipsiense era tutt'altro che ignoto.

Né poteva essere altrimenti, poiché una delle sedi nelle quali esso emerge con maggiore nettezza e frequenza è rappresentata proprio dal carteggio intercorso tra i due intellettuali negli anni tra il 1704 ed il 1716 (13); tuttavia, è bene specificare, in rela-

(12) Cfr. il testo appena riportato *supra* a pg. 509 e vedi W. RISSE, *Die Logik der Neuzeit*, cit., pg. 596.

(13) Il carteggio in questione fu reso accessibile per la prima volta ancora dal Gerhardt in una edizione hallense del 1860, della quale è attualmente disponibile la ristampa anastatica; C. I. GERHARDT (hrsg.), *Briefwechsel zwischen Leibniz und Christian Wolff aus den Handsschriften der Koeniglichen Bibliothek zu Hannover*, Hildesheim, 1963.

Se proprio questo epistolario dimostra quanto rapidamente il Wolff, grazie a simili contatti, potesse passare dalla sfiducia negli strumenti logici all'entusiasmo di cui ormai conosciamo gli effetti nei confronti di questa di-

zione a dottrine, quali quelle concernenti la dimensione logico-combinatoria e soprattutto la teoria dell'armonia prestabilita, che largamente fuoriuscivano dall'orizzonte perseguito in modo assai consapevole dal Nostro⁽¹⁴⁾, come lo stesso Leibniz doveva velatamente avvertire: « Video ex iis quae habes ibi, *Hypothesin meam vel Systema Harmoniae praestabilitae* vobis nondum innotuisse⁽¹⁵⁾ ».

È del tutto sintomatico, infatti, che il ricorrere dell'espressione intesa in questa prospettiva nelle opere del Marburghese sia costantemente riferita non al nucleo della propria concezione, ma appunto alla semplice restituzione discorsiva nel corso dell'argomentazione di corrispondenti proposizioni leibniziane: così anch'egli può marginalmente riferirsi ad un *systema causarum occasionalium*, od ancora al *systema explicandi commercium animae et corporis*, al *systema influxus physicis*, e, per ultimo ma non certo da ultimo, al *systema harmoniae praestabilitae*⁽¹⁶⁾.

sciplina, deve rimanere fermo che esso testimonia altresì una sostanziale lontananza di fondo delle tematiche del Nostro, intese ad impoverire le conquiste leibniziane, per ridurle su di un piano adeguato a quella che per lui era la « logica naturale » dell'intelletto. Per più circostanziate informazioni sulla vicenda epistolare sotto questo profilo cfr. F. BARONE, *Introduzione* a G. W. LEIBNIZ, *Scritti di logica*, Bologna, 1968, pgg. 15-17.

⁽¹⁴⁾ Cfr. M. CAPOZZI, *Sillogismi e proposizioni singolari*, cit., pg. 134 e 140.

⁽¹⁵⁾ *Leibniz an Wolff*, Hanoverae 20 Augusti 1705 in C. I. GERHARDT (hrsg.), *Briefwechsel*, cit., pg. 32; vedi anche la risposta wolfiana sul punto (*ibid.*, pg. 39).

⁽¹⁶⁾ Per il ricorrere di questo tipo di utilizzazione, che nel caso delle cause occasionali richiama direttamente Malebranche vedi O. RITSCHL, *System und systematische Methode*, cit., col. 59, che dopo aver suscitato l'impressione che anche questo concetto di sistema fosse egualmente corrente nell'opera wolfiana, corregge giustamente alle pagine successive il quadro, giungendo in sostanza a rilevare che proprio la terminologia wolfiana farà sì che una tale inflessione non sia poi in grado di imporsi.

Cfr. comunque *Leibniz an Wolff*, Hanover 8 Decbr. 1705, in C. I. GERHARDT (hrsg.), *Briefwechsel*, cit., pg. 51: « Caeterum suadeo, ut dum in vigore es aetatis, cumis Physicis et Mathematicis quam philosophicis immeris, praesertim cum ipsa Mathematica potissimum juvent philosophantem, neque ego in *Systema Harmonicum incidissem, nisi leges motuum prius constituissem, quae systema causarum occasionalium evertunt*. Quae tamen non ideo dico ut Te deterream a philosophando, sed ut ad severiorem philosophiam excitem ».

Non si può però allora incorrere nell'errore prospettico di ritenere caratteristico per la comprensione wolffiana della funzione della scienza e del ruolo del concetto di sistema il fatto che in questi contesti esso compaia nel senso di proposizione od assioma problematico, ovverosia che soltanto quelle dottrine delle quali non possa essere 'dimostrata' la congruenza con la realtà vadano designate come 'sistema' (17); poiché già questa formulazione segna in profondità un momento di discriminazione che non coglie soltanto profili attinenti a sfumature di secondaria importanza (18): non foss'altro per la considerazione, che subito riprenderemo in esame, in forza della quale non ci si può sottrarre dal notare come, *al contrario di quanto farà Wolff*, l'utilizzazione leibniziana dell'espressione *sistema* non avvenga sempre con la medesima inflessione.

Si tratta d'altro canto evidentemente di una utilizzazione peculiare ed estremamente caratterizzante — in ogni caso estranea, almeno in prima istanza, all'odierna prassi linguistica — del lemma 'sistema' all'interno dell'universo di discorso leibniziano, come del resto era stato già perspicuamente rilevato fin dalle più risalenti indagini volte a delucidare su quella base il rapporto Leibniz-Wolff; lungo il corso di tutto l'epistolario, ma più ampiamente nel lessico 'generale' dell'autore della *Nova Methodus*, il termine è assunto a prevalenza — possiamo ora a buon diritto ricapitolare — per designare « un modulo di pensiero scientifico in relazione ad un *singolo* punto, una opinione, una ipotesi » (19).

(17) Così però, senza sottoporre ad analisi il concetto leibniziano di sistema, sembra invece concludere J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 87 nota 32.

(18) Proprio sul generale significato della dottrina dell'armonia prestabilita per la concezione stessa del sistema ('System der Harmonie') in Leibniz, ha richiamato l'attenzione H. ROMBACH, *Substanz, System, Struktur. Die Ontologie des Funktionalismus und der philosophische Hintergrund der modernen Wissenschaft*, Freiburg/München, 1966, Bd. 2, pgg. 371-394, spec. pg. 372; vedi ancora *ibid.*, pgg. 368-369 e nota 232. Importanti prospettive sul fenomeno di un ritorno a Leibniz operato, al di là di Kant, da Hegel nella sua teoria del concetto sono aperte da J.C. HORN, *Monade und Begriff. Der Weg von Leibniz zu Hegel*, Hamburg, 1982³, specialmente pg. 135 ss.

(19) Così appunto già W. ARNSPERGER, *Christian Wolffs Verhältnis zu Leibniz*, Weimar, 1897, pg. 43, qui riportato secondo H.W. ARNDT, *Methodo*

In altre parole sistema caratterizza in Leibniz una idea fondamentale, a partire dalla quale si dischiude la totalità di una teoria: questa idea fondamentale svolge cioè il ruolo di un centro *prospettico* da cui la teoria si diparte ⁽²⁰⁾.

Con questo riferimento leibniziano alla dimensione prospettiva noi siamo di fronte ad una acquisizione decisiva per la più precisa determinazione del concetto di sistema discorsivo, che racchiude appunto l'elemento prospettico come attributo essenziale ⁽²¹⁾; essa ci segnala con chiarezza come il processo di trapasso da un sistema monoreferenziale ad un sistema discorsivo non sia processo lineare e continuo, ma tolleri ben più che una battuta di arresto: se il *Systema Historiae* gottinghese risponderà ancora a questo requisito, è dato osservare come invece la concezione savignyana di sistema potè da esso completamente prescindere, tutta assorbita in prima istanza da una riflessione a 'tipologia wolfiana', e successivamente dal profilo della *Entwicklung*. Non è un caso che sia proprio questa la dimensione che va perduta nell'analisi wolfiana, nella quale il concetto di sistema viene a separarsi da quello di storia.

Quando Wolff sarà infatti chiamato a fornire nella sua opera logica più importante una definizione di sistema, egli vorrà vedervi invece ricompresa una diversa caratterizzazione: « *Systema enim dicitur veritatum inter se et cum principiis suis connexarum congeries* » ⁽²²⁾.

Così per il Nostro in primo piano si colloca non già l'intendimento leibniziano di far capo ad una *singola* idea, che tuttavia si segnala per la sua capacità 'generativa' di dischiudere lo sguardo sulla struttura di ciò che viene dominato dal sistema, ma al contrario la consapevolezza che il termine deve considerarsi riferito alla *rappresentazione* di una teoria, che viene portata ad espres-

scientifica pertractatum, cit., pg. 118. Cfr. altresì. O. RITSCHL, *System und Systematische Methode*, cit., col. 60 e H.-J. ENGFER, *Philosophie als Analysis*, cit., pg. 243; e vedi ancora le espressioni concernenti l'*Hypotesis nova* del 1671 in G., IV, pg. 181 ss. e 220 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. H. W. ARNDT, *Methodo scientifica pertractatum*, cit., pg. 122.

⁽²¹⁾ Vedi per ora W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, cit., Bd. 4, *Dogmatischer Teil*. Anhang, pg. 101.

⁽²²⁾ C. WOLFF, *Philosophia rationalis*, cit., § 889.

sione all'interno del ' sistema ' secondo le sue generali connessioni e fondazioni logiche, ed inoltre in *tutta* la sua portata tematica.

Come si è detto però Leibniz non adopera l'espressione sempre nel medesimo tenore; essa può comparire anche ad esprimere il nesso ' oggettivo ' dei molteplici rapporti di fondazione che intercorrono tra i diversi stati nei quali accade che le monadi vengano a trovarsi nella successione temporale in seguito alla connessione di percezioni ed appetizioni quali « principi del cambiamento ». Il mutamento può essere assicurato in parallelo alla causalità efficiente che determina la trasformazione delle circostanze fisiche esterne (a sua volta anche essa concepibile come sistema), soltanto dalla contemporanea coordinazione del ' sistema delle cause finali ': « E poiché a causa della pienezza del mondo tutto è connesso, e ciascun corpo agisce su ciascun altro corpo, più o meno, a seconda della distanza, e per reazione ne viene modificato: ne deriva di conseguenza che ogni monade è uno specchio vivente, dotato di una attività interna, che si rappresenta l'universo secondo il proprio punto di vista, ed è altrettanto regolata che l'universo stesso. Le percezioni poi all'interno della monade nascono le une dalle altre in virtù delle leggi dell'Appetizione o delle cause finali del bene e del male, che consistono nelle percezioni osservabili, regolate o no: così come i mutamenti dei corpi ed i fenomeni esterni nascono in virtù delle leggi delle cause efficienti cioè dei movimenti. Vi è così una armonia perfetta tra le percezioni della monade ed i movimenti dei corpi, una armonia prestabilita sin dal principio tra il *sistema delle cause efficienti e quello delle cause finali*; ed è in essa che consiste l'accordo e l'unione fisica dell'anima e del corpo, senza che l'uno possa mutare le leggi dell'altra » (23).

Tuttavia, e proprio in relazione alla teoria dell'armonia prestabilita, non è questo tipo di coordinazioni, che formano il « Sy-

(23) G. W. LEIBNIZ, *Principes de la Nature et de la Grâce fondés en raison* (1714), § 3, qui citato nella traduzione contenuta in ID., *Scritti filosofici*, a cura di D. O. BIANCA, Torino, 1979, vol. I, *Scritti di metafisica. Saggi di Teodicea*, pg. 275. È certamente una svista l'anno addotto come data di pubblicazione ad opera dello stesso Leibniz (1646-1716) da M. LOSANO, *Sistema e struttura*, cit., pg. 58; l'opera non vide infatti la luce che postuma nel 1718.

stème nouveau de la nature », bensì l'*idea* che sussista un tale rapporto tra monade e i suoi stati fisici, che viene battezzata da Leibniz come ' sistema dell'armonia prestabilita ', od anche, promiscuamente, « Hypothese »: non soltanto l'idea dell'armonia prestabilita incarna un sistema nel senso indicato, ma essa costituisce altresì il modello-base della struttura formale di ' rispecchiamento ' secondo la quale si possono descrivere i rapporti tra un « sistema » e l'ordinamento reale che questo tenta di restituire⁽²⁴⁾, o, diremmo meglio, di *esprimere*, per non correre appunto il rischio di sottovalutare, a causa di quella prima imprecisa formulazione, il passo decisivo in tal modo compiuto da Leibniz nel superamento della ' teoria della copia ' di aristotelica memoria.

(24) A. W. ARNDT, *loc. ult. cit.*, pg. 199. Cfr. anche il seguente passo leibniziano, (in *Phoronomus seu de Potentia et legibus naturae [Dialogus]*) secondo la datazione del Gerhardt da collocare verosimilmente intorno al 1688: « Sed cum in theoria planetarum explicanda Hypothesis Copernicana mirificè illustret animum, et Harmoniam autem innumeris tricis laborent, et omnia turbent miris modis, dicendum est, ut Sphaericam Ptolemaicam ita vicissim Theoriam Copernicanam esse verissimam, id est maximè intelligibilem et <solam> explicationis capacem [quae menti satisficiat], <qua recta ratio sit contenta>. Et Claudius de Chales vir doctus ex societate Jesu ingenuè fassus est, non esse sperandum Hypothesin aliam, qua menti satisfiat, plerisque jam Astronomis insignibus non obscurè profitentibus, solo se metu censurae a Copernicano systemate praefereendo retineri. Qua cautione non habebunt opus imposterum, et salva censorum autoritate Copernicum liberimè sequentur, si modo nobiscum agnoscant, veritatem Hypotheseos non aliter quam pro majore intelligibilitate accipi debere, imò nec aliter accipi posse; ita ut jam omnis distinctio cesset inter eos qui Copernicanum systema ut Hypothesin praefereunt [intelligibiliorem] <intellectui convenientiorem>, et <eos> qui propugnant ut veritatem; cum talis sit hujus rei natura, ut utrumque sit idem, neque major hic <vel alia> veritas sit quaerenda. Et cum permissum sit praeferi ut Hypothesin simpliciorum, permissum etiam erit, hoc sensu doceri ut veritatem. Ita servabitur et censorum autoritas ut nunquam retractione inposterum opus habeant, quaecunq; demum nova in coelo terrae detegantur; et tamen [pulcherrimis] <egregiis> nostri temporis inventis nulla (praetextu censurae) vis fiet ». (in Louis COUTURAT, ed., *Opuscules et fragments inédits de Leibniz. Extraits des manuscrits de la Bibliothèque royale de Hanovre*, Paris, 1903, pgg. 591-592). La distinzione tra « Systema ut Hypothesis » e « Systema ut veritas » anticipa le riflessioni volteriane più sotto riportate alla nota 39.

A questo punto è però la stessa predilezione leibniziana per espressioni come *inventor Systematis*, e più specificatamente « *inventor novi Systematis* (Harmoniae praestabilitate) »⁽²⁵⁾, rispetto all'uso wolfiano della coppia opposizionale *compiler-systematis conditor*⁽²⁶⁾ che ci mette sull'avviso, preannunciando già la possibilità di differenziazione che sarà effettivamente perseguita dall'autore lipsiense in uno scritto del quale è difficile sopravvalutare l'importanza e che non casualmente concerne « il metodo della cer-

(25) *Leibniz an Wolff*, Brunswigae 18 Novembr. 1708, *Beilage*, in I. C. GERHARDT (hrsg), *Briefwechsel*, cit., pg. 104. La parallela utilizzazione giuridica di queste espressioni apparirà già a questo punto meno enigmatica, e sulla via di essere intesa non come espressione atecnica — così però vorrebbe M. LOSANO, *Sistema e struttura*, cit., pgg. 58-61, che delle opere giuridiche sottopone ad analisi solo la *Nova Methodus*, nella quale appunto una tale utilizzazione non si rinviene espressamente, e confina un uso tecnico del termine sistema in una sfera puramente deduttiva « fondata su certi principi », senza cogliere il nesso con l'*ars inveniendi*, né la differenza da Wolff —, ma al contrario in tutta la sua pregnanza. Non senza motivo i volumi IVa e IVb dei *Manuscripta iuridica laebnitiana*, contenuti nella biblioteca di Hannover, recavano secondo la testimonianza di G. MOLLAT, *Zur Würdigung Leibnizens*, in ZSS (GA), VII (1887), pg. 72 i titoli: « Synopsis singularum iuris materiarum novo systemati accomodata » e « Alia eaque accuratior synopsis singularum iuris materiarum secundum novum systema » (cfr. anche *ibid.*, pg. 74 ss. i frammenti pubblicati come *Proben aus dem novum systema*).

Sul contenuto materiale del 'nuovo sistema' leibniziano si può per ora rinviare a G. GRUA, *La Justice humaine selon Leibniz*, Paris, 1956, pg. 265 ss., nonché H. SCHIEDERMAIR, *Das Phänomen der Macht und die Idee des Rechts bei Gottfried Wilhelm Leibniz*, Wiesbaden, 1970, (*Studia leibnitiana supplementa*, Bd. 7) spec. pg. 103 ss. Entrambi non sembrano però cogliere il profilo qui sottolineato.

(26) C. WOLFF, *Philosophia rationalis*, loc. ult. cit.: « Compiler dicitur, qui, quae de re, quem sibi pertractandum sumpsit, per alios libros sparsa reperit, in unum cogit, insuper habita veritatum connexionem, vel in scripto dogmatico historico finis ac ordinis nulla habita ratione. Systematis vero conditor est, qui veritates apud alios auctores obvias suoque fini accomodatas eligit et inter se connectit ». Già da queste scelte definitorie appare chiaramente la sottolineatura, al di là della differenza tra chi è semplicemente *compiler* e chi persegue invece un suo proprio 'fine', del carattere *non creativo* ed *ordinatorio* del concetto di sistema (*veritates apud alios auctores obvias*).

tezza e dell'arte dell'inventare, per porre fine alle dispute e per fare in poco tempo grandi progressi »⁽²⁷⁾.

⁽²⁷⁾ G. W. LEIBNIZ, *Discours touchant la Methode de la Certitude et l'Art d'Inventer pour finir les dispute et pour faire en peu de temps des grands progrès*, in G., VII, pg. 174 ss. (databile approssimativamente attorno al 1700). Come avremo occasione di sottolineare dappresso il testo in questione contiene una assai rilevante differenziazione del concetto di sistema, pur se la titolazione non sembri rinviarvi. È questo comunque un fenomeno singolare: infatti nessuno dei filosofi (e se prescindiamo da Nettelbladt, anche dei giuristi) più significativi dei secoli diciassettesimo e diciottesimo prima di Fichte e Schelling sembra aver usato l'espressione « sistema » per designare fin dal titolo una delle sue opere. Soltanto nel caso di Leibniz l'affermazione sembra comportare una duplice eccezione; di fatto sussiste un *Systema Theologicum*, che però fu pubblicato per la prima volta nel 1819, così da far ritenere che il titolo non fosse corrispondente all'originale (O. RITSCHL, *op. cit.*, col. 56, nota 1).

Anche nel campo specificatamente giuridico esiste un altro interessante e piuttosto lungo frammento, al quale abbiamo già avuto occasione di far riferimento (cfr. *supra*, pg. 245, nota 199), intitolato appunto (ma non di mano dello stesso Leibniz) *Systema iuris*, e risalente verosimilmente agli anni tra il 1695 e il 1697.

Un piano di questo testo era già stato riassunto dal MOLLAT, *Zur Würdigung Leibnizens*, cit., pgg. 73-74, ed è ora accessibile per intero in GRUA, 2, pgg. 819-838. Si tratta di un manoscritto la cui prima redazione è in ogni caso da attribuire al segretario del Nostro, e le numerose aggiunte leibniziane sono spesso difficili da distinguere da quelle del primo (cfr. *ibid.*, pg. 819, nota 76).

Il concetto di sistema in questo lavoro non viene comunque preso espressamente in considerazione, al contrario di quanto accade in alcuni altri frammenti di cui daremo conto, benché la prima partizione al suo interno concerna proprio gli aspetti generali della sua costruzione e sia a sua volta suddivisa in tre numeri: « GENERALIA id est *ius in genere* significans jurisprudentiam, non, ut infra, id quod producit actionem vel exceptionem.

1. Leges. Huc actio directa et utilis; quae acqutate sustinentur; favorabilia; iudicis arbitrium. Ex testamento militari iudicari potest quid Romanis positivum visum. Ita et praetor peregrinus jus gentium sequebatur. <Pactum nudum; pupillus novans sine tutore se naturaliter obligat, § 3 *Inst. Quibus modis tollitur obligatio* (III, 29). Quid fiat ipso jure, quid ope exceptionis add. 30 a.> <Privilegiata, in quibus privata lex; sic laesae majestatis et perduellionis crimen potest dici privilegiatum sive antiprivilegiatum>.

2. Verborum significatio. Huc *philologia juris*.

3. Regulae juris. Huc *logica juris. Metaphysica juris*. <Metaphysica juris forte ad factum in genere seu Ens naturale oppositum morali>.

L'insistenza sull'aspetto della *novità* e dell'*intuizione* ⁽²⁸⁾ come elementi caratterizzanti la necessità di andare oltre la fino ad allora

Distinguendum inter regulas juris; quaedam sunt topica, de quibus recte Jurisconsultus « non ex regulis jus sumi, sed ex jure quod est fieri regulam ». Aliae sunt accuratae, et priores jure, et principia actionum vel exceptionum; qualis est « ne quis alterius damno fiat locupletior ». (*loc. cit.*, pgg. 819-820; il segno < > si riferisce a passi dell'autore successivamente aggiunti).

Almeno per quanto riguarda Leibniz dato l'evidente apparentamento del suo concetto di sistema con la riflessione malebranchiana, non si dovrà però concludere per una diffidenza nei confronti del termine, e neppure si potrà far capo all'ancora insufficiente connessione tra i concetti di scienza e sistema; piuttosto è lo stesso elevato valore della nozione (ormai assunta ad ideale) di sistema 'vero', 'reale' che consiglia di non considerare una qualsivoglia sistematica, anche se approfonditamente costruita e riflettuta, come meritevole di una simile designazione. Il mutamento semantico rispetto a questa prospettiva in Nettelbladt è del resto sintomo di qualche rilievo persino in rapporto alla qualifica di dimostrativo che Wolff era normalmente indotto a collegare alla sua utilizzazione di sistema.

⁽²⁸⁾ Si rischierebbe cioè di fornire — sull'onda di interpretazioni di tipo weberiano del processo di razionalizzazione meritevoli in ogni caso ancora di più di un ragguaglio critico (cfr. J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd 1, *Handlungsrationaltät und gesellschaftliche Rationalisierung* (1981), Frankfurt am Main, 1982²: cap. II, § 4, *Rationalisierung des Rechts und Gegenwartsdiagnose*, pgg. 332-336, spec. pg. 361 ss.) — un'immagine parziale dell'atteggiamento leibniziano verso il diritto, se lo si volesse descrivere come un tentativo di « eliminare l'intuizione » e di ridurre tutti i concetti qualitativi a concetti puramente quantitativi come quello di probabile, così come sembra voler fare in un pur pregevole saggio J. ELSTER, *Leibniz et la formation de l'esprit capitaliste*, Paris, 1975, pg. 143.

Una tale interpretazione panlogistica parte dal tacito presupposto che l'equazione hobbesiana di pensiero = calcolo sia del tutto adeguata ad esprimere anche la prospettiva leibniziana, ma giunge infine ad appiattare il Nostro sulle posizioni successivamente sostenute da Wolff: Leibniz non identificherà mai il processo del pensiero con la pura deduzione od anche con l'*ars iudicandi*, come risulterà chiaro proprio in relazione alla differenziazione del concetto di sistema che verrà proponendo. Cfr., J. C. HORN, *Monad und Begriff*, cit., pgg. 20-22, ma vedi già in questo senso le fini analisi di E. CASSIRER, *Das Erkenntnisproblem in der Philosophie und Wissenschaft der neuen Zeit*, trad. it. a cura di G. COLLI, Torino, 1978, vol. 2, *Da Bacon a Kant*, Tomo primo: *Gli inizi dell'empirismo. Continuazione e compimento del razionalismo*, pg. 174 ss., e soprattutto 182 ss. (prevalenza del qualitativo sul quantitativo nell'ambito della teoria matematica del calcolo infinitesimale e nella progettazione di una *scientia generalis*).

Sul problema del ruolo della conoscenza intuitiva, che per usare la

usuale abitudine diffusa nell'ambito della teoria della sistematica di predisporre regole e di elevare pretese soltanto nei confronti della forma della rappresentazione, portando quindi ad effetto esclusivamente il metodo che in quest'ultima doveva essere osservato, deriva senz'altro a Leibniz dalla familiarità (tanto personale che culturale) con l'opera di Malebranche⁽²⁹⁾.

Nel capitolo settimo del secondo libro della *Recherche de la Vérité*⁽³⁰⁾, e più precisamente nel paragrafo dedicato a trattare « Des inventeurs de nouveaux systeme », l'autore francese dà una svolta decisiva alla riflessione sul concetto di sistema, proprio nel momento in cui sembra porre l'accento più alle difficoltà che si frappongono alla sua realizzazione e sulla quantità di pregiudizi e di atteggiamenti acritici dai quali la maggior parte di coloro che troppo facilmente si propongono ad inventori di nuovi sistemi non sono poi in grado di sfuggire.

Siamo così inopinatamente in primo luogo di fronte ad una valutazione critico-negativa dei due concetti di 'inventore' e 'nuovo sistema'. La stessa modalità paradossale secondo la quale la più parte degli autori dei nuovi sistemi sembra procedere rende ragione della conclusione malebranchiana: il sistema così inteso fun-

terminologia leibniziana concerne il 'notorio', nel campo della teoria giuridica della prova come sezione della scienza del diritto processuale si rinvia a H. SCHIEDERMAIR, *Das Phänomen der Macht und die Idee des Rechts*, cit., pg. 298 ss.

⁽²⁹⁾ Fra le molte testimonianze che se ne potrebbero addurre cfr., G., III, pg. 144 a proposito del sistema dell'armonia prestabilita) e G., VI, pgg. 579-594 (a proposito dei concetti di sostanze e predicato).

Significativa è altresì l'attenzione riflessa che anche Wolff doveva espressamente dedicare a questo cartesiano occasionalista — *Wolff an Leibniz*, Lipsia, 4 April. 1705, in I.C. GERHARDT (hrsg), *Briefwechsel*, cit., pg. 23 —, ma significativa proprio per l'appariscente assenza di qualsiasi tentativo di ripresa o elaborazione della prospettiva che si dimostrava invece centrale per Leibniz.

⁽³⁰⁾ Opera portata a termine tra il 1674 e il 1675. Qui di seguito sarà citata secondo N. MALEBRANCHE, *Recherche de la vérité où l'on traite de la nature de l'esprit de l'homme et de l'usage qu'il doit faire pour éviter l'erreur dans les sciences*, édité par G. RODIS-LEWIS, Avant-Propos de H. GOUHIER, Paris, 1962, tome 1, II, II, VII, § 1 ss. (in alcune edizioni capitolo VIII). Cfr. anche O. RITSCHL, *System und systematische Methode*, cit., col. 56 ss.

ge infatti da strumento di trasmissione tra un acritico tradizionalismo di partenza ed un finale atteggiamento scettico.

La prospettiva dalla quale il discepolo di Descartes prende le mosse, come è attestato dal secondo paragrafo di questo denso capitolo⁽³¹⁾, non consiste quindi espressamente, come avverrà poi nel caso di Wolff, in una modalità di pensiero difensiva univocamente determinata contro il materialismo⁽³²⁾, e tale perciò da appiattare il sistema certamente dal lato dell'idealismo come unica corrente di pensiero adeguata, ma di un idealismo che non ha più alcuna capacità di separarsi dal tradizionalismo: il *Systematis conditor* non si differenzia sotto questo profilo dal puro e semplice compilatore, dato che il secondo come il primo rinvencono le « *veritates apud alios auctores obvias* »⁽³³⁾.

Invece è proprio la non critica pregiudiziale a favore di 'verità' rinvenute in autori elevati al rango di *auctoritates*, che attraverso un successivo inevitabile — e certamente non più ravvicinatamente descritto o motivato — momento di distacco, conduce alla fissazione immaginativa di quella « opinione verosimile », che costituisce la base per un tipo di nuovo sistema la cui origine mista di autoritarismo delle fonti e di un fondamentale agnosticismo non tarda a rivelarsi⁽³⁴⁾.

⁽³¹⁾ Che reca l'intestazione « Dernière erreur des personnes d'étude » (*loc. cit.*, pg. 306 ss.).

⁽³²⁾ C. WOLFF, *Philosophia moralis sive Ethica, methodo scientifica pertractata*, Pars prima, Frankfurt und Leipzig, 1750, pg. 435; cfr. M. LOSANO, *Sistema e struttura*, cit., pg. 68. Non è senza significato che una volta identificato nella conoscenza rapsodica, intuitiva — ma al di fuori del collegamento istituito dal 'nesso delle verità' — l'errore che è proprio del materialismo (e come tale va evitato), il sistema perda appunto la caratteristica dell'ipotesi e della novità, e che, conseguentemente, il soggetto della sua costruzione si trasformi da *inventor* in *conditor*.

⁽³³⁾ Cfr. *supra*, nota 26.

⁽³⁴⁾ « *Le nombre des inventeurs de nouveaux systèmes, s'augmente encore beaucoup par ceux qui s'étoient préoccupez de quelque Auteur: parce qu'il arrive souvent que n'ayant rencontrés rien de vrai ni de solide dans les opinions des Auteurs qu'ils ont lûs, ils entrent premièrement dans un grand dégoût, & un grand mépris de toutes sortes de livres; & ensuite ils imaginent une opinion vrai-semblable qu'ils embrassent de tout leur coeur, & dans laquelle ils le fortifient de la manière qu'on vient d'expliquer.*

Mais lorsque cette grande ardeur qu'ils ont eüe pour leur opinion

In tal modo insensibilmente il rapporto tra *inventio* e *sistema nuovo* si arricchisce di una ulteriore caratterizzazione: è il concetto di *sistema (nuovo) vero*, di sistema nel vero senso del termine che emerge, per la prima volta, nel corso della riflessione 'sistemica':

« Il faut de grandes qualitez pour trouver quelque *véritable système*: car il ne suffit pas d'avoir beaucoup de vivacité & de pénétration, il faut outre cela una certaine grandeur & une certaine étendue d'esprit, qui puisse envisager un tres-grand nombre de choses à la fois. Les petits esprits, avec toute leur vivacité & toute leur délicatesse, ont la veuë trop courte pour voir tout ce qui est nécessaire à l'établissement de quelques système. Ils s'arrêtent à de petites difficultez qui les rebutent, ou a quelques lüeurs qui les ébloüissent: ils n'ont pas la vûe assez étenduë pour voir tout le corps d'un grand sujet en même tems.

Mais quelque étenduë & quelque pénétration qu'ait l'esprit, si avec cela il n'est éxemt de passion & de préjugez, il n'y a rien à espérer. Les préjugés occupent une partie de l'esprit, & en infectent tout le reste »⁽³⁵⁾.

Con una particolarità tuttavia; il momento oggettivo, che fa sì che non ogni nuovo sistema in senso soggettivo possa essere meccanicamente ritenuto a sua volta un 'veritable système', non è infatti chiamato ad emanciparsi definitivamente dalla dimensione della potenzialità *produttiva* individuale del suo facitore: « *Il n'y a donc rien de plus rare, que de trouver des personnes capables de faire de nouveaux systèmes*: cependant il n'est pas fort rare de trouver des gens, qui s'en soient formé quelqu'un à leur fantaisie: On ne voit que fort peu de ceux qui étudient beaucoup, raisonner selon les notions communes: il y a touûjours quelque irrégularité dans leurs idées; & cela marque assez qu'ils ont quelques système particulier qui ne nous est pas connu. Il est vrai que

s'est rallentie, ou que le dessein de la faire paroître en public les a obligez à l'examiner avec une attention plus exacte & plus sérieuse, ils en découvrent la fausseté & ils la quittent: mais avec cette condition, qu'ils n'en prendront jamais d'autres, & qu'ils *condamneront absolument tous ceux qui prétendront avoir découvert quelque vérité* » (N. MALEBRANCHE, *loc. ult. cit.*, pg. 306).

⁽³⁵⁾ *Ibid.*, pg. 305.

tous les Livres qu'ils composent ne s'en sentent pas: car quand il est question d'écrire pour le public; on prend garde de plus près à ce qu'on dit, & l'attention toute seule suffit assez, souvent pour nous détromper. On voit toutefois de tems en tems quelques livres qui prouvent assez ce que l'on vient de dire: car il y a même des personnes, qui font gloire de marquer dès le commencement de leurs livres qu'ils ont inventé quelque nouveau système »⁽³⁶⁾.

La stessa sottolineatura della estrema rarità della capacità a configurare un 'sistema nuovo vero', oltre a consistere nella precisa accentuazione del momento dell'intuizione geniale⁽³⁷⁾, acquisisce rilievo essenziale nel momento in cui esclude che del sistema in questione possa parlarsi come di un sistema puramente 'esterno'. Il sistema non si presenta cioè come un'immagine in qualche modo esteriore ed obiettivamente sussistente: esso non può essere formato soltanto mediante un diverso modo di ordinare (anche secondo principi adeguati al tipo di rappresentazione) conoscenze acquisite per il tramite dell'*apprendimento*, ma deve invece essere attinto da uno spirito 'creativo', capace di una formatrice novità 'interna'.

Se l'attributo ed il contrassegno determinante di questo concetto di sistema risiede nell'attitudine e nel talento personali costituendo una prestazione della quale viene segnalata l'originalità, senza che si possa tuttavia, e nello stesso tempo, perdere di vista

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, pgg. 305-306.

⁽³⁷⁾ Il carattere di verità del sistema ipotetico si accompagna cioè strettamente ad una sua contingenza, dettata appunto dalla creatività del suo autore. Leibniz riconosceva chiaramente questa contestualità nel momento in cui, a proposito del *systema mundi*, veniva ad insegnare che il mondo è opera di Dio in un senso in qualche modo analogo a quello nel quale un sonetto, un rondò, una sonata, od una fuga sono opera di un artista: che, in altri termini, le leggi di natura hanno un carattere accidentale e contingente (G. VII, pg. 390). L'artista può scegliere liberamente una certa *forma*, restringendo in tal modo la sua libertà ed imponendo così alla sua creazione certi principi di impossibilità *strutturali*; sotto questo profilo certamente il minuetto classico non può essere pensato in un ritmo di quattro quarti o concluso su di una dissonanza, ma ciò non può far perdere di vista che proprio anche la scelta della forma e di quel ritmo sono contingenti e altre se ne sarebbero potuto effettuare. Richiama opportunamente l'attenzione su questi passi leibniziani K. R. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, trad. it., Torino, 1970, pg. 486.

la necessità critica di superare il pregiudizio che impedisce di fissare le idee degli oggetti nella loro purezza e non commistione ⁽³⁸⁾, ciò non può restare ovviamente senza conseguenze sul modo me-

(38) « Nous venons de faire voir l'état de l'imagination des personnes d'étude, qui donnent tout à l'autorité de certains Auteurs: il y en a encore d'autres, qui leur sont bien opposez. Ceux-ci ne respectent jamais les Auteurs, quelque estime qu'ils ayent parmi les sçavans. S'ils les ont estimez, ils ont bient changé / depuis; ils s'érigent eux-mêmes en auteurs. Ils veulent être les inventeurs de quelques opinion nouvelle, afin d'acquérir par là quelque reputation dans le monde; & ils s'assurent qu'en disant quelque chose qui n'ait point encore été dite, ils ne manqueront pas d'admirateurs.

Ces sortes de gens ont d'ordinaire l'imagination assez forte: les fibres le leur cerveau sont de telle nature, qu'elles conservent long-temps les traces qui leur ont été imprimées. *Ainsi, lors qu'ils ont une fois imaginé un systeme qui a quelque vraisemblance, on ne peut plus les en détromper.* Ils retiennent & conservent très-chérement toutes les choses qui peuvent servir en quelque manière à le confirmer; & au contraire ils n'apperçoivent presque pas toutes les objections qui lui sont opposées, ou bien ils s'en défont par quelque distinction frivole. Ils se plaisent intérieurement dans la vûe de leur ouvrage, & de l'estime qu'ils espèrent en recevoir. Ils ne s'appliquent qu'à considerer l'image de la vérité que portent leurs opinions vrai-semblables: Ils arrêtent cette imagen fixe / devant leurs yeux, mais ils ne regardent jamais d'une veuë arrêtée les autres faces de leurs sentimens, lesquelles leur en découvroient la fausseté....

Il y a donc trois sortes de personnes, qui s'appliquent à l'étude. Les uns s'entêtent mal à propos de quelque Auteur, ou de quelque science inutile, ou fausse. Les autres se préoccupent de leurs propres fantaisies. Enfin les derniers, qui viennent d'ordinaire des deux autres, sont ceux qui s'imaginent connoître tout ce qui peut être connu: & qui persuadent, qu'ils ne sçavent rien avec certitude, concluent généralement qu'on ne peut rien sçavoir avec évidence, & regardent toutes les choses qu'on leur dit comme de simples opinions.

Il est facile de voir, que tous les défauts de ces trois sortes de personne dépendent des propriétés de l'imagination, qu'on a expliquées dans les Chapitres precedens, & que tout cela ne leur arrive que par des *préjuges*, qui leur bouchent l'esprit, & qui ne leur permettent pas d'appercevoir d'autres objets que ceux de leur préoccupation. On peut dire que leurs préjuges font dans leur esprit, ce que les Ministres des Princes font à l'égard de leurs Maîtres. Car de même que ces personnes ne / permettent autant qu'ils peuvent, qu'à ceux qui sont dans leurs intérêts, ou qui ne peuvent les déposséder de leur faveur, de parler à leur Maîtres. Ainsi les préjuges de ceux-ci ne permettent pas, *que leur esprit regarde fixement les idées des objets toutes pures & sans mélange* (N. MALEBRANCHE, *loc. cit.*, pgg. 304-305 e 308-309).

desimo di configurare l'immagine della scienza in generale ed anche della scienza deduttiva in sé e per sé. È infatti bene sottolineare che sia con il sistema delle cause occasionali malebranchiano, come con quello dell'armonia prestabilita leibniziana siamo in presenza di un rapporto non più *immediato* tra rappresentazione e cosa rappresentata, che costituisce una precisa incrinatura della 'teoria della copia' di matrice aristotelica.

In questo senso la stessa definizione wolffiana di sistema — che non a caso non è più connessa col mutamento semantico che una tale nozione subisce sotto l'azione esercitata dalle scienze fisiche e più specificamente astronomiche⁽³⁹⁾, ed anzi prescinde dal riferimento al sistema dell'armonia prestabilita — rappresenta invece proprio un ritorno su posizioni classico-aristoteliche⁽⁴⁰⁾: la sua raffigurazione del sistema come di una struttura fondata su principi parte dal presupposto, già di Aristotele, secondo il quale tutti

⁽³⁹⁾ Questo dato non è di poco momento perché è proprio mediante la rivoluzione copernicana in astronomia e attraverso la connessa e accesa disputa sullo statuto teorico dell'espressione *systema mundi* che con tutta plausibilità lo stesso concetto di *systema* divenne per la prima volta di uso corrente nell'ambito dei circoli colti. È interessante osservare come ancora Voltaire nell'articolo 'Système' del *Dictionnaire Philosophique* (dovuto comunque nella sua attuale struttura agli editori della sua opera che fusero in una forma unitaria vari articoli del Nostro) potesse così esprimersi: « Nous entendons par système une supposition, ensuite, quand cette supposition est prouvée, ce n'est plus un système, c'est une vérité. Cependant, nous disons encore par habitude le système céleste, quoique nous entendons par-là la position réelle des astres » (citato secondo F. KAMBARTEL, « System » und « Begründung », cit., pg. 101). In questa prospettiva, anche se appare azzardata la conclusione che il cosiddetto *systema vero* si riveli una *contradictio in adiecto* (così però ancora F. KAMBARTEL, *loc. ult. cit.*, pg. 102, senza tener conto adeguatamente delle sintesi malebranchiane e leibniziane), non è da negarsi che l'esclusiva attenzione wolffiana per un tale lato del concetto di sistema lo dovesse assai più facilmente spingere a tralasciare completamente la sfumatura ipotetico-astronomica, con la conseguenza che la nozione poteva sfuggire al campo di tensione tra produzione e ri-produzione per rifluire completamente sul versante riproduttivo.

Le *veritates*, incluse quelle giuridiche, divengono con lui l'unico materiale del sistema. Cfr. invece per l'utilizzazione leibniziana *supra, sub* nota 24.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. ad esempio C. WOLFF, *Philosophia rationalis*, cit., § 505: la verità è « consensu iudicii nostri cum obiecto, seu re representata ».

i processi di definizione, dimostrazione e prova debbono avere *un* termine che sia raggiungibile dopo una serie *finita* di gradini.

Ma una simile prospettiva determina anche la *completa* convergenza del concetto di sistema con il metodo assiomatico-deduttivo ad esso adeguato: in altri termini anche il modello deduttivo è predeterminato nella sua funzione dall'assunzione che ogni processo di prova, di fondazione — quando sia corrispondente ai canoni della buona definizione — debba essere finalizzato al raggiungimento di *una* base ultima e comune dalla quale tutte le proposizioni e le argomentazioni che lo concernono siano derivabili, fornendo così un fondamento definitivo ad un sistema che non possa essere *altrimenti* derivato e che solo allora possa rivelarsi oggetto di apprendimento non suscettibile di incertezze o turbative.

È tuttavia proprio questa conseguenza, che rinvia — come la stessa idea di una costruzione sistematica assiomatico-deduttiva in senso classico — all'esistenza al di fuori dell'umano argomentare di una struttura indipendente di premesse e conclusioni, a manifestarsi in primo luogo non affatto necessaria⁽⁴¹⁾; ed, inoltre, a segnare tutta la differenza tra la concezione (aristotelico-) wolfiana della deduzione e quella peculiare della scienza moderna a partire dalla sua tradizione cartesiano-galileiana⁽⁴²⁾.

Di fatto nel primo caso lo scopo non solo principale ma pressoché esclusivo dell'argomentazione deduttiva diviene l'*accrescimento della certezza*, la riduzione di ciò che è discutibile o dubbio a quanto, al contrario, si mostri come indiscutibile od evidente, poiché si tratta in ultima analisi di concepire la deduzione come strumento idoneo a garantire la verità di proposizioni solo probabili o plausibili, ricollegandole ad altre più sicure e meno contestabili: più che di una sua stessa inammissibilità teorica si deve cioè parlare dell'*inutilità* di dedurre una proposizione da un'altra, se quest'ultima non sia più certa ed evidente della prima.

Ed è propriamente nella scarsissima rilevanza data alla deduzione come mezzo di *spiegazione* e di anticipazione dell'esperien-

⁽⁴¹⁾ Vedi a questo proposito le osservazioni di F. KAMBARTEL, *loc. cit.*, pg. 112.

⁽⁴²⁾ Per quanto segue confronta soprattutto l'ancor oggi essenziale saggio di G. VAILATI, *Il metodo deduttivo come strumento di ricerca* (1898), in *Id.*, *Scritti Filosofici*, a cura di G. LANARO, Firenze, 1980, pgg. 59-92.

za⁽⁴³⁾ — in una parola come strumentario atto a sospingere a conclusioni non prima sospettate, in confronto invece alla sconfinata fiducia in essa riposta come mezzo *di prova ed accertamento* — che deve rinvenirsi la differenza decisiva tra il primo atteggiamento e quello dei fondatori della scienza moderna sul ruolo della deduzione nella ricerca scientifica⁽⁴⁴⁾.

(43) « Que si quelques-unes de celles [propositions] dont j'ai parlé, au commencement de la *Dioptrique* et des *Météores*, choquent d'abord, à cause que je les nomme des suppositions, et que je ne semble pas avoir envie de les prouver, qu'on ait la patience de lire le tout avec attention, et j'espère qu'on s'en trouvera satisfait. Car il me semble que les raisons s'y entresuivent en telle sorte que, comme les dernières sont démontrées par les premières qui sont leurs causes, ces premières le sont réciproquement par les dernières qui sont leurs effects. Et on ne doit pas imaginer que je commette en ceci la faute que les logiciens nomment un cercle; car l'expérience rendant la plupart de ces effets très certains, *les causes dont je les déduis ne servent pas tant à les prouver qu'à les expliquer; mais tout au contraire ce sont elles qui sont prouvées par eux.* Et je ne les ai nommées des suppositions qu'afin qu'on sache que je pense les pouvoir déduire de ces premières vérités que j'ai ci-dessus expliquées, mais que j'ai voulu expressément ne le pas faire, pour empêcher que certains esprits, qui s'imaginent qu'ils savent en un jour tout ce qu'un autre a pensé en vingt années, sitôt qu'il leur en a seulement dit deux ou trois mots, et qui sont d'autant plus sujets à faillir et moins capables de la vérité qu'ils sont plus pénétrants et plus vifs, ne puissent de là prendre occasion de bâtir quelque philosophie extravagante sur ce qu'ils croiront être mes principes, et qu'on m'en attribue la faute » (R. DESCARTES, *Discours de la Méthode* (1637), Sixième partie, *Choses requise pour aller plus avant en la Recherche de la Nature*, in *Ouvres et lettres*, ed par A. BRIDOX, Paris, 1953, pg. 178; è comunque merito di VAILATI, *op. cit.*, pg. 64, avervi richiamato l'attenzione).

Dell'impostazione risalente all'immagine della geometria euclidea offrono altresì un'interessante critica gli autori della Logica di Port-Royal, che la propongono non casualmente sotto la 'voce' « Preoccuparsi più della certezza che dell'evidenza, e di convincere più che illuminare lo spirito »; cfr. *Grammatica e Logica di Port-Royal*, a cura di R. SIMONE, Roma, 1969, *Logica o arte di pensare contenente oltre le regole comuni numerose osservazioni nuove atte a formare il giudizio*, Quarta parte, cap. IX, pg. 366 ss.

(44) Per una prospettiva vicina a quella esposta nel testo cfr. C. S. PEIRCE, *Deduzione, induzione e ipotesi*, in *Id.*, *Le Leggi dell'ipotesi*, a cura di M. A. BONFANTINI, R. GRAZIA, G. PRONI, Milano, 1984, pg. 205-220, 214; vedi anche N. R. HANSON, *Patterns of discovery. An Inquiry into the Conceptual Foundations of Science* (1958), trad. it., Milano, 1978, pg. 88 ss.

Non sorprenderà scorgere sotto questo profilo una sostanziale identità di vedute tra Cartesio e Leibniz: entrambi sono concordi sul valore di punto di partenza prospettico assunto dal sistema inteso in senso 'astronomico' per il dominio del mondo dei fenomeni, senza che un tale concetto potesse tuttavia ambire a partecipare di quella stessa natura fenomenica (*tantum pro hypothesis, non pro rei veritate*), poiché — per usare le parole del maestro lipsiense — non si può dare un fenomeno (moto, quiete etc.) che non « involvat aliquid respectivum », così da dover giungere di necessità alla conclusione che « in rigore omne systema defendi potest »⁽⁴⁵⁾.

Un equivalente bisogno di andare al di là della semplice garanzia della certezza delle proposizioni da cui prendere le mosse, per farsi carico invece della 'verità' e novità di quelle che se ne sarebbero potute dedurre, è l'esigenza che induce Leibniz a sviluppare una distinzione concettuale in grado di cogliere e sottolineare adeguatamente le diverse caratteristiche e qualità spettanti alla stessa nozione di sistema a seconda che essa venga a correlarsi con l'aspetto della certezza o con quello della anticipazione e della scoperta.

Nella teoria sul sistema (giuridico) proprio questa distinzione acquista, a nostro avviso⁽⁴⁶⁾, una funzione di spartiacque che assume un notevolissimo rilievo non soltanto per il suo intrinseco valore, ma, allo stesso tempo, in virtù della circostanza della sua evidente 'mancata recezione' nell'ambito della corrente wolfiana, se vogliamo per un istante prescindere dalla parziale eccezione rappresentata dalle opinioni crameriane, a noi già note nelle loro

⁽⁴⁵⁾ Il testo leibniziano è il *Tentamen de motuum celestium causis* del 1689 (G., VI, pg. 146 ss.); l'affermazione cartesiana si trova invece nei suoi *Principia philosophiae* (III, 15): su entrambi i luoghi vedi F. KAMBARTEL, *loc. ult. cit.*, pg. 103 e vedi ancora il brano riportato *supra* alla nota 24.

⁽⁴⁶⁾ Si tratta di un ulteriore passo, questo compiuto da Leibniz, che è completamente sfuggito sia alle considerazioni di Ritschl che a quelle di Losano o Kambartel (nonostante la presenza nei due ultimi lavori di generici od occasionali riferimenti all'opera di seguito sottoposta ad analisi); lo colloca secondo il suo giusto rilievo invece H. W. ARNDT, *op. cit.*, pg. 120, senza tuttavia far parola del contesto problematico anche giuridico all'interno del quale Leibniz situa la sua riflessione.

linee essenziali, eppure tali, ciononostante, da offrirci l'occasione di ulteriori significative annotazioni.

Il sottofondo dell'analisi leibniziana è indubbiamente (e non senza motivo) costituito, in conformità al suo ben noto ottimismo gnoseologico-metafisico, da una celebrazione dei 'lumi' e dei progressi scientifici generali del secolo suo, le cui realizzazioni trascorrono con immutati successi dalle scienze fisico-astronomiche, alla biologia, alla chimica. È un sottofondo all'interno del quale per noi acquistano non poca importanza anche le tutt'altro che brevi considerazioni sul tema dello sviluppo della scienza storica⁽⁴⁷⁾, co-

(47) G. W. LEIBNIZ, *Discours touchant la methode de la certitude et l'art d'inventer*, cit., pg. 175: « Pour ce qui est des belles lettres, l'histoire sacrée et profane est si éclaircie, que nous sommes souvent capables de découvrir les fautes des auteurs, qui écrivoient des choses de leur temps. On ne sçauroit considerer sans admiration cet amas prodigieux des restes de l'antiquité, ces suites des Medailles, cette quantité des Inscriptions, ce grand nombre de Manuscrits, tant Europeens qu'Orientaux, outre les lumiers qu'on a pû avoir des vieux papiers, chroniques, fondations et titres, qu'on a tirées de la poussiere, qui nous font connoistre mille particularités importantes sur les origines et cangemens des familles illustres, peuples, estats, loix, langues et costumes; que qui sert non seulement pour la satisfaction des curieux mais bien plus pour la conservation et redressement de l'histoire, dont les exemples sont des leçons vives et des instructions agreables, *mais surtout pour établir cette importante Critique, necessaire à discerner le supposé du veritable et la fable de l'histoire*, et dont le secours est admirable pour les preuves de la religion » (d'ora in poi faremo riferimento a questo testo denominandolo semplicemente come *Discours*).

Leibniz è comunque portato anche a sottolineare con forza il versante politico-assolutistico di questo quadro di progressi scientifici facendo preciso riferimento ai meriti di un 'grande Monarca', a metà tra modello utopico e realtà, senza l'apporto del quale lo stesso ordinamento scientifico-accademico e persino gli stessi metodi impiegati non sarebbero potuti giungere ad effetto: « Mais ce grand Monarque qu'on reconnoist aisement à ce peu que je viens d'en dire, estant arbitre de son sort et de celuy de ces voisins, et ayant déjà executé des choses qu'on tenoit impossibles et qu'on a de la peine à croire apres le coup, que ne feroit il point faire dans un siecle si éclairé, dans un royaume si plein d'esprits excellens, avec toute cette grande disposition qu'il à a presentement dans le monde pour les decouvertes, que ne feroit il point, dis'-je, si quelque jour il prenoit la resolution de faire quelque puissant effort pour les sciences, *je suis assueré que le seule volonté d'un tel Monarque feroit plus d'effect que toutes nos Methodes et tout nostre sçavoir pour abreger le temps, et pour nous faire obtenir en peu*

me pure la costante attenzione contemporaneamente dedicata al mondo delle ' professioni pratiche ' e delle conoscenze pratiche in generale (descriptions *reelles* et propres à la pratique) ⁽⁴⁸⁾, il cui carattere *non scritto* aveva non a caso introdotto direttamente l'asse portante del discorso leibniziano e alla cui acquisizione viene tuttavia attribuita una dignità e quasi una ' natura ' pari a quella delle attività più propriamente teorico-speculative: « Pour concevoir ce qu'il nous faudroit choisir pour ces description reelles et propres à la pratique ... il faut s'imaginer qu'un art fut perdu et qu'il le faudroit retrouver, à quoy souvent toutes nos Bibliothèques ne pourroient suppléer, car bien que je ne disconviene pas qu'il y a en revanche beaucoup de belles choses dans les livres, que les gens de profession ignorent encor eux mêmes, et dont ils pourroient profiter, il est constant neantmoins que les plus considerables observations et tours d'adresse en toute sorte de mestiers et de professions sont encor non-ecrits Ce qu'on trouve par experience lorsqu'en passant de la theorie à la pratique, on veut executer quelque chose.

d'années ce qui ne seroit autrement qu'un fruit de plusieurs siecles » (ibid., pgg. 176-177).

⁽⁴⁸⁾ « Pour ce qui est des connoissances non-ecrites que se trouvent dispersées parmy les hommes de différentes professions, je suis persuadé qu'ils passent de beaucoup tant à l'égard de la multitude que de l'importance, tout ce qui se trouve marqué dans les livres, et que la meilleure partie de nostre tresor n'est pas encor enregistrée. Il y en a même tousjours qui sont particulieres à certaines personnes et se perdent avec elles. Il n'y a point d'art mecanique si petit et si meprisable, qui ne puisse fournir quelques observations ou considerations remarquables, et toutes les professions ou vocations ont certaines adresses ingenieuses dont il n'est pas aisé de s'aviser et qui neantmoins peuvent servir à des consequences bien plus relevées. On peut ajouter que la matiere importante des manufactures et du commerce ne scauroit estre bien réglée que par une exacte description de ce qui appartient à toute sorte d'arts, et que les affaire de milice et finances et de marine dépendent beaucoup des mathematiques et de la physique particuliere. Et c'est là le principal défaut de beaucoup de scavans qu'ils ne s'amusent qu'à des discours vagues et rebattus, pendant qu'il y a un si beau champ à exercer leur esprit dans des objets solides et reels à l'avantage du public. Les chasseurs, les pecheurs, les mariniers, les marchands, les voyageurs et même les jeux tant d'adresse que de hazard fournissent de quoy augmenter considerablement les sciences utiles. Il y a jusque dans les exercices des enfans ce qui pourroit arrester le plus grand Mathematicien... » (G. W. LEIBNIZ, *Discours*, cit., pg. 181).

Ce n'est pas que cette *pratique* ne se puisse écrire aussi, *puisqu'elle n'est dans le fonds qu'une autre theorie, plus composée et plus particuliere que la commune* » (49).

La riflessione del Nostro è infatti improntata alla finalità di rendere plausibile la linea di tendenza 'progressiva' appena descritta, sotto forma non di estemporanea fioritura, ma come risultato definitivo e continuamente moltiplicabile: da qui il gioco di scambi e di funzioni tra metodo e arte — della certezza il primo, della scoperta la seconda. La prima immagine-chiave, la prima metafora significativa è allora quella della comparazione delle conoscenze umane ad un grande negozio, magazzino o banca all'interno dei quali si sia perduto o non sia mai stato approntato l'inventario: « *Je suis obligé quelques fois de comparer nos connoissance à une grande boutique ou magazin ou comptoir sans ordre et sans inventaire; car nous ne sçavons pas nous même ce que nous possedons déjà et ne pouvons pas nous en servir au besoin. Il y a une infinité de belles pensées et observations utiles, qui se trouvent dans les auteurs, mais il y en a encore bien plus qui se trouvent dispersées parmy les hommes dans la pratique de chaque profession. Et si le plus exquis et le plus essentiel de tout cela se voyoit recueilli et rangé par ordre, avec plusieurs indices propres à trouver et à employer chaque chose là où elle peut servir, nous admirerions peut estre nous mêmes nos richesses, et plaindriions nostre aveuglement d'en avoir si peu profité* » (50).

A questa immagine a proiezione coscientemente mercantile e mercantilistica, se non capitalistica (51), del processo di acquisizione

(49) *Ibid.*, pgg. 181-182.

(50) *Ibid.*, pg. 178.

(51) Oltre che a J. ELSTER, *op. cit.*, spec. pg. 161 ss., per gli ulteriori sviluppi interpretativi ai quali questi suggestivi accenni possono dar luogo è d'obbligo il rinvio all'opera ormai classica, sebbene talora non esente da qualche forzatura di F. BORKENAU, *Der Übergang vom feudalen zum bürgerlichen Weltbild. Studien zur Geschichte der Philosophie der Manufakturperiode* (Schriften des Institut for Sozialforschung, hrsg. von M. HORKHEIMER, Bd., 4), Paris, 1934, spec. pg. 376 ss.; il dibattito immediatamente suscitato sull'onda della lusinghiera recensione di Lucien Febvre è ora accessibile in F. BORKENAU, U. GROSSMAN, A. NEGRI, *Manifattura, società borghese, ideologia*, a cura di P. SCHIERA, Roma, 1978. Ivi particolarmente da

e conservazione delle conoscenze corrisponde non a caso nel piano del progetto di una scienza generale il gradino relativo alla *instaura-*

tener presenti le osservazioni dello stesso Borkenau contenute in un precedente saggio del 1932 apparso sul primo numero della *Zeitschrift für Sozialforschung* sotto il titolo 'Per una sociologia della concezione meccanicistica del mondo' (Spec. i paragrafi II. e III. sul problema della legge naturale, pgg. 17-25), nonché le repliche di Grossman (*Le basi sociali della filosofia meccanicistica e la manifattura*, pg. 65 ss.).

Che il rinvio leibniziano rappresenti comunque qualcosa di non meramente occasionale, ma una costante 'ideologica' volta a connettere esplicitamente il mondo della calcolabilità sistematica e sistematizzatrice — e, si badi, nella stessa duplice struttura che cerchiamo di illustrare nel testo (*système accompli, système réglé*) — con il parallelo mondo dell'attività economica, risulta in chiara evidenza da un altro luogo dei suoi scritti dove ancor meno ci si sarebbe potuti attendere una simile argomentazione: « Je trouve que deux choses seroient necessaires aux hommes pour profiter de leur avantages, et pour faire tout ce qu'ils pourroient contribuer à leur propre felicité, au moins en matiere de connoissances, car je ne touche point apresent à ce qui appartient à redresser leur volonté. Ces deux choses sont, *premierement* un INVENTAIRE exact de toutes les connoissances acquises mais dispersées et mal rangées <au moins de celles qui nous paroissent au commencement les plus considerables>, et *secondement* la SCIENCE GENERALE qui doit donner *non seulement* le moyen de se servir des connoissances acquises *mais encor* la Methode de juger et d'inventer, à fin d'aller plus loin, et de suppléer à ce qui nous manque. Cet inventaire dont je parle seroit bien éloigné des systemes et des dictionnaires, et ne seroit composé que de quantité de Listes ou denombrements, Tables, ou Progressions qui serviroient à avoir tousjours en veue dans quelque meditation ou deliberation <que ce soit> le catalogue des faits et des circonstances <et des plus importantes suppositions et maximes> qui doivent servir de base au raisonnement. Mais j'avoue que de le donner tel qu'il faut ce n'est pas l'entreprise d'un seul homme, ny même de peu de personnes. Neantmoins je croy qu'en attendant <mieux> on pourroit <par le soin de quelques gens habiles et industrieux> parvenir aisement à quelque chose d'approchant, qui vaudroit mieux sans comparaison que la presente confusion, ou il semble que nos richesses mêmes nous rendent pauvres apeu pres comme il arriveroit dans un grand magazin qui manqueroit de l'ordre necessaire pour trouver ce qu'il faut, car c'est autant de ne rien avoir que de l'avoir sans s'en peuvoyr servir. Mais comme il faut que la science generale serve encor à faire bien dresser l'inventaire, car elle est aux sciences particulieres ce que la science de tenir les comptes est à un marchand ou à un financier, c'est par elle qu'il faudra tousjours commencer » (G. W. LEIBNIZ, *Nouvelles Ouvertures*, in L. COURAT, *Opuscules et Fragments inédits*, cit., pgg. 228-229).

tio scientiarum, « ubi de *Systematibus et Repertoriis*, et de *Encyclopaedia demonstrativa* condenda »⁽⁵²⁾.

Infatti — così prosegue l'argomentare del *Discours* — si tratta di distinguere le verità 'utili' in due categorie: quelle che sono già conosciute dagli uomini del nostro tempo, almeno per quanto abbia riferimento all'Europa, e quelle invece « qui restent encor à connoistre ». Il primo concetto di sistema può riguardare allora soltanto la verità già note proprio in quanto esse debbano essere ulteriormente distinte in scritte e non scritte; a loro volta « celles qui sont écrites dans les livres imprimés ou Manuscrits anciens ou modernes, occidentaux ou orientaux, se trouvent dans leur place ou hors de leur place. Ceux qui se trouvent dans leur place ou à peu près, sont ceux que les auteurs des systemes ou traités particuliers ont marqués là où la matiere le demandoit. Mais ce qui se dit en passant, ou bien tout ce qui est mis dans un lieu où on auroit de la peine à le trouver, est hors de sa place »⁽⁵³⁾.

Per ovviare a questo *disordine* è certamente necessario servirsi di « Renvois et Arrangemens », di cataloghi completi di ciò che si può rinvenire nei libri maggiormente degni di menzione⁽⁵⁴⁾.

Ma in questa sfera di riordinamento che a buon diritto — come subito vedremo — può definirsi dimostrativo, il bisogno fondamentale è costituito dall'approntamento di *Repertori universali tanto Alfabetici quanto Sistemati*, secondo una prassi che si è soprattutto affermata non nel campo nel quale si sarebbe rivelata come elemento imprescindibile, quello della medicina, ma proprio laddove essa appariva *meno necessaria*, ovvero in materia di diritto: « Cela se pratique déjà assez en matiere de droit, mais c'est justement là ou il est moins necessaire, puisque la raison et les loix suffiroient quand il n'y auroit point d'autre auteur, et quand nous serions les premiers à y écrire: mais dans la Medecine on ne scauroit avoir trop de libres de pratique ny en trop profiter, tout y roule sur les observations, et comme un seul ne peut observer que peu, c'est là où l'on a le plus de besoin de l'experience et des lu-

⁽⁵²⁾ G., VII, pg. 49, n. 7 (*Gulielmi Pacidii PLUS ULTRA sive initia et specimina SCIENTIAE GENERALIS de instauratione et augmentis scientiarum ac de perficienda mente, rerumque inventionibus ad publicam felicitatem*).

⁽⁵³⁾ G. W. LEIBNIZ, *Discours*, cit., pg. 178.

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem*.

mieres d'autrui, et même de plusieurs temoins d'une observation importante, puisqu'une grande partie de cette doctrine est encor empirique. Cependant c'est là où on manque le plus de repertoires, *au lieu que les Jurisconsultes en formillent*. C'est aussi dans la Medicine, qu'il seroit fort necessaire de faire et tirer des auteurs des Regles au Aphorismes en aussi grand nombre qu'il seroit possible, *quand même ces Regles ne seroient encor certains ny assez universelles et quand elles ne seroient formées que sur des conjectures pourveu qu'on avoue de bonne foy quel degré de certitude ou d'apparence on leur doit attribuer et sur quoy on les a appuyées*; puis avec le temps on y joindroit les exceptions et on verroit bientôt *si la regle n'a peutestre plus d'exceptions que d'exemples, ou bien si elle peut estre de quelque usage* » ⁽⁵⁵⁾.

Se quindi è vero che la ragione e la legge si rivelerebbero, almeno nei confini descritti, sufficienti, ciò suona senza dubbio in primo luogo acerba critica a quei giuristi del *mos italicus*, da Irnerio a Giasone, che hanno inondato oltre ogni misura il materiale giuridico di sovrastrutture logiche rese inadeguate dal loro stesso eccesso *quantitativo*: « *Cependant les Mediciens ne le font pas assez, et quelques Ictes de la premiere race (depuis Irnerius jusqu'à Jason) le font trop*, car ils nous accablent par le grand nombre de regles ou brocardiques qu'ils ramassent outre toute mesure, avec leur *exceptions* ou *fallences*, jointes aux *ampliatiions*, *limitations*, *restrictions*, *distinction*, pour ne rien dire des *replications repliquées*. Ces sortes de renversement et periergies sont fort ordinaires aux hommes, ils ont *la coustume de faire trop ou trop peu*, et de ne pas employer *les bonnes methodes* là où elles pourroient le plus servir » ⁽⁵⁶⁾.

Una simile presa di posizione significa però, d'altro canto, che Leibniz non scorge in definitiva una differenza sostanziale, di qualità, per quanto attiene al campo d'insistenza, all'ambito di applicazione, tra i tentativi di quel tipo di giurisprudenza ed il 'buon metodo' che dovrà venire a sostituirli; l'ambito resta comunque sempre quello dove sinora si è fatto troppo (o troppo poco) e nel quale si tratta ora di meglio operare: il campo dei repertori.

⁽⁵⁵⁾ *Ibid.*, pg. 179.

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*.

Certamente lo svilupparsi di un metodo adeguato farà spostare l'accento della distinzione già in precedenza avanzata, e porterà in primo piano la nozione di Repertorio Sistemático rispetto a quello Alfabetico; ed è infatti all'interno di essa che emerge ora la prima significativa differenziazione e precisazione leibniziana. Si tratta dell'individuazione della nozione di *systeme accompli*: « Or les *repertoires* sont de deux sortes, les uns ne marquent que les termes simples en disant qu'un tel a traité une telle matiere, les autres descendant dans le detail, marquent ceux qui ont traité quelque question ou avancé, remarqué et soutenu ou bien refuté quelque opinion, these ou observation considerable, et ce sont là les meilleurs. Je croy que le premier genre de *Repertoires* pourroit estre *Alphabetique*, mais le second sera *plustost systematique*, en fournissant la matiere prochaine de l'arrangement d'un *Systeme accompli*, qui outre les assertions, en contiendra encor les raisons ou preuves »⁽⁵⁷⁾.

Il passo ci pare di notevole rilievo e merita pertanto ancora qualche considerazione; tuttavia la prospettiva risulterà assai più chiara se fin da ora — operando in qualche modo un salto di alcuni decenni — spostiamo l'angolo di osservazione ancora una volta sul concetto wolfiano di sistema, e più precisamente sulla forma definitiva che esso per parte sua assume mediante una sud-distinzione sotto alcuni aspetti nuova⁽⁵⁸⁾.

Non sarà ad ogni buon conto superfluo addurre una avvertenza preliminare: nel momento stesso in cui Wolff nel 1750 — tramite il duplice rinvio alla virtù della *soliditas* e alla nozione di sistema vero, o, come egli preferisce esprimersi, di *systema veri*

⁽⁵⁷⁾ *Ibid.*, pg. 180.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. O. RITSCHL, *op. cit.*, col. 61 ss., seguito da M. LOSANO, *Sistema e struttura*, cit., pg. 68 ss.; la distinzione, come accennavamo nel testo, può essere considerata però nuova soltanto in parte, perché essa rientra per molti aspetti abbastanza agevolmente nel campo semantico delineato, e allo stesso tempo circoscritto, dalle coppie *intelletto sistematico-intelletto non sistematico*, *compiler-systematis conditor*: o meglio, appare pensata a partire da queste dimensioni, cosicché la sua novità può essere in ultima analisi riassorbita dai precedenti contesti, come risulta del resto assai chiaramente dalla 'sordina' che viene posta alle diverse potenzialità che il concetto di sistema vero sviluppava nella dottrina malebranchiano-leibniziana.

nominis ⁽⁵⁹⁾ — sembra riportarsi sulla scia delle impostazioni malebranchiano-leibniziane, è in realtà un ben diverso concetto che si fa strada e che anzi si precisa ancor più icasticamente in questa sua modalità di auto-limitazione.

La distinzione, similmente a quella di Leibniz — che avremo occasione di riprendere in esame —, si prospetta dicotomica e costruisce sulla base delle precedenti acquisizioni; è infatti pur sempre il *nexus veritatum* ⁽⁶⁰⁾ a costruire il discrimine tra i concetti adesso introdotti di sistema vero e di *pseudosystema*: siamo così, e più in profondità, in presenza di una ormai apparentemente netta scissione tra la nozione di sistema e quella di mera classificazione ad uso didattico-mnemonico. Lo *pseudosystema* rappresenta insomma lo stadio nel quale ci si accontenta di proporre semplici defini-

⁽⁵⁹⁾ C. WOLFF, *Philosophia moralis sive Ethica*, cit., Pars prima, § 285, pag. 440 ss.

⁽⁶⁰⁾ Neppure il paragone volto ad individuare un'analogia tra il sistema vero e proprio costituito dal *nexus veritatem* (rispetto ad un miscuglio di verità ricondotto poi in un ordine qualsivoglia) ed il rapporto che lega gli organi di un corpo umano vivente — ben diverso dall'ordine classificatorio ottenibile dopo la sua dissezione —, neppure questo paragone deve a nostro avviso essere frainteso in senso autopoietico od organicistico, ma più semplicemente compreso nell'ottica dell'epoca quale si rinviene, ad esempio, in questa definizione leibniziana: « Homo est animal cogitans, seu est cogitans corpore organico praeditum. *Organicum est machina naturae perfecta, seu cujus quaevis pars machina est* ». (G. W. LEIBNIZ, *Table de définitions*, 1702-17704, in L. COUTURAT, *Opuscules et Fragments inédits*, cit., pg. 438; si tratta fra l'altro del frammento più ampio conservato della *Enciclopedia* cui Leibniz aspirava, cfr. *ibid.*, pg. 437). Il saggio di C. SCHMITT, *Der Gegensatz von Gemeinschaft Gesellschaft als Beispiel einer zweigliedrigen Unterscheidung. Betrachtungen zur Struktur und zum Schicksal solcher Antithesen*, in *Estudios juridico-sociales, Homenaje al prof. Luis Legaz y Lacambra*, Santiago de Compostela, 1960, pgg. 165-178, pur osservando giustamente che l'espressione *organisch* in ogni momento del suo sviluppo riceveva il suo significato dalla sempre diversa opposizione di termini 'aversi' (pg. 169), non prende in considerazione la situazione antecedente al secolo XIX: tutte le contrapposizioni (organico - non meccanico; - non dal di fuori; - non dall'alto; - non ottenibile con la forza o violenza; - non atomistico e non individualistico; - non particolaristico; - non attivo o cosciente) non sono evidentemente in grado di essere applicate a contesti fuoriuscenti dall'ottica ottocentesca, eppur non per intero risolvendosi in un puro e semplice 'meccanicismo'.

zioni e affermazioni *non provate* o, nel migliore dei casi, corredate di uno scarno numero di prove occasionalmente disposte; il problema è però — anche in riferimento a quest'ultima possibile circostanza —, la mancanza di una correlazione tra proposizione e proposizione tale da permettere la loro risoluzione in quelle che le precedono: una risoluzione che le renda sufficientemente comprensibili e *dimostrate* mediante le prime.

Il sistema vero è allora evidentemente basato sulla chiarezza di un'altra distinzione; la distinzione cioè tra vera e propria dimostrazione, che implica un *habitus distincte ratiocinandi et ratiocinia inter se concatenandi*, ed invece altri tipi più deboli di prova che non sono in grado di perseguire il nesso che lega verità anche del tutto lontane ai loro principi ultimi. In altre parole non sono solo le conclusioni, ma anche i principi che debbono essere dimostrati ⁽⁶¹⁾.

Come si vede il 'sistema vero' di Wolff coincide ampiamente con la diversa idea precedentemente elaborata da Leibniz di *Système accompli*, un sistema cioè che contiene *oltre* alle asserzioni lo stesso procedimento di dimostrazione (e si badi alla convertibilità tra i termini *preuves* e *raisons*), proposto inoltre *more geometrico* secondo il linguaggio naturale: sistema costruito quindi secondo il *mos geometricus*, utilizzando un metodo matematico che trova il suo modello nella geometria euclidea intesa come assieme di proposizioni fornite della loro dimostrazione.

Come si è accennato anche per il Lipsiense la differenziazione acquisiva un carattere dicotomico: soltanto che a Leibniz non interessa la separazione 'verso il basso' del *système accompli* dallo pseudo sistema, che potrebbe, d'altro canto, proporsi senza difficoltà in negativo, e, comunque, anche nell'ambito dei rapporti sussistenti tra ordine sistematico compiuto ed ordine sistematico 'alfabetico'. E non interessa perché anche il sistema 'nel vero senso del termine' wolfiano appare un sistema *imperfetto*.

(61) Per la forma ibrida di sistema (o, per dir più esattamente, per la seconda e più debole forma di pseudo-sistema), che sorge ove si sia in presenza di un'imitazione della forma esteriore del sistema vero, ma con contemporanea assenza di una dimostrazione dei principi da cui esso prende le mosse, cfr. M. LOSANO, *Sistema e struttura*, cit., pg. 69.

La conclusione non può stupire se appena ricollegiamo questa analisi alle enunciazioni formulate a proposito del *sistema ipotetico* (nuovo) ed alla sua connessione germinativa non più riconducibile semplicemente al modello della geometria antica: « Habes quandam systematis mei adumbrationem, sed fusius rem expositam leges dictis locis. Itaque vix mihi amplius difficultates restant in generali Philosophia. Ad *Grammaticam philosophicam* pertinet non tam vocabulorum peculiarium analysis, quam communium, id est particularum, flexionum et regiminum, quanquam in lingua philosophica ipsa vocabula ex particulis, ut sic dicam, exortura essent. Methodus notiones vocum receptorum investigandi procedit ab exemplis, *et habet aliquid simile cum derivatione hypotheseos ex phaenomenis* » ⁽⁶²⁾.

Un sistema *ipotetico* non può coincidere con il sistema *ac-compli*, perché quest'ultimo ponendosi al servizio di un'*ars demonstrandi* o *judicandi*, può essere utile soltanto per giudicare e valutare ciò che in sostanza è già stato posto.

Rimanendo a livello di sistema 'compiuto', ovvero perpetuando la rinuncia al carattere prospettico, non esclusivamente esterno del *système véritable* in quanto nuovo, non si potrà essere infatti che il più imbarazzati possibile « sull'ordine dei sistemi »; è la disposizione medesima di quella concatenazione delle serie di antecedenti e successivi, delle proposizioni da dimostrare — che assumerà importanza assorbente nella visuale wolfiana — ad essere qui non a caso questione di punti di vista, e lo stesso sistema sarà reso non dominabile e poco chiaro dalla continua necessità di rinvii dall'un luogo all'altro: « *On sera le plus embarrassé sur l'ordre des systemes, où il y a ordinairement autant de sentimens que de testes, mais il y en aura un provisionnel, qui suffira quand il ne seroit pas dans la dernière perfection, et le système luy même aura beaucoup de renvois d'un endroit à l'autre, la plupart de choses pouvant estre regardées de plusieurs faces et de plus l'index servira de supplement* » ⁽⁶³⁾.

⁽⁶²⁾ *Leibniz an Wolff*, Hanoverae 9 Novembr. 1705, in I. C. GERHARDT (hrsg.), *Briefwechsel*, cit., pgg. 44-45.

⁽⁶³⁾ G. W. LEIBNIZ, *Discours*, cit., pg. 180.

La delimitazione del concetto di sistema dovrà allora rivolgersi 'verso l'alto': il difetto del *systeme accompli* è più in generale rappresentato dalla sua incapacità di modellarsi sul progresso della conoscenza, dato che è invece piuttosto in grado, istituzionalmente, di restituire uno stadio fissato una volta per sempre all'interno di essa. La sua impossibilità è insomma quella di *identificarsi* con la nozione stessa di scienza.

L'ordine scientifico perfetto esige pertanto un altro concetto di sistema, che Leibniz battezza *Systeme réglé*. Una simile definizione paradossalmente racchiuderà una raffigurazione non più ampia, ma al contrario più ristretta del concetto di sistema, che potrà infatti ricomprendere oltre ai suoi elementi (o segni) fondamentali *soltanto* le regole per la formazione di concetti combinati da altri concetti più semplici, e quelle relative alle trasformazioni operabili per il raggiungimento di nuove assunzioni e conseguenze: « *L'ordre scientifique parfait est celuy, où les propositions sont rangées suivant leur demonstrations les plus simples, et de la maniere qu'elles naissent les unes des autres, mais cet ordre n'est pas connu d'abord, et il se decouvre de plus en plus à mesure que la science se perfectionne. On peut même dire que les sciences s'abregent en s'augmentant, qui est un paradoxe tres veritable, car plus on decouvre des verités et plus on est en estat d'y remarquer une suite réglée et de se faire des propositions tousjours plus universelles dont les autres ne sont que des exemples ou corollaires, de sorte qu'il se pourra faire qu'un grand volume de ceux qui nous ont precedé se reduira avec le temps à deux ou trois theses generales. Aussi plus une science est perfectionnée, et moins at-elle besoin de gros volumes, car selon que ses Elemens sont suffisamment établis, on y peut tout trouver par le secours de la science generale ou de l'art d'inventer* »⁽⁶⁴⁾.

Il modello di questa forma superiore di sistema — che si potrebbe fors'anche definire, con sufficiente fedeltà sia alle sue ori-

⁽⁶⁴⁾ *Ibidem*; cfr. anche H. HERMES, *Ideen von Leibniz von Grundlagenforschung: Die ars inveniendi und die ars iudicandi*, in U. W. BARGENDA, J. BLÜHDORN (hrsg.), *Systemprinzip und Vielheit der Wissenschaften, Vorträge an der Westfälischen Wilhelms - Universität Münster aus Anlass des 250. Todestages von Gottfried Wilhelm Leibniz (Studia Leibnitiana, Sonderheft 1)*, Wiesbaden, 1969, pgg. 78-88.

gini storiche che al suo significato tecnico, come sistema *generativo* ⁽⁶⁵⁾ (e del resto è lo stesso Leibniz ad usare la metafora di fontana di verità) — è chiaramente fornito non dalla geometria euclidea che poteva essere giustamente criticata fin dalle grammatiche e logiche cartesiane port-royaliste ⁽⁶⁶⁾, ma dal calcolo algebrico e dalla logica combinatoria: « Cependant lors même qu'on peut arriver à ces Elemens accomplis, les systemes plus etendus ne sont pas à negliger, car en nous donnant un catalogue des meilleurs theoremes déjà trouvés, non seulement ils nous epargnent la peine de les chercher au besoin et nous fournissent le même usage que les Tables de nombres déjà calculés, *mais ils donnent encor occasion des nouvelles pensées et applications.* Outre que la belle harmonie des verités qu'on envisage tout d'un coup, *dans un systeme réglé,* satisfait l'esprit bien plus que la plus agreable Musique et sert sur tout à admirer l'auteur de tous les Estres, qui est la *fontaine de la verité,* en quoy consiste le principal usage des sciences » ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁵⁾ L'espressione è evidentemente presa a prestito, almeno in qualche misura, dalla teoria chomskyana della *transformational generative grammar*: non è del resto senza significato che Chomsky tendesse a ritenere questa grammatica *generativa* essenzialmente come una versione moderna e più esplicita della teoria di Port-Royal, nei confronti della quale anche Leibniz 'vantava' qualche debito (N. CHOMSKY, *Cartesian Linguistic. A chapter in the history of rationalist thought*, New York-London, 1966, pgg. 37-38; ora anche in traduzione italiana in Id., *Saggi linguistici*, Torino, 1977², vol. III).

La parentela tra questo concetto leibniziano di sistema e la grammatica era presente allo stesso autore: cfr. per ora soltanto il passo riportato *supra*, *sub* nota 62.

⁽⁶⁶⁾ Vedi ancora *supra*, nota 43.

⁽⁶⁷⁾ G. W. LEIBNIZ, *Discours*, cit., pg. 180; l'atteggiamento scettico di Wolff rispetto a queste prospettive risulta già dal passo citato in precedenza alla pg. 402. Per una visione globale sul problema della logica combinatoria oltre alla letteratura già citata è sempre d'obbligo il rinvio a P. ROSSI, *Clavis universalis. Arti mnemoniche e logica combinatoria da Lullo a Leibniz*, Milano-Napoli, 1960, spec. pg. 235 ss.; in campo giuridico si vedano le osservazioni di T. VIEHWEG, *Die juristischen Beispielfälle in Leibnizens Ars combinatoria*, in G. SCHISCHKOFF (hrsg.), *Beiträge zur Leibniz-Forschung*, Bd 1 (1947), pgg. 88-95, e più brevemente, Id., *Topica e giurisprudenza*, trad. cit., pgg. 89-92; nonché H. SCHIEDERMAIR, *Das Phänomen der Macht und die Idee des Rechts*, cit., pgg. 48-55, che tuttavia è costretto a concludere

La non completa fiducia mostrata da Leibniz nei riguardi di un sistema quale quello 'accompli' — proprio nel momento in cui si trattasse di individuare la consecuzione adeguata delle prove e delle dimostrazioni, e soprattutto qualora si dovesse cercare di realizzarlo compiutamente nell'applicazione a campi di conoscenze sempre più vasti — palesa una sostanziale continuità di vedute con quanto egli stesso era venuto esprimendo nel contesto delle analisi su 'sistema' e 'armonia prestabilita': la preferenza va in entrambi i casi ad una impostazione che giunga ad attribuire al concetto di sistema un senso proiettivo, sostanzialmente non statico e quindi, al contempo, progettuale della totalità della teoria che se ne verrà sviluppando.

Il sistema nuovo 'vero' (o *reglé*) leibniziano ha allora per oggetto qualcosa di diverso dalla pura e semplice verità già data: esso è invece formalmente un sistema dell'*ars inveniendi* e non un sistema dimostrativo.

Ma è inoltre significativo che quest'arte d'inventare in relazione al sistema non venga pensata e collocata immediatamente in connessione con l'idea, che pure abbiamo incontrato, d'*inventario*, di necessaria catalogazione dimostrativa dei saperi: per dirla in breve, la prospettiva dalla quale emergeva la nozione di *systeme accompli* è consapevolmente separata da quella pertinente al *systeme réglé*.

Il Nostro è in chiaro su di un punto; il suo attuale disegno non è quello di esplicitare nei dettagli tutto quanto si riveli necessario per fare « l'inventario generale di tutte le conoscenze che già

che una trattazione del problema della logica giuridica combinatoria leibniziana che possa anche soltanto definirsi soddisfacente rimane ancora tra i *desiderata* della ricerca storico-giuridica (pg. 49, nota 75).

Passi significativi in questa direzione da ultimo in M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 313 ss. e G. OTTE, *Leibniz und die juristische Methode*, cit., pgg. 3-13, che osserva infine giustamente come la combinatoria termini in definitiva con una *juristische Kategorienlehre*, di pertinenza non già della *Rechtsanwendung* (come ritenevano in molti, cfr. soltanto H.-P. SCHNEIDER, *Iustitia universalis*, cit., pg. 38 ss.) in quanto tale, ma della *juristische Systembildung* (pg. 9): purtroppo lasciando fuoriuscire quest'ultimo aspetto completamente dall'angolo di osservazione prescelto.

si trovano in possesso degli uomini », e neppure, in se stesso, la persecuzione di una simile idealità: « Mais mon dessein n'est pas à present d'expliquer en detail tout ce qu'il foudroit pour faire l'*Inventaire General* de toutes les connoissances qui se trouvent *déjà* parmy les hommes. Ce projet quelque important qu'il soit pour nostre bonheur, demande *trop* de concourans, *pour qu'on le puisse esperer bien tost sans quelque ordre superieur*: outre qu'il va principalement aux observations et verités historiques ou faits de l'histoire sacrée, civile ou naturelle, car ce sont les faits qui ont le plus de besoin des collections, autorités et inventaires, et la meilleurs Methode qu'il y a, c'est d'y faire le plus de comparaisons qu'on peut et des indices les plus exacts, les plus particularisés et le plus diversifiés qu'il est possible. *Ce n'est pas cette Methode de bien enregistrer les faits dont je me sois proposé de parler icy principalement, mais plustost la Methode de diriger la raison pour profiter tant des faits donnés par les sens ou rapport d'autrui* » (68).

Questa consapevolezza, che raggiunge nel testo appena esaminato il suo apice, rappresenta una chiarificazione assai rilevante per distinguere l'*ars inveniendi* implicata nella formulazione leibniziana, rispetto all'analogo concetto successivamente impiegato dal Wolff — ma, come s'è visto, assai marginalmente ed in periodo che si potrebbe definire tardo nei confronti dei tempi di sviluppo della sua riflessione globale, perché la sua proposizione comportava la ridiscussione sistematica della gerarchia delle forme di conoscenza che innervava la *Logica latina* (e quindi la stessa *Iurisprudentia civilis*) —; per Wolff, infatti, ogni 'inventio' abbisognava di un inventario di conoscenze già assicurate (69).

Ora è indubbiamente vero che anche Leibniz tendeva ad affermare che tra le due forme metodiche della dimostrazione e dell'arte d'inventare non vi fosse una differenza così grande come la si

(68) G. W. LEIBNIZ, *Discours*, cit., pg. 182.

(69) H. W. ARNDT, *Methodo scientifica pertractatum*, cit., pg. 122; soffrono a questo proposito di una disinvoltura (anche ideologica) spesso pericolosamente semplificatoria le osservazioni di D. TRIPP, *Der Einfluss des naturwissenschaftlichen, philosophischen und historischen Positivismus auf die deutsche Rechtslehre im 19. Jahrhundert*, cit., pgg. 169-177.

sarebbe potuta supporre⁽⁷⁰⁾, ma in ogni caso — come è evidenziato nella progettazione della stessa *scienza generale* dalla distanza che sussiste all'interno dell'*oeconomia operis* tra l'esigenza di apprestare un'enciclopedia *dimostrativa* ed, in generale, di trattare « de arte demonstrandi in omnibus disciplinis ut in Mathesi », e invece il livello sul quale vengono situate l'*ars inveniendi* e *combinatoria*⁽⁷¹⁾ — resta impregiudicato il momento fondamentale della diversità degli 'oggetti' sui quali i due tipi di sistemi 'insistono': « Car les verités qui ont encor besoin d'estre bien establies, sont de deux sortes, les unes ne sont connues que confusement et imparfaitement, et les autres ne sont point connues du tout. Pour les premiers il faut employer la Methode de la certitude ou l'art de demonstrer, les autres ont besoin de l'art d'inventer »⁽⁷²⁾.

⁽⁷⁰⁾ G. W. LEIBNIZ, *Discours*, cit., pg. 183.

⁽⁷¹⁾ G. W. LEIBNIZ, *loc. cit. supra*, sub nota 52; si tratta rispettivamente dei numeri settimo e ottavo per il primo gruppo di problemi e decimo ed undicesimo per il secondo.

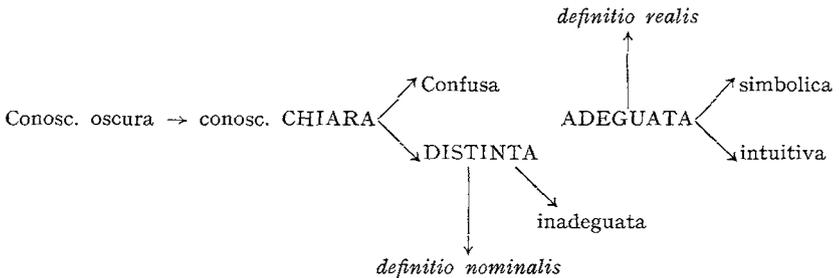
⁽⁷²⁾ G. W. LEIBNIZ, *Discours*, cit., pg. 183. Gioverà seguire ancora il Nostro nell'interessante prosieguito del suo argomentare: « Or il est manifeste, que les hommes se servent en raisonnant de plusieurs maximes qui ne sont pas encor assés seures, on voit aussi tout les jours qu'ils agitent avec ardeur plusieurs questions philosophiques, qui sont de consequence dans la religion, dans la morale et dans la science naturelle, sans chercher les vrais moyens de finir la dispute. Mais on voit sur tout, que l'art d'inventer est peu connu hors des Mathematiques, car les Topiques ne servent ordinairement que de lieux memoriaux pour ranger passablement nos pensées, ne contenant qu'un catalogue des Termes vagues et des Maximes apparentes communement receues. J'avoue que l'usage est tres grand dans la rhetorique et dans les questions qu'on traite populairement, mais lorsqu'il s'agit de venir à la certitude, et de trouver des verités chachées dans la theorie et par consequent des avantages nouveaux pour la pratique, il faut bien d'autres artifices. Et une longue experience de reflexions sur toute sorte de matieres accompagnée d'un succes considerable dans les inventions et dans les decouvertes m'a fait connoistre qu'il y a des secrets dans l'Art de penser, comme dans les autres Arts. Et c'est là l'objet de la Science Generale que j'entreprinds de traiter ».

Per meglio comprendere il valore della distinzione tra le verità così come riportata nel testo, varrà senz'altro la pena di accludere lo schema secondo il quale si dispongono le conoscenze nella dottrina leibniziana; lo riportiamo qui nella forma offertaci da M. MUGNAI, *Astrazione e realtà*, cit., pg. 26 ss., con l'avvertenza che una analoga visualizzazione si può rinvenire,

E non può non restare tale se soltanto si debba con lo stesso Leibniz precisare meglio quali potranno essere i campi oltre a quello giuridico che di questa seconda dimensione verranno a maggiormente usufruire: « Sed quia maximae molis futura esset, presertim pro his quae ad historiam civilem ac naturalem pertinent, interea opus est *Scientia* quadam *Generali*, qua principia rationis atque experientiae primaria continentur, quae virum praestantem nosse decet, caeteris nimis minutis ac multiplicibus ad cuiusque... »⁽⁷³⁾.

Una tale scienza generale si sarebbe dovuta pertanto rivolgere alla riconduzione delle nostre idee ad un « alphabetum cogi-

seppur con diversificate sfumature nella suddistinzione, anche in G. PRETI, *Il cristianesimo universale di G. G. Leibniz*, Milano-Roma, 1953, pg. 63.



Questo schema mostra che per Leibniz il grado più alto di conoscenza è quello che permette una conoscenza adeguata ed intuitiva; per le ulteriori precisazioni si rinvia al testo di Mugnai appena ricordato: va comunque ancora notato che la figurazione in questione abbisogna di un'integrazione sotto la voce 'distinta' che la riconnetta alla suddistinzione di cui gode la conoscenza adeguata.



Risulta in ogni caso in tal modo confermato quanto venivamo accennando sopra alla nota 28. Notevoli considerazioni si possono da ultimo leggere in H. G. KNAPP, *Notwendige und zufällige Wahrheiten*, in *Studia leibnitiana*, X (1978), Heft, 1, pg. 66 ss.

⁽⁷³⁾ G. W. LEIBNITZ, *Praecognita ad Encyclopediam sive Scientiam universalem*, cit., pg. 46. Si veda più sotto il riferimento leibniziano ad un'utilità « in re politica atque oeconomica... », nonché nel campo della medicina.

tationum humanarum »⁽⁷⁴⁾, mediante la costituzione dei segni di una lingua artificiale; solo così dalla ricombinazione dei concetti semplici ad esso appartenenti sarebbe stato infine possibile sviluppare *nuovi concetti*.

A costo di sembrare troppo minuziosi, siamo dell'avviso che questo 'passo' vada sottolineato in tutta la sua portata e, ancora una volta, nella sua distanza dal metodo matematico di ascendenza wolfiana: è infatti a questo punto che la nozione di sistema *reglè* rivela il suo carattere di sistema di *concetti* — che vengono a costituire quasi una nuova tavola di categorie (anche giuridiche)⁽⁷⁵⁾ — rispetto al sistema *dimostrativo* che è, e non può non essere, principalmente un sistema di *proposizioni*.

Leibniz, non stranamente del resto, aveva già avuto occasione di osservare come mentre la *demonstrativa methodus* aveva a suo fine, nel campo della giurisprudenza 'didattica'⁽⁷⁶⁾, di connettere « propositiones per demonstrationes », era invece alla forma della *divisio* che si doveva fare capo se si voleva istituire una simile connessione tra i concetti, giungendo così ad una integrazione più che necessaria del sistema assiomatico delle proposizioni. Esso viene perciò affiancato da un sistema formativo di concetti: « divisiva methodus connectit terminos per divisiones....; est diaretica methodus praeludium combinatoriae ... terminos ... in iure *simplices*, quorum *mixitione* caeteri oriuntur »⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. G., VII, pag. 199 (*Vorarbeiten zur allgemeine Charakteristik*, XVI); L. COUTURAT, *Opuscules et Fragments inédits*, cit., pg. 435 (*Alphabetum cogitationum humanarum*).

⁽⁷⁵⁾ Sugli sforzi leibniziani rivolti ad una immutazione della tavola delle categorie della tradizione aristotelica si veda H. SCHEPERS, *Leibniz' Arbeiten zu einer Reformation der Kategorien*, in *Zeitschrift für philosophische Forschung*, XX (1966), pg. 539 ss.

⁽⁷⁶⁾ Sul punto cfr. G. ACETI, *Sulla « Nova Methodus discendae docendaeque jurisprudentiae » di Goffredo Guglielmo Leibniz*, in *Jus*, N.S., VIII (1957), pg. 9 ss.

⁽⁷⁷⁾ I passi che abbiamo accostato nel testo sono ricavati rispettivamente dalla lettera *An Spener* (1670) in G. LEIBNIZ, *Opera omnia*, ed. L. DUTENS, vol. 5 (1768), pg. 468; ID., *An Placcius* (1679), in *Opera omnia*, cit., vol. 6, pg. 27 ed infine dal *De Arte combinatoria*, in ID., *Akademie Ausgabe*, cit., Reihe IV, Bd., 1, pg. 189. Cfr. altresì M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 309 ss. Sul problema della *divisio* torneremo più approfondita-

Evidentemente un tale procedimento presupponeva un'analisi dei concetti dati fino a giungere ai loro concetti *fondamentali* od 'elementari', alla loro struttura atomica, per così dire; e quindi, nella terminologia più vicina alle posizioni leibniziane, sarebbe stato necessario poter fare riferimento ad un'analisi tendenzialmente *completa* del soggetto per poterne derivare un predicato. L'atteggiamento di Wolff al riguardo non lascia tuttavia adito a soverchie illusioni: egli non accoglie, in ossequio ad una inclinazione scettico-pragmatica, l'idea dell'*ars characteristic combinatoria* ⁽⁷⁸⁾, della quale il *systeme réglé* costituiva l'altro versante, e conclude per una sua non-necessarietà dalla sola constatazione delle difficoltà di realizzazione, che ovviamente sul piano logico-teorico non l'implicava affatto.

Il ragionamento si comprende però meglio qualora ci si renda conto che, in quest'ottica 'infedele', l'analisi del concetto viene dequalificata a strumento dotato unicamente di un'utilità pratica contingente: essa può pertanto essere (considerata) terminata quando si sia conseguito il proprio scopo, trattandosi soltanto di perseguirla *quanto basta* ad ottenere uno scopo minimo, ovvero a trovare i costituenti che determinano *un certo predicato* ⁽⁷⁹⁾.

Proprio l'« allievo » di Leibniz contribuiva così, e non inconsapevolmente, ad ergere una diga che bloccasse l'ascesa di una concezione ch'egli avvertiva come estranea ai suoi orizzonti: e si tratterà di un'operazione destinata, almeno temporaneamente, al successo.

2. Se continuiamo il colloquio a distanza nel quale abbiamo fatto vestire, forse un po' sorprendentemente, i panni di antagonisti ai nostri due autori, e lo proseguiamo adesso nell'ambito che si potrebbe definire più 'tecnicamente' giuridico, non possiamo esimerci dal notare come le impostazioni di fondo, pur espresse

mente nel corso della seconda parte di questa ricerca: si veda per ora comunque D. NÖRR, *Divisio und Partitio*, cit., pg. 20 ss.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. H. W. ARNDT, *Christian Wolffs Stellung zur « ars characteristic combinatoria »*, in *Filosofia*, XVI (1965), pgg. 743-752.

⁽⁷⁹⁾ W. LENDERS, *Die analytische Begriffs- und Urteilstheorie von G. W. Leibniz und Chr. Wolff*, Hildesheim, 1971, pg. 349.

talora con diversificate terminologie, non si discostino sostanzialmente dai risultati che sin qui siamo stati in grado di scorgere.

Appare assai sensato a questo punto allargare comunque l'orizzonte del nostro immaginario palcoscenico, per far rientrare in scena dopo una breve assenza molti dei protagonisti a noi già noti, rendendo così il dibattito se non più interessante, perlomeno più polifonico.

In un primo momento è la peculiare definizione wolfiana di sistema a celebrare la sua immedata traduzione sul piano giuridico; ma, come era da attendersi, non per mano del più consapevole Cramer, la cui nozione di sistema viene invece altrimenti collocata, trovando accesso ad un livello che ci si appalesa adesso assai più omogeneo a quello postulato come sistema perfetto da Leibniz⁽⁸⁰⁾: sarà, ciononostante, di qualche interesse per il prosieguo del nostro discorso osservare fin da ora che è tra l'altro a questa impostazione crameriana — di un autore cioè 'non-sistematico', o non per tale considerato — che è da far risalire una delle tappe tecnico-dogmatiche focali della stessa sistematica giuridica ottocentesca.

Si diceva di una immediata traduzione sul piano giuridico del concetto di sistema offertoci dal Wolff; essa è rilevante anche per il fatto che avviene, in una tale fase, in un modo, potremmo dire, 'ingenuo', ovvero in assenza di una chiara coscienza dell'intima aporia che la configurazione assunta nella dottrina wolfiana dal concetto di legge doveva in ultima istanza ingenerare, inficiando in prospettiva la stessa possibilità di far coesistere il tema del sistema *vero* con i procedimenti della giurisprudenza: « Quodsi

(80) Per quanto sia pur sempre assicurata una certa distanza dal modello leibniziano a motivo dell'inflessione tipicamente wolfiana, che è propria della nozione crameriana, e secondo la quale l'*inventio* si rivelava un processo *necessariamente* connesso con un precedente inventario di elementi già esistenti. In ogni caso ci sembra meritare un'integrazione J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pgg. 101-2 quando afferma *sic et simpliciter* che il termine sistema nell'opera di Cramer non emerga « in nessun modo »: ciò è parzialmente esatto per il livello relativo al sistema *accompli* leibniziano, ma non invece — come ormai sappiamo — per questo piano approssimativamente apparentabile al sistema (giuridico) dell'*ars inveniendi*; laddove anzi il concetto è l'unico utilizzato, ed in modo assai significativo.

leges dicto modo ex principiis certis & evidentibus, definitionibus, axiomatis, propositionibus demonstratis, legibus & factis antecedaneis demonstrantur: veritas unius legis per alias, tanquam per principia, eruitur; connectuntur adeo inter se leges (WOLFF, *Log. Lat.*, § 877). *Complexus legum, inter se et cum principiis suis connexarum, sistema juris audit* »⁽⁸¹⁾.

Se si considera per un attimo con attenzione la definizione appena riprodotta, non apparirà in altra luce se non in quella di una chiara coerenza alle premesse l'ulteriore conclusione secondo la quale il *systema iuris* riceverà poi le sue diverse designazioni solo « pro diversitate *legum* »: così « aliud erit sistema juris naturalis, aliud publici, aliud canonici, aliud civilis, etc. »⁽⁸²⁾. Ma dalle stesse modalità con le quali viene esplicitata la nozione in questione risulta altresì con pari evidenza, per usare ancora le 'ortodosse' espressioni di Ickstatt, che il discorso non può che essere « *de systemate veri nominis, in quo naturae, aut mixtus saltem* »⁽⁸³⁾, non scholae ordo observatur: h. e. in quo libri, tituli & leges ita disponuntur, ac sese subsequuntur, prout veritas & cognitio unius pendet a cognitione alterius; ita tamen ut, quantum methodi regulae sinunt, ad idem caput aut titulum referantur, quae circa idem objectum observanda lege jubentur »: non solo, ma coloro che 'sognano' e farneticano di poter scorgere un « ordine naturale o *scientifico* » nel Corpus iuris giustiniano « *methodi et systematis notionibus prorsus destitutos esse oportet* »⁽⁸⁴⁾, anche

(81) J. A. ICKSTATT, *Mediationes*², cit., pg. 143.

(82) *Ibidem*.

(83) La descrizione del sistema misto appare di per sé assai sintomatica « Quamdiu ordine mixto in condendo systemate utimur, idem qui in toto, in quovis titulo ordo fervendus venit: ita ut primo loco definitiones, 2do axiomata & lemmata, 3tio denique leges, in propositiones resolutae, cum probationibus, scholiis & illustrationibus ponantur.

Conscripsit hac methodo *celeb. HEINECCIUS elementa juris civilis juxta ordinem institutionum*: in quibus tamen merito id reprehendas quod definitionibus nec satis exasciatis, nec ad demonstrandum aptis non uno loco usus fuerit » *Ibid.*, pg. 145.

(84) *Ibid.*, pg. 143; viene in tal modo sottolineata tutta la lontananza, sotto questo profilo, che contraddistingue l'impostazione wolfiana da quella più tardi peculiare ad un Hugo o ad un Bluhme nella loro ricerca di corrispondenza tra l'ordine sistematico nuovo e la strutturazione medesima della

se, al contrario, debba venir riconosciuta senza difficoltà l'esattezza dell'opinione che vuole che ad un tale ordine il diritto romano possa essere ricondotto; un procedimento realizzabile però esclusivamente seguendo l'esempio fornito da Wolff nei suoi ricordati *Specimina* ⁽⁸⁵⁾.

Sarebbe inutile persino insistere sul carattere di 'esternità' che l'idea di sistema assume in questi contesti; può bastare il ricordo delle affermazioni sull'esistenza di sistemi incompleti ⁽⁸⁶⁾, per non accennare neppure all'emergere della nozione di sistema prolisso o *superfluo* ⁽⁸⁷⁾.

Maggiore attenzione — benché non ne venga modificato, sotto quel profilo, il quadro appena delineato ⁽⁸⁸⁾ — merita tut-

compilazione giustiniana. Sul diverso rapporto che intercorre invece ad altri livelli tra Hugo e il wolfismo sul tema dell'impostazione sistematica, cfr. il primo capitolo della parte seconda.

⁽⁸⁵⁾ « Inter scripta adeo scientifica referendum est systema juris. Eadem ergo, quae in scripto scientifico, in systemate quoque juris concinnando observanda sunt. Nimirum 1. termini omnes accurate definiendi, qui vel definitiones alias, vel determinationes tanquam praemissae ingrediuntur; vel vicem legis subeunt. 2. Quodsi in systemate juris propositionibus & legibus utamur, ex alia disciplina adscitis: eas minime demonstrare tenemur; sed demonstratas suo loco supponimus. 3. Definitiones eo ordine collocentur ut eae anteriori loco ponatur, quarum definita ingrediuntur alias. 4. Praeter axiomata, postulata & lemmata juris, propositiones nullae absque demonstratione, adsumantur. 5. Indicandum tamen, quo loco lemmata seu propositiones ex alia disciplina adscitae, demonstrata habeantur. 6. Leges omnes in propositiones determinatas resolvantur. 7. Casus, sive circumstantiae, sub quibus lex aliquid jubet vel prohibet, justum vel injustum declarat, accurate determinentur. 8. Siquae leges obscuriores videntur: exemplis & casibus illustrentur. 9. Denique si leges facta historica peculiaria & arcana supponant: scholia addantur » (*ibid.*, pgg. 144-145).

⁽⁸⁶⁾ Cfr. *supra*, pg. 420.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. J. A. ICKSTATT, *loc. cit.*, pg. 144: « Si in systema juris congerantur plura, quam quae intelligendis & demonstrandis legibus, aut fini quem in condendo systemate nobis proposuimus, assequendo, sufficient: erit systema juris *prolixum*: ea vero, quibus supersedere poterat systematis conditor, *superflua* dicentur ».

⁽⁸⁸⁾ Costante è ad esempio l'uso del termine *ordo* al posto di *systema* per designare quello che oggi si direbbe il sistema interno; sulle origini e sulle vicende del termine si veda la bella ricerca di H. KRINGS, *Ordo. Philosophischhistorische Grundlegung einer abendländischen Idee*, Hamburg, 1982², (1941), *passim*.

tavia nell'ottica sin qui trascelta — un'ottica, sia detto di sfuggita, che ci pare costituire nella sua globalità un'attendibile conferma dell'ipotesi di lavoro proposta da Ernst Forsthoff, per il quale i grandi movimenti della storia politica e culturale si possono individuare quasi rispecchiati dalle varie modalità di suddivisione delle discipline accademiche e degli strumenti ad essa finalizzati⁽⁸⁹⁾ —, quanto Ickstatt ritiene di dover aggiungere a proposito della possibilità di una selezione, che opponga al *systema maior*⁽⁹⁰⁾ un *systema minor*, il quale deve a sua volta essere denominato compendio od epitome⁽⁹¹⁾.

È a questo livello, appunto corrispondente al wolfiano 'del giudicare dei libri', che riaffiorano non a caso tutte le acquisizioni e le incertezze del discorso a quella dottrina improntato rispetto al tema del rapporto tra dogma e storia.

Gli *scritti* giuridici possono infatti, in conformità alle risultanze della *Logica*, che ben conosciamo, suddividersi in scientifici o dogmatici, ed inoltre ve ne sono di storici ed ancora di dogmatico-storici: « Scripta juris alia sunt *scientifica*, five *dogmatica*, alia *historica*, alia *dogmatico-historica*; uti ex Logicis patet. Quodsi adeo in contexendo compendio nexus legum & veritatum rationem habeas, aequae, quantum in compendio licet, demonstratas exhibeas: erit *compendium juris*, ex systemate majori excerptum, *scientificum* & *systematicum*. Si autem nexu legum & earum demonstrationibus insuper habitis, in unum locum congeras, quae ad

(89) E. FORSTHOFF, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung* (Res publica, Heft, 1), Stuttgart, 1959, *Nachwort*, pg. 48.

(90) « In systemate juris majori omnes omnino leges suo ordine disponuntur, & ex suis principiis demonstrantur, conclusiones inde deducuntur, scholiis & casibus illustrantur. Unde facile colligitur, systemata juris majora in ampla volumina excrescere, demonstrationes etiam evadere prolixas & copiosas. Enimvero praestitutum studiis academicis tempus, nec non ingens discendorum copia, vix ferre videtur tantum in explanando systemate prolixitatem: adde, quod longa propositionum demonstratarum series discentibus nauseam facile creet. Usui adeo academico seu lectionibus publicis minime conveniunt sistemata juris majora. Quis enim e.g. non rideret, qui in lectionibus juris publici *FECIALEM EUROPAEUM*, aut *LIMNAEI jus publicum*, in jure vero civili *JOAN. VOETII*, aut similis molis commentarium, ad *Pandectas* explanandum, sibi sumeret » (*loc. cit.*, pgg. 146-147).

(91) *Ibid.*, pg. 145.

idem subjectum pertinent, & variis in locis in systemate majori demonstrata exhibentur: compendium juris dogmatico-historicum; denique si non nisi casus speciales atque facta contineat, ad quae leges applicantur, compendium juris historicum dicere lubet »⁽⁹²⁾.

Le sfumature linguistiche di questo frammento non sono occasionali e andranno tenute presenti quando ci imbattemo nelle ben distanti conclusioni dei sistematici di Gottinga: si noti che pur dovendosi in teoria — giusta la distinzione preliminare tra sistema maggiore e sistema minore — concludere per l'omogeneità delle formulazioni sistema e compendio, tuttavia questa omologazione delle due categorie viene meno nel momento stesso nel quale si reintroduce il contrassegno 'sistematico' con riferimento privilegiato — sottolineato persino sul piano grafico — alla dimensione del compendio *scientifico*.

Anche per il compendio 'dogmatico-storico' — il quale almeno 'parzialmente' avrebbe dovuto recare con sé quel carattere scientifico-sistematico — sintomaticamente tale qualifica non viene riproposta e perciò neppure estesa alla sua 'sezione' storica.

Con tutta evidenza da un lato una connessione interna delle *veritates* storiche non viene assolutamente ritenuta come rientrante nell'orizzonte del pensabile, precludendosi in tal modo la possibilità stessa non già solo di concepire concettualmente, ma persino di formulare anche in maniera puramente esteriore un accostamento dei due sostantivi: « Systema Historiae » rappresenterebbe allora una vera e propria *contradictio in adiecto*.

D'altro canto però questa impossibilità logica ne reca con sé un'altra di carattere fors'anco più fondamentale; come si accennava, neppure la stessa coppia mista 'dogmatico-storico', a prescindere dal suo riferimento o meno alla trattazione relativa ai compendi, è suscettibile di essere collocata in un contesto unitario con il concetto di sistema, benché, appunto, 'dogmatico', preso isolatamente, possa essere sostituito da scientifico o sistematico senza distinzioni di sorta. La stessa nozione di 'storico-sistematico' che apparirà auto-evidente nel corso dell'Ottocento (e tale appare talvolta ancora ai nostri occhi), sfugge — ed in modo *oggettivo* — a delle strutture mentali impostate su basi siffatte.

⁽⁹²⁾ *Ibid.*, pg. 146.

Questi risultati saranno entrambi da attribuirsi alle analisi della scuola gottinghese⁽⁹³⁾. Sarebbe tuttavia difficile sottrarsi all'impressione che quegli stessi 'meccanici' accostamenti, che, valutati in sé e per sé e nella loro prospettiva di partenza, si rivelavano scevri da cariche eversive troppo accentuate, fossero altresì idonei — non sottraendosi inevitabilmente alle strutture oggettive del discorso — a preludere ad una frantumazione del sottofondo di gerarchie concettuali dal quale pur emergevano.

Un'impressione di questo tipo sembra rafforzarsi se ritorciamo sui nostri passi con lo sguardo rivolto alla riflessione dedicata da Leibniz — attraverso un armamentario concettuale sotto alcuni aspetti simile — alla nozione stessa di sistema giuridico: in paragone alla frequenza con la quale il termine compare nel lavoro di Ickstatt, od anche nella *Iurisprudentia civilis* wolfiana, potrà colpire una certa parsimoniosità del Lipsiense; una parsimoniosità d'espressioni della quale conosciamo in parte le motivazioni⁽⁹⁴⁾, e che comunque esprime già *prima facie* perlomeno una diversa 'dichiarazione d'intenti'.

È innanzitutto da sottolineare che sistema per Leibniz non è 'immediatamente' l'espressione esteriore della connessione materiale, del rapporto che lega *tra loro* le norme giuridiche, le *leges*, a seconda appunto del materiale preso in esame⁽⁹⁵⁾.

La tentazione di non distinguere a sufficienza la materia e la forma nell'elaborazione della nozione, e di assumere pertanto — come accadeva nel caso della trascrizione del concetto wolfiano — il *complexus legum* come identico al sistema; o, in altre parole, la tentazione di un accantonamento della questione se le stesse disposizioni normative, le stesse prescrizioni potessero essere a loro volta senza mediazione immesse all'interno di un concetto

⁽⁹³⁾ Per il primo rimandiamo a quanto osservammo nel corso del terzo capitolo; per qualche approfondimento ulteriore riguardo al secondo aspetto si veda *infra*, spec. pg. 588 ss.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. *supra*, nota 27.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. su questa concezione di sistema, valida anche a livello generale ove si sostituisca alle *leges* qualche altra *veritas* suscettibile di scienza, le espressioni dello *Zedlers Universal-Lexikon*, Bd. 41 (1744), col. 1209 ss., riportate rispettivamente da O. RITSCHL, *System und systematische Methode*, cit., col. 55 e da J. SCHRÖDER, *op. cit.*, pg. 87.

che doveva necessariamente far riferimento a regole metalinguistiche⁽⁹⁶⁾, pare certo presentarsi a Leibniz, il quale in conformità alla teoria delle fonti assolutistica non vede il problema che sarà ingenerato dal diritto consuetudinario.

Ed infatti nella seconda redazione di un frammento databile attorno agli anni 1677-1678 e di suo pugno intitolato *de legum interpretatione*⁽⁹⁷⁾, rinveniamo inizialmente la seguente successione:

« *Jus civile est systema Legum civitatis.*

Civitas est societas inita felicitatis causa.

Lex est enuntiatio circa agenda aut omittenda vim cogendi habens.

Systema est collectio praeceptorum vel placitorum »⁽⁹⁸⁾.

Così dunque non soltanto le regole enunciate 'sopra' le leggi — ad esempio a loro esplicazione — possono ritenersi dogmi suscettibili di entrare nel sistema, ma la medesima regolazione legislativa di per sé acquisisce quel carattere. In una tale prospettiva non avrebbe avuto senso parlare di un *Systema Iurisprudentiae* strutturalmente distinto dal *corpus* (sistema) delle leggi, ma al massimo di una giurisprudenza sistematica costretta a soggiacere nello specifico campo del diritto a quella che rappresentava una più generale esigenza di chiarificazione dei materiali esistenti, confluyente infine in una concezione completamente *statica* di sistema. Esso si sarebbe potuto discostare *occasionalmente* dalla tradizione soltanto in questioni di dettaglio, qualora non si mostrassero dominabili dalla sua logica complessiva: « *Ceterum apparet necessitas condendis Systemata in omni disciplinarum genere, ut cognitio humana fiat exacta, et a confusione liberetur* »⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. GRUA, 2, pg. 839.

⁽⁹⁷⁾ *L'incipit* delle due prime versioni è accessibile in GRUA, 2, pg. 632. La terza versione fu pubblicata invece dal Mollat nel 1885.

⁽⁹⁸⁾ GRUA, 2., pg. 632.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. nel senso del testo già I. RUDHART, *Untersuchung über systematische Eintheilung*, cit., pg. 37 e più recentemente H. THIEME, *Die Zeit des Späten Naturrechts*, cit., pg. 225, il quale osserva giustamente come la maggiore originalità di Wolff emerga nel campo del diritto pubblico, laddove egli si sentiva meno legato alle fonti giuridiche. Per il passo citato nel testo cfr. *supra* pg. 460, nota 305.

Non ci pare allora particolare trascurabile — benché a tutta prima possa sembrare questione di mere sfumature — che Leibniz ritenga di non poter più attenersi alla definizione di sistema sin qui raggiunta (ed in forza della quale quelle regole metalinguistiche raccolte nella sua struttura venivano qualificate precetti o prescrizioni), recuperando per altra via la dimensione prospettica di cui andavamo discorrendo.

Un simile ripensamento emerge in una modalità che non si saprebbe volere più icasticamente concreta: Leibniz infatti ritorna successivamente sul quesito, cancellando dal suo stesso *incipit* le parole « *praeceptorum vel placitorum* » e sostituendovi la formulazione « *enuntiationum apta ad docendum* ».

Così in un frammento posteriore non solo è esplicitamente parola di un ' sistema della giurisprudenza ' — ancora ovviamente legato al tema dell'utilità (né del resto vi si sarebbero potute proiettare aspettative modellate su altre e più recenti concezioni di scienza) —, ma si suscita l'impressione che la medesima *Historia Legum* faccia parte del sistema della giurisprudenza e sia financo suscettibile di una organizzazione sistematica: « *Jurisprudentiae systema diversa ratione condendum est pro usu eorum quibus traditur. Nam si Legislatoribus scribamus, et his qui ipsis a consilio sunt, tradenda est per causas, et ex utilitate reipublicae demonstranda, ut proinde nihil aliud jurisprudencia futura sit, quam scientia civilis, quae legibus publicis stabilita est.*

Possis etiam dare Historiam Legum, ostendereque quomodo paulatim sint mutatae in aliqua republica, *non tantum ob publicam utilitatem*, sed et ob errores hominum atque affectus. Sed neque politicis neque Historicis legum causis populi indigent, imo nec Magistratus, nisi quibus Legislatoriae autoritatis pars concessa est. Possunt illi clara, brevis et accurata eaque ordinata recensione contenti esse <, clara, ne qua facile de sensu legislatoris disputatio oriatur, brevis, ne quid redundet, accurata, ne quid desit, ordinata, ut lex facile reperiri ac retineri possit > »⁽¹⁰⁰⁾.

Non è un caso che il frammento appena preso in esame — la cui datazione non dovrebbe poter essere situata al di là dell'ul-

(100) GRUA, 2., pg. 782.

timo scorcio del diciassettesimo secolo⁽¹⁰¹⁾ — costituisca quasi il coronamento di un processo di revisione che concerne proprio lo stesso duro giudizio occasionato dalla nota critica alla disposizione « per personas, res et actiones » seguita dalle *Institutiones*, inutile perché tratta « non... ex Juris sed Facti visceribus ». Un giudizio, dicevamo, che coinvolgeva ogni suddivisione sistematica « a concreto sumpta »⁽¹⁰²⁾: dato certo interessante se appena lo si ricollegli alla funzione di *praefatio* alle *Tabulae Juris* che questo testo doveva assumere.

Di fatto adesso si riconosce invece abbastanza pianamente l'esistenza di due metodi secondo i quali le prescrizioni o i dogmi possono essere sistematizzati: ed anzi il nostro autore si pronuncia per una loro necessaria congiunzione, anche se essa debba quasi naturalmente sfociare in parallelismi e ripetizioni.

In traduzione suonerebbero rispettivamente metodo fattuale (*ratio facti, recensio secundum facta*) e metodo giuridico (*ratio iuris, recensio secundum iura*)⁽¹⁰³⁾: è infatti ancora lo stesso Leibniz a designare come *methodus* le due espressioni⁽¹⁰⁴⁾.

Bisognerà fare tuttavia attenzione al senso peculiare del quale l'aggettivazione si colora. Se ci è consentito il paradosso è proprio la *recensio* fattuale ad assumere importanza di antecedente mediato per la sistematica del metodo giuridico ottocentesco, benché la struttura genetica portante sia poi riscontrabile in controluce anche nel cosiddetto metodo giuridico.

Il prospettivismo leibniziano non si smentisce neppure a questo livello. Il metodo 'giuridico' manifesta la sua *aptitudo* nel giovare in prima linea ad una considerazione del fenomeno

⁽¹⁰¹⁾ La datazione che ne offre Grua oscilla tra gli anni 1677-1680. Secondo K. MÜLLER - G. KRÖNERT, *Leben und Werk von G. W. Leibniz* (1969), pg. 55 si potrebbe precisare anche la data di redazione dell'ultima versione attorno al 1678; cfr. G. OTTE, *Leibniz und die juristische Methode*, cit., pg. 3.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. il passo della *Nova Methodus* (II, § 10) citato anche *supra* pg. 376 nota 144.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. il frammento — così intitolato dallo stesso Leibniz — *Lib. I Tit. V Digest De Statu Hominum*, in GRUA, 2., pg. 839 (probabilmente anch'esso risalente all'aprile del 1678).

⁽¹⁰⁴⁾ GRUA, 2., pg. 763 (*De Judicis Officio et Postulationibus*, 1680-1681).

giuridico rivolta alla sua applicazione⁽¹⁰⁵⁾, e si mostra in conclusione finalizzato a raggruppare e disporre tutte le fattispecie e circostanze della vita dalle quali si lasci derivare sempre il medesimo effetto giuridico (*qua cuique personae rei actui assignetur ius suum*)⁽¹⁰⁶⁾: « Alia Methodus est, ut jura ipsa ordine percensentes, atque unicuique immorantes explicemus, ex quibus causis nasci, intendi, infringi, tollique possit. Ita enim quod facti est, juri subjicimus, quemadmodum supra subjeceramus jura facto. Eaque Methodus imprimis apta est instruendis judiciis, ut quisque postulationem edens velut digito indicare possit quam actionem instituat, seu quibus ex causis quid petat. Ea quoque ratione ex immensa illa multiplicitate quam prior recensio attulit, jus in arctum cogi < ac certum determinatumque reddi > potest. Itaque leges privatas imprimis non alia ratione commodius tradi posse arbitror, quam ut enumeremus species jurium realium personarumque, et causas uniuscuiusque. Praemittenda tamen sunt aliqua ad factum, seu ad personas, res, actus pertinentia, compendii causa, ut quod in universis, aut certe multis juris speciebus locum habet, quotiescunque illa persona, illa res, illud factum occurrit, semel in universum admoneatur. Sunt enim communia omnium jurium, sunt communia omnium realium jurium, sunt alia communia aliorum, sunt propriae unicuique juri causae, quae omnia non nisi factorum ordine disponi possunt. Juris tamen varietates totum systema moderatur; ultima tantum cuiusque capituli subdivisione factis relicta »⁽¹⁰⁷⁾.

Come si sarà potuto osservare la struttura di base attorno alla quale si raggruppano gli effetti giuridici — o meglio, che viene disarticolata, per ricondurne ciascun elemento sotto la corrispondente proposizione giuridica come suo presupposto di fatto —, pur manifestandosi simile a quella delle *Institutiones*, ne differisce in realtà profondamente. Il motivo è da ricercare proprio nella sostituzione dell'ultima categoria, le *actiones*; una innovazione che modifica l'intera sequenza.

⁽¹⁰⁵⁾ GRUA, 2., pg. 614.

⁽¹⁰⁶⁾ GRUA, 2., pg. 763.

⁽¹⁰⁷⁾ GRUA, 2., pgg. 783-4 (*Praefatio Tabulae Juris*; datazione oscillante tra il 1685 e il 1695).

La *sedes materiae* della nuova categoria è appunto connessa al metodo fattuale. Già fin dal decimo paragrafo della *pars specialis* all'interno della *Nova Methodus* quell'articolazione che stiamo segnalando per la sua carica innovatrice — pur seguitando ad essere designata come *actio* — appariva largamente similare: essa veniva poi ripartita in *inuria*, *conventio* e *possessio* ⁽¹⁰⁸⁾. Il rapporto tra la sottodistinzione *conventio* ed il suo concetto-*genus*, ormai divenuto stabilmente e sintomaticamente riconoscibile come *actus*, merita di essere tenuto particolarmente presente, in quanto costituisce un non irrilevante antecedente di prospettive sistematiche che vedremo riemergere con Nettelbladt e Cramer.

È in ogni caso innegabile che rispetto al metodo giuridico il funzionamento della *recensio secundum facta* si comporti con movenze tipicamente speculari: si tratta infatti di assegnare a ciascun diritto ed obbligo il rapporto di fatto che gli compete o, in altri termini, di raccogliere e classificare *diversi* effetti giuridici sussumendoli sotto un'*unica* fattispecie empirica: « Ordinata legum recensio duplex esse potest, una secundum facta, altera secundum jura. Secundum facta, quoties proposito unoquoque facto enumerantur varia jura quae inde nascuntur. Atque haec methodus est per personas, res, et actus. Ita recensetur quae sint privilegia foeminarum, quae pupillorum, quid circa aedificia, pascua, aquas, sit observandum, quae in contractibus cautela adhibendae. Eaque methodus utilis est privatis ad res acquirendas conservandasque, ad cavendas insidias inimicorum, ad famam denique vitamque tuendam. Et vero Leges quae de jure publico, rebusque sacris, publicis singulariter ita dictis, militaribus, fiscalibus, politicis, criminalibus traduntur, non videntur alia melius ratione proponi posse, quam ut cuique hominum genere < et professioni quam vocant > sua praescribantur officia, quibus non tantum poenas sed et damna evitare, quin et praemia laudemque consequi possint » ⁽¹⁰⁹⁾.

Merita a questo punto una menzione particolare la circostanza che, secondo le stesse parole del nostro Lipsiense, un simile metodo si dimostri estremamente utile alla tutela del privato *Bürger*: non soltanto — come si sarebbe potuto credere — nel campo del

⁽¹⁰⁸⁾ G. LEIBNIZ, *Nova Methodus*, cit., pg. 32.

⁽¹⁰⁹⁾ GRUA, 2., pg. 783.

diritto civile (« ad res acquirendas conservandasque », a tutela insomma della nuova e moderna personalità acquisitiva), ma altresì e soprattutto nel campo del diritto pubblico, perché era per sua stessa essenza particolarmente adatto ad informarlo dei suoi diritti ed obblighi.

Così il sistema — non diversamente da un'eventuale legislazione secondo la sua struttura ordinatamente redatta — determina e sviluppa in realtà le proposizioni giuridiche ricavandole dai rapporti empirici, palesando in tal modo come la *ratio facti* — ovvero le categorie concettuali 'generative' che la sua struttura lascia intravedere⁽¹¹⁰⁾ — non costituisca in fondo altro che quella 'replica' giuridica dell'arte combinatoria che era lecito attendersi: un'*ars combinatoria* della quale sappiamo ormai sino a che punto costituisse il nocciolo ed il fondamento della diversa dimensione acquisita dal *Système réglé* rispetto al sistema semplicemente dimostrativo o 'compiuto'⁽¹¹¹⁾.

Questo carattere essenzialmente combinatorio e produttivo — dinamico — spettante alla nozione di sistema all'interno del discorso leibniziano ci pare risultare nel modo più chiaro dall'ultima versione del già citato frammento sull'interpretazione. Qui emerge in tutta la sua forza la funzione della forma del sistema, rispetto alla *materia* costituita dalle *leges*: « Superest, ut tractemus de *methodo legum* seu de *systemate ex pluribus legibus* concinnando. *In hoc systemate spectanda est tum materia tum forma seu ordo.*

Materia systematis faciunt *leges ipsae*, in quibus illud observandum est, quod in lapidibus, ex quibus molimur aedificium debent enim ita esse secti, ut inter se commode firmiterque conjungi possint, deinde ut nullus sit locus vacuus. Ita in legibus coordinandis requiritur tum ut ne pugnent inter se, tum ut nullum negotium dubium relinquunt »⁽¹¹²⁾.

È più che evidente che non ci si dovranno aspettare da Leibniz, specialmente laddove si fa questione *de scientia*, discorsi

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. H. SCHIEDERMAIR, *Das Phänomen der Macht und die Idee des Rechts*, cit., pg. 104-105.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. *supra*, pg. 541 ss.

⁽¹¹²⁾ G. W. LEIBNIZ, *De legum interpretatione, rationibus, applicatione, systemate*, in T. ASCARELLI, *op. cit.*, pg. 408.

del tipo di quelli che abbiamo udito fare da Ickstatt sull'esistenza di sistemi incompleti: sì, perché il tema è in questo testo contemporaneamente di competenza della scienza; e, di più, ormai indipendente da una rappresentazione libresca, non più con essa identificabile senza residui, proprio in virtù del suo carattere di struttura combinatoria indipendente.

Per la prima volta con una simile forza e nettezza di intenti — in questo senso il tenore delle 'nostre' pagine ci sembra decisivo per la stessa autocoscienza storica del moderno giurista — viene qui formulato l'idea di un sistema *chiuso*. In una parola, i problemi della completezza dell'ordinamento e del sistema sono collocati in un contesto di *interna* connessione, individuando così nella scoperta di *nuove* proposizioni giuridiche tratte dai concetti la caratteristica fondamentale della stessa funzione che il sistema (il giurista) è chiamato a svolgere.

E difatti l'argomentazione può così proseguire: « Tale systema legum *hactenus quidem non extat, quin tamen confici possit, ego dubitare non possum*. Sed vulgus in contrarium abit credunt enim infinita esse negotia, quae complecti omnia sit supra humanas vires. Quod ita esse fateor, si propositum nobis esset enumerare omnes casus sed qui universalia novit, is facile innumerabilem rerum copiam in classes dividere potest, ita ut nihil eum effugere possit. *Deinde vulgo putant nullam esse legem sine exceptione, cum tamen JC^{ms} velit regulam adeo exceptionibus carere debere, ut si vel in uno fallat, officium suum perdere videatur. Quomodo haec conciliabimus aut quomodo denique aliquid certi ex legibus concludemus, si nunquam securi sumus? Respondendum est singulas quidem leges posse habere exceptiones, sed totum systemata legum debere exceptionibus carere* leges enim se invicem limitant et ex una lege *sumi potest* regula, ex alia exceptio, rursus ex alia replicatio et ita porro. Inde nascitur mirificum legesferendi compendium et apparet, quomodo paucae leges complecti possent casus innumerabiles, quoniam paucarum legum innumerabiles possunt fieri *combinationes* inter se pro negotiis scilicet oblati » ⁽¹¹³⁾.

Giunti a questo approdo si potrebbe altresì precisare la qualità medesima di quella interna connessione, facendo leva proprio

⁽¹¹³⁾ *Ibid.*, pg. 409.

sul tipo di analisi che la fonda — così paradossale da richiamare di primo acchito analoghi procedimenti mentali russelliani in tema di logica delle classi⁽¹¹⁴⁾. Quell'analisi è infatti significativamente esemplata ancora una volta su di una famosa critica (di derivazione agostiniana) allo scetticismo⁽¹¹⁵⁾: in via di fatto l'ordinamento viene implicitamente riconosciuto incompleto, perché sarebbe difficile negare per ogni singola legge la sussistenza di un rapporto regola-eccezione. Ma ciò che a livello di logica naturale e immediata — e quindi anche a livello di *materia* del sistema — appare incontrovertibile, non è più tale (o meglio non *deve* essere più tale) una volta introdotta la nozione complessiva di sistema.

È questa nozione che fa cadere in via preliminare l'obbiezione che sarebbe potuta sorgere spontanea — anche in considerazione dell'integrabilità, espressamente affermata da Leibniz, delle idee che abbiamo sin qui esposto mediante il rinvio alla sua dottrina delle presunzioni. Ovvero un'obbiezione in forza della quale si sarebbe dovuti forse giungere alla diversa conclusione — dotata appunto di assai maggior forza e validità nel caso della dottrina delle presunzioni considerata a sé — che senza specifiche e puntuali *decisioni* (giurisdizionali o *legislative* la stessa possibilità di identificare la regola o l'eccezione sarebbe stata messa in forse e resa inaccessibile⁽¹¹⁶⁾. Che, quindi, alla base del sistema fosse neces-

(114) Cfr. T. ASCARELLI, *op. cit.*, pg. 41 nota 107.

(115) Cfr. G. LEIBNIZ, *Nova Methodus*, cit., pg. 37 ss.

(116) Cfr. G. OTTE, *Leibniz und die juristische Methode*, cit., pg. 19.

Leibniz pare anzi riutilizzare come norma di chiusura dell'ordinamento di contro all'insorgere dei *casus perplexi* il postulato formale contenuto nella dottrina della *fundata intentio*, trasferendolo a livello di diritto naturale. Quella dottrina, com'è noto aveva uno dei suoi punti focali nel tema dell'*onus probandi*. Già Bartolo in relazione alla celebre presunzione della *lex altius* (C. 3.34.8., Glossa « *possessoris* ») aveva connesso la *fundata intentio* con la presunzione di 'libertà': « *semper illi qui dicit servitutem sibi competere debet hoc probare: est enim fundata intentio negantis de iure communi. Quia omne solum est liberum usque ad coelum, hinc probetur servitus 1. altius* » (cfr. sull'argomento W. WIEGAND, *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit*, cit., pg. 6, 161 ss.).

Leibniz sembrerebbe sottolineare a livello generale il carattere 'liberale' di questa concezione, ammettendo il non vietato come permesso e ciò che non è stato positivamente regolato anch'esso come disponibile. Ci pare comunque che tra volontà legislativa e norma di chiusura sul piano dell'ap-

sario porre il rapporto regola-eccezione, *esattamente* come « era stato pensato nella legge medesima ».

Sia come sia, ci pare difficilmente controvertibile la considerazione che una complessità di tematiche come quelle impostate dal *Système réglé*, dalla *ratio facti* e dal carattere innovatore e dinamico di un sistema combinatorio — produttivo cioè della stessa completezza e assenza di lacune dell'ordinamento — non si sia poi in grado di rinvenirla con una simile profondità nelle analisi di Wolff; cioè di colui che si continua per lo più ancora a ritenere un suo fedele seguace, almeno in campo giuridico. L'ultimo profilo appena segnalato si fa luce, ad esempio, del tutto di sfuggita nella *Jurisprudentia civilis*, ed anche allora soltanto come uno dei molti e possibili *topoi* argomentativi — neppure particolarmente sottolineati — adottati solo perché atti a convincere il lettore della « utilitas iuris in formam demonstrativam redacti »⁽¹¹⁷⁾. Così come naturalmente non riemergeva, a suo tempo, la problematica della storia *interna*; non a caso essa rinviava già di per sé ad una concezione del sistema ben diversa da quella puramente 'esteriorizzata' che abbiamo visto essergli familiare: e non si può certo dimenticare nel valutare l'intenzionalità di simili asimmetrie la sua veste di curatore della riedizione della *Nova Methodus*.

L'individuazione di questo punto debole del metodo dimostrativo non è in ogni caso frutto di una (nostra) riflessione *a posteriori*. Non si tratta cioè della riscoperta di un angolo visuale del tutto peculiare alla riflessione leibniziana; una riflessione, per soprammercato, all'epoca non ripresa in considerazione con la dovuta attenzione, eppure (o forse proprio perché) eco anticipata di figure e problemi poi destinati a divenire più attuali nel corso del secolo successivo. Non lo è, difatti, se esso poteva esser colto con acutezza e precisione di contorni anche da alcuni dei contemporanei più avvertiti: « Che il Metodo sia l'ordine delle idee (*die Ordnung der Gedanken*), è cosa nota. Le nostre idee sono o concetti (*Begriffe*) o giudizi (*Urtheile*). Pertanto il metodo deve indicarci

plicazione, vada a collocarsi in una posizione privilegiata proprio il ruolo che svolge il sistema come eliminazione della dialettica delle eccezioni, pur sempre ipotizzabili, e adesso 'scientificamente' eliminabili.

⁽¹¹⁷⁾ C. WOLFF, *De Jurisprudentia civili*, cit., pgg. 196-7.

le regole, secondo le quali noi abbiamo a disporre in ordine sia i nostri concetti che i nostri giudizi. Orbene, quest'ultima cosa ce la insegna il cosiddetto metodo matematico.

Esso impone di determinare in modo sufficiente tutte le *proposizioni* (*alle Sätze zureichend zu bestimmen*). Un simile metodo insegna a disporre le proposizioni così determinate in una maniera tale, da far precedere quelle che contengono in sé il fondamento delle successive, e a partire dalle quali queste ultime possono essere concepite.

Soltanto, chi ritenga che con questo sia già stato fatto tutto, quegli non comprende ancora che cosa sia un metodo compiuto e perfetto. Nella nostra conoscenza, come si è detto, molto dipende non soltanto dalle proposizioni ma anche e specialmente dai concetti. La nostra principale cura deve essere impiegata nei riguardi di questi, perché sono essi a costituire appunto la sostanza di tutti i nostri giudizi e conclusioni. E che proprio sotto questo profilo il metodo matematico non fornisca regole adeguate, lo ammetterà chiunque lo conosca un po' più approfonditamente che non per semplice sentito dire »⁽¹¹⁸⁾.

I Beckmann non volevano certamente arrivare con le loro constatazioni al paradosso di negare nei lavori di quei giuristi la presenza o la rinvenibilità di concetti e definizioni degli oggetti posti sotto esame. Era bensì vero che almeno per le seconde si poteva constatare anche l'esistenza di regole secondo cui esse dovessero essere elaborate⁽¹¹⁹⁾. Ma proprio in questo contesto si radicava a loro avviso il nodo centrale. Una ulteriore ricerca infatti, che si proponesse di andare al di là di questo risultato per rinvenire finalmente una consapevolezza sufficiente del fatto che le definizioni potessero e dovessero essere collegate soltanto in *un* ordine univoco; ovvero un ordine nel quale di ogni concetto fosse noto non pure il luogo una volta per tutte determinato dalla sua collocazione, ma altresì la modalità stessa della sua produzione — ebbene una tale ricerca non era andata finora altrimenti

⁽¹¹⁸⁾ G. B. e O. D. BECKMANN, *Gedanken vom Reformiren*, cit., pg. 14.

⁽¹¹⁹⁾ *Ibid.*, pg. 15.

che delusa, poiché un tale giurista, in ciò non dissimile dal matematico che prendeva a modello, « ... zeigt *nicht wie er sie* [die Begriffe] *formiert*, wovon doch in folgenden Beweise der Sätze ein vieles abhängt. Er zeigt nicht *warum er sie vielmehr in dieser als in einer andern Ordnung gestellt habe*. Bald stehen die Begriffe der Gattungen vor, und folgen Begriffe der Arten. Bald behaupten diese den ersten und jene den letzten Platz. Bald findet man einen Begriff der Gattung mitten unter den Begriff der dazu gehörigen Arten. Kurz man kan insgesamt ihre Erklärungen auf tausenderley Art versetzen, *ohne man behaupten konnte, sie stünden unordentlicher wie vorher* » ⁽¹²⁰⁾.

Il problema è allora di non limitarsi ad un'utilizzazione esclusivamente analitica dei concetti nella dottrina giuridica, ma di accedere al contrario ad un impiego di procedure sintetiche; « jene entsteht durch Entwicklung desjenigen was *in denselben* [nei concetti], diese aber was *unter dieselben enthalten ist* »: per non lasciarsi, infine, sfuggire l'occasione, decisiva per la costituzione in scienza dell'attività del giurista, di « ... Wahrheiten (zu) *erfinden* und Urtheile (zu) *machen, als welche aus Bestimmung des Verhältniss der Begriffe gegen einander entstehen* » ⁽¹²¹⁾.

Se ora proseguiamo in questa specie di viaggio a ritroso nell'archeologia della *Begriffsjurisprudenz*, siamo immediatamente in grado di accorgerci che anche per un giurista come Nettelblatt — nella cui opera ridiviene tuttavia centrale la riflessione sulla necessità di una riforma del diritto — il vincolo nei riguardi dell'*actio finium regundorum* dell'ambito dottrinale nel quale è possibile assegnare una funzione positiva ai concetti nuovi, è estremamente preciso; e — diremmo — estremamente preciso proprio in quanto socialmente determinato.

L'ostacolo maggiore al riconoscimento di una produttività della conoscenza giuridica è infatti rappresentato non già dalla soddisfatta constatazione che sia lecito — senza soverchi patemi d'animo — risolvere il dilemma « se l'attuale stato della giurisprudenza civile sia compiuto od incompiuto? », nel senso della prima

⁽¹²⁰⁾ *Ibidem.*

⁽¹²¹⁾ *Ibid.*, pgg. 15 e 16

alternativa: ché, anzi, la risposta è precisa nella scelta della seconda ⁽¹²²⁾.

Fatto sì è che Nettelbladt — certo in maniera singolare per un occhio moderno — viene a collocare lo stesso giurista in quella ottica senza residui totalizzante rappresentata dalla dottrina wolffiana degli *officia* e degli *jura et obligationes*, interpretando la sua funzione sociale e scientifica alla luce delle risultanze di queste due teorie.

La questione preliminare ad ogni altra diviene allora quella di quali *Rechte und Verbindlichkeiten* un 'Rechtslehrer' abbia ad assolvere nei confronti della legge, ed in via subordinata dello *Justiz-Wesen*: « In tal caso è facile rendersi conto che un giurista è *obligato* a lasciare le leggi come esse sono, e debba attendersi il loro mutamento da una mano superiore. È altresì evidente che egli è troppo *debole* per poter trasformare la stessa struttura dell'amministrazione della giustizia, collocandola in un'altra condizione rispetto all'attuale » ⁽¹²³⁾.

Il *Rechtsgelehrte* deve prendere perciò le leggi come sono: il suo spazio di innovazione è strettamente delimitato dai suoi doveri nei confronti di una giusta disposizione delle lezioni accademiche, in modo che gli sia consentito condurre in breve lasso di tempo « zu einer vollständigen, zu einer pragmatischen, zu einer deutlichen, zu einer ordentlichen, zu einer gewissen Erkenntniss der Rechtsgelahrtheit... »

Sarà allora necessario e sufficiente dimostrare che l'attuale stadio della scienza giuridica non consente il raggiungimento degli scopi ai quali i suoi doveri lo indirizzano, perché — ma allora e solo allora — risulti evidente, « dass eines Rechtslehrers Schuldigkeit sey, den heutigen Zustand der bürgerlichen Rechtsgelahrtheit dahin zu *verändern*, dass er diese seine Pflicht erfüllen könne » ⁽¹²⁴⁾.

Da questo singolare preambolo consegue, in altre parole, in forza della chiara simmetrità di diritto ed obbligo propria di quella dottrina, che il giurista ha diritto di mutare lo stato attuale della sua scienza: « Da überhaupt eine jede Verbindlichkeit

⁽¹²²⁾ D. NETTELBLADT, *Unvorgreifliche Gedanken*, cit., pg. 19.

⁽¹²³⁾ *Ibidem*.

⁽¹²⁴⁾ *Ibid.*, pg. 22.

ein Recht nach sich ziehet zu dem, was nöthig ist der Verbindlichkeit ein Genügen zu thun » ⁽¹²⁵⁾.

Ma è attorno all'aggettivo 'necessario' che si impernia tutta l'argomentazione nettelbladtiana; quel diritto, si affretta subito a soggiungere, ha senz'altro i suoi limiti, ed inoltre lo stesso suo esercizio deve avvenire secondo le regole della *Prudentia*, secondo i dettami della competente *Klugheit*.

Tutta la concezione del nostro giurista sull'utilizzazione e sul ruolo che compete ai nuovi concetti è racchiusa *in nuce* in questo gioco di specchi tra la dottrina degli *iura et obligationes* e quella della *Klugheit*, nel rapporto immediato nel quale essa risulta collocata rispetto all'ambito giuridico. Se l'innovazione consentita del diritto civile non può andare al di là di quanto serve ad approntare i mezzi idonei dell'adempimento di quell'obbligo, ciò viene a significare in generale ed in primo luogo che « es muss also derjenige, so sich diese Rechtes bedienen will die Gesetze selbst unverändert lassen »; ma, secondariamente, che egli deve lasciare immutate persino le dottrine sino a quel momento proposte e tramandate dai giuristi « so ferne er nicht *beweisen* kann, dass dieselbe irrig sind... » ⁽¹²⁶⁾.

Nettelbladt giunge sino al punto di postulare una certa quale « *Logicalische Klugheit* », che dovrebbe mettere in guardia da un'applicazione troppo rigorosa delle regole logiche alle discipline scientifiche appartenenti al *cursus academicus* — e quindi al diritto —, qualora non vi sia la massima necessità, e sempre che non ne discenda un conflitto troppo accentuato con la tradizione. Così, per fare un esempio — esempio significativo della qualità che il giurista di Halle vuol vedere ancora attribuita alla « *bürgerliche Rechtsgelahrtheit* » — nel campo della dottrina feudistica non era difficile accertare l'abitudine di parlare di *substantialia, naturalia et accidentalia feudi*. Tuttavia un logico rigoroso avrebbe senz'altro dovuto trovare anche in questa partizione all'apparenza 'innocente', almeno due punti non corrispondenti alle esigenze di una vera 'solidità' scientifica: anzitutto la stessa espressione

⁽¹²⁵⁾ *Ibid.*, pg. 23.

⁽¹²⁶⁾ *Ibidem*.

substantialia l'avrebbe illuminato « sull'*incostantia loquendi* e sulla logica corrotta dei giuristi ».

L'avrebbe in una parola spinto a precisare che non di quel termine potesse farsi uso, ma bensì dell'altro e unico adeguato, cioè *essentialia*.

Questa innovazione meramente definitoria non avrebbe però permesso in secondo luogo di mantenersi fedeli al vecchio schema tripartito. Di conseguenza il giurista-logico 'tipo' si sarebbe visto infine costretto, per liberare definitivamente il diritto feudale dalle sue impurità, a proporre una serie assai diversamente impostata: « Feudi *determinationes* appellantur vel feudi *essentialia*, vel non: *in posteriori casu* vel feudi *naturalia*, vel feudi *accidentalìa* appellantur ».

A prescindere dal fatto che forse inconsciamente Nettelblatt dà qui fondo con la sua descrizione tipologica, ad una proiezione (spinta all'estremo) delle tecniche operative proprie di quel metodo rigoroso dal quale egli stesso in teoria non avrebbe dovuto discostarsi — e del quale spesso in pratica ebbe a servirsi —, resta tuttavia sintomatico l'arretramento finale rispetto all'eccessiva astrattezza che gli fa rifiutare modificazioni di tal fatta: un'astrattezza che si traduce su di un altro piano in una duplice infedeltà, alla legge e alla tradizione. Se così è si potrà persino concludere che debbano essere talvolta ammesse delle *definitiones alternativae*, benché esse non siano ovviamente corrispondenti al criterio della solidità scientifica, « wenn sonst die Erklärung *so abstract* werden würde, dass sie schwer zu begreifen »⁽¹²⁷⁾.

È successivamente proprio nel cuore della trattazione relativa alla fissazione delle condizioni in virtù delle quali una definizione giuridica potrà essere considerata corretta — prima di passare cioè ad occuparsi della seconda sezione, dedicata alle proposizioni, che insieme a quella veniva a costituire il concetto complessivo di sistema⁽¹²⁸⁾ — che risalta in tutta chiarezza l'atteggiamento specifico del nostro nei confronti dell'immissione di nuovi concetti o 'definizioni creatrici' nella scienza giuridica. Quest'atteggiamento si preannuncia in tutta la sua peculiarità già a partire dalle stesse

⁽¹²⁷⁾ *Ibid.*, pgg. 24-5, nota *m*).

⁽¹²⁸⁾ *Ibid.*, pg. 44 ss.

scelte linguistiche e divisorie impiegate per introdurre e portare avanti l'argomentazione.

Il compito più delicato al quale il giurista si trova inizialmente di fronte è infatti quello di distinguere con accuratezza le diverse specie di concetti, i termini giuridici tecnici. Essi sono però suddivisibili in due categorie: « *Bey Verfertigung der juristischen Erklärungen, muss ein Rechtsgelehrter die verschiedene Arten der juristischen Kunstwörter wohl unterscheiden. Es sind aber juristische Kunstwörter entweder welche in denen Gesetzen vorkommen, oder solche welche in denen Gesetze nicht vorkommen, sondern von denen Rechtsgelehrten nur angenommen, dass sie sich kurz und deutlich ausdrücken können* »⁽¹²⁹⁾.

Il primo tipo di termini giuridici è di nuovo binariamente scomponibile, e precisamente distinguendo il caso nel quale la definizione del concetto sia altresì già contenuta nel dettato legislativo, da quelli invece nei quali una tale definizione non vi si rinvenga: solo a questo livello si fa strada in seguito la possibilità di distinguere le *definitiones* in *legales* e *doctrinales*. Nel caso che concerne i termini esclusivamente escogitati dai giuristi per i loro scopi 'pragmatici' di brevità e chiarezza — il caso perciò individuato dalla seconda categoria base — il paragone può correre invece alle discipline teologiche: vi è infatti una specifica concordanza con i concetti e le espressioni teologiche che *non* vengono usati nella scrittura sacra e che sono battezzati di conseguenza dagli esperti come termini *ἀγραφοί*⁽¹³⁰⁾.

Questa eguaglianza determina già il campo di oscillazione dell'ulteriore vicenda analitica. È evidentemente proprio il rapporto che dovrà sussistere tra testo legislativo e la 'non scrittura' che potrebbe altrimenti lasciare intendere la completa libertà di movimento e di invenzione per il giurista, quello che viene riespresso nella metafora teologica.

L'espansibilità di una simile metafora trova subito ancora una conferma. In relazione ad un unico punto le classificazioni proposte perdono infatti parte della loro significatività, e non senza motivo; perché in *tutti* i casi in cui si faccia questione di definizioni giu-

⁽¹²⁹⁾ *Ibid.*, pg. 34; sottolineatura nell'originale.

⁽¹³⁰⁾ *Ibid.*, pg. 35.

ridiche — siano allora i concetti e ‘juristische Kunstwörter’ dell’una specie o dell’altra — l’operatore giuridico deve avere chiaro davanti agli occhi «*dass er nicht die Freyheit habe die Begriffe nach seinem Kopf zu bestimmen, indem er verbunden mit denen Kunstwörtern, wenn dieselbe in denen Gesetze stehen, die Begriffe des Gesetzgebers, und wenn dieselbe von denen Rechtsgelehrten angenommen, die Begriffe der Rechtsgelehrten, zu verbinden*»⁽¹³¹⁾.

Se infatti lo scopo della definizione giuridica è semplicemente quello di restituire in maniera distinta ed intellegibile ‘der Sinn der Gesetze’ (od anche, in via subordinata, quanto contenuto negli scritti dei giuristi), sarà ovvio che un tale scopo non potrebbe essere conseguito «nel caso che i concetti non concordassero più con il senso della legge o delle opere dei giureconsulti». Di nuovo e sempre si fa luce in ultima analisi la differenza che sussiste tra giurista e *Weltweiser*: il secondo ha senz’altro una libertà molto più grande di quella che invece compete al giurista «*bey Bestimmung der Begriffe in der bürgerlichen Rechtsgelahrtheit*», perché una forma di conoscenza orientata al modello puramente filosofico non è debitrice del chiarimento delle proprie espressioni concettuali, al contrario di quanto accade al giurista.

Se dovessimo esprimerci in una prospettiva ‘extra-testuale’ potremmo dire che una volta di più risulta assodato che la struttura mentale la cui argomentazione procede sempre in ultima analisi ‘per scopi’, si vede consapevolmente preclusa in primo luogo una definitiva identificazione dell’attività del giurista con i procedimenti propri della filosofia, ai quali pure si fa continuo riferimento: in un mondo suddiviso per ceti — nonostante il sempre più chiaro delinarsi di una esigenza di scientificità che non deve essere sottovalutata — la comparazione sarà sempre necessariamente sviluppata tra le due concrete ‘professioni’, e la scienza giuridica rimarrà, per traslare un’espressione non a caso ricorrente in una contemporanea critica, una *tecnologia* sociale⁽¹³²⁾.

⁽¹³¹⁾ *Ibid.* pg. 35.

⁽¹³²⁾ È lo stesso Nettelbladt infatti a riportare il titolo di un *pamphlet* di un non meglio specificato DAEGENER, *Meditationes academicae ... de confusa et obscura technologia scientifico-mathematicorum in Jurisprudentia vitanda...* (*loc. cit.*, pg. 30, nota s). Com’è forse chiaro l’autore intende tecnologia nel

Questa radicazione storica impedisce d'altra parte che anche nel campo di sua indiscussa spettanza — che concerne la seconda categoria generale dei concetti tecnici 'inventati' — il giurista possa elevarsi a quel gradino di produttività che costituirà un po' il fiore all'occhiello della *Begriffsjurisprudenz* ⁽¹³³⁾.

La questione appare del resto a Nettelblatt di così rilevante portata da rendere necessaria la proposizione esplicita del quesito: « *Ob es einem Juristen frey stehe, neue Kunstwörter in die bürgerliche Rechtsgelahrtheit zu bringen?* » ⁽¹³⁴⁾.

Naturalmente non è intenzione dell'autore denegare in via di principio una simile potestà, ma le sue condizioni di praticabilità appaiono se possibile ancora più ristrette che nel caso precedentemente preso in esame.

Questa volta anzi la fissazione metodologica dei confini assume un aspetto di precettistica rigidità, perché Nettelblatt sente il bisogno di proposizioni generali che determinino con accuratezza le condizioni che debbono astrattamente ricorrere per far scattare l'applicabilità di una facoltà, che pare restare invero assai potenziale.

Non siamo certo in presenza di presupposti il cui frequente ricorrere possa lasciare molto spazio alla creatività dell'operatore; il giurista deve infatti poter 'dimostrare' 1) che un oggetto od una questione possa essere distinta dalle altre, 2) che, inoltre, questa distinzione abbia un *usus practicus*, e tuttavia 3) che la 'cosa' di cui si tratti non abbia già ricevuto un nome specifico né nelle leggi, né nelle scuole dei giurisperiti: allora e solo allora « *hat er die Freyheit ein neues geschicktes Kunstwort zu erfinden und die Sache dadurch auszudrucken; wo aber diese drey Stücke nicht*

senso di *Kunstlehre* (relativa alla *scientia artium et operum artis*). Ma la stessa valenza moderna non ci pare del tutto fuor di luogo.

⁽¹³³⁾ Cfr. soprattutto R. MÜLLER-ERZBACH, *Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 61 (1912), pgg. 343 e ss. nonché H. PREUSS, *Zur Methode juristischer Begriffskonstruktion* (1900), in W. KRAWIETZ (hrsg.) *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, 1976, pgg. 157-171.

⁽¹³⁴⁾ D. NETTELBLADT, *loc. cit.*, pg. 36.

konnen erwiesen werden, ist es unerlaubt neue Kunstwörter einzuführen » ⁽¹³⁵⁾.

Il senso finale di questa operazione non può sfuggire proprio nel preciso momento in cui si ritorna ad approfondire il tema di come ci si debba comportare con le definizioni dei *juristische Kunstwörter*, « welche in denen Gesetze stehen », che si sono già consolidati nell'uso.

È infatti il caso affrontato *in limine* all'intera problematica quello che offre il destro ad una dura critica nettelbladtiana nei confronti di quegli autori tradizionalisti ad oltranza, che ritengono che ogni mutamento delle *definitiones legales* significhi di per sé modificare al contempo la legge medesima. Per il nostro questo discorso si palesa come assolutamente insostenibile perché salta un passaggio richiesto dallo stesso metodo dimostrativo, il quale pure era indirizzato a raggiungere la medesima finalità di invarianza della normativa legislativa.

Se infatti la legge 'in persona' si preoccupa già di fornire le definizioni bisognerà innanzitutto sincerarsi della loro maggiore o minore correttezza: ma nel caso che questa, ad un esame più accurato, non possa essere appurata non si deve sfuggire all'obbligo di migliorarle.

Quanto poco tuttavia ciò venga ad assumere rilievo di un consapevole discostarsi dalla disposizione legislativa è testimoniato in questa frase che costituisce quasi la chiave di volta — almeno sul piano teorico — dei ragionamenti metodologici della scuola wolfiana: « Und also weiss ich auch, dass ein Rechtsgelehrter von denen fehlerhaften gesetzlichen Erklärungen *abgehen* könne und müsse; *nur muss er, wie bereits oben gezeigt, mit dem Worte keinen neuen Begriff verknüpfen* » ⁽¹³⁶⁾.

Così persino in presenza di quei concetti formati nell'ambito riservato alle utilizzazioni di scuola si deve — quasi paradossalmente — optare per la completa validità dei principi fin qui espressi con riferimento ai concetti legislativi. In sostanza si dovrà concludere che un giurista dimostrativo non è chiamato a compor-

⁽¹³⁵⁾ *Ibid.*, pg. 37.

⁽¹³⁶⁾ *Ibid.* pg. 39; cfr. anche pgg. 40-1.

tarsi diversamente da quanto Wolff aveva potuto fare nella sua *Ontologia Latina* con riferimento alla corrente terminologia ontologica: ovverosia a provvedere quei termini tecnici dei quali gli stessi fruitori non possedevano « alcun concetto chiaro » di definizioni esatte, epperò, una volta raggiunto questo obbiettivo, di mostrare « che egli comprendeva tuttavia ancora il termine proprio nello stesso senso nel quale esso veniva altrimenti inteso in quelle scuole » ⁽¹³⁷⁾. Al massimo — ma è precisazione di qualche rilevante significato — poteva trattarsi di far sì che i concetti e i termini giuridici, sia legislativi che dottrinali, spesso soggetti ad utilizzazioni anfibologiche fossero assunti in un determinato senso e, più precisamente, impiegati — secondo un canone che trova attenzione anche nelle attuali analisi del problema ⁽¹³⁸⁾ — in un *unico* significato ⁽¹³⁹⁾.

Vale a questo punto la pena di volgere di nuovo uno sguardo alle date: le riflessioni di Nettelblatt risalgono infatti al 1749. Chi ritenga tuttavia la memoria storica di queste analisi destinata a dissolversi nel breve periodo si dovrebbe anzitutto scontrare con una significativa testimonianza testuale: ed è nell'anno 1824 che intendiamo per un momento trasferirci. Un anno indubbiamente fondamentale nella storia dell'opposizione all'incipiente egemonia della Scuola Storica. Esso è segnato infatti dall'apparizione del primo volume del 'Diritto ereditario nel suo sviluppo storico universale', caposaldo dell'indirizzo comparatistico e della intera produzione dell' 'Urfeind' di Savigny ⁽¹⁴⁰⁾: il discepolo liberale di Hegel, Eduard Gans ⁽¹⁴¹⁾.

⁽¹³⁷⁾ *Ibid.*, pg. 42, nota aa).

⁽¹³⁸⁾ Cfr. U. KLUG, *Zur Problematik juristischer Definitionen*, in *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil-und Prozessrecht, Gedächtnisschrift für Jurgen Rödig*, Hrsg. von U. KLUG, TH. RAMM, F. RITTNER, B. SCHMIEDEL, Berlin/Heidelberg/New York, 1978, pg. 205.

⁽¹³⁹⁾ D. NETTELBLADT, *loc. cit.*, pg. 43.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. U. KOCH, *Die Kritik preussischer Juristen an der Historischen Rechtsschule*, Diss. jur. Tübingen, 1955, pg. 10.

⁽¹⁴¹⁾ Dal momento che la disamina della figura di Gans costituirà uno degli atti portanti nella seconda parte di questa ricerca, ci limitiamo qui a rinviare per ulteriori informazioni a H. G. REISSNER, *Eduard Gans, Ein Leben im Vormärz*, Tübingen, 1965.

Una lunga prefazione apre il volume inaugurale: una prefazione fondamentale — quasi a vendetta postuma, di contro al disconoscimento in vita — per la storia dell'interpretazione storiografica del XIX secolo. In essa infatti, per la prima volta, a quanto ci consta, è avanzata a chiare lettere con tutta consapevolezza quell'ipotesi 'dualistica' che avrà appunto un sicuro e crescente successo, ancor ben riscontrabile fino ai nostri giorni. Il giurista hegeliano vuole infatti sottolineare la necessità di distinguere nettamente la 'geschichtliche Philosophie' proposta dalla scuola come autointerpretazione autentica e vincolante di se stessa, rispetto ai concreti e del tutto diversi metodi messi in opera⁽¹⁴²⁾.

Ma Gans non si arresta, nella sua ansia di smascheramento, di fronte a questo risultato. Egli esprime invece con sorprendente lucidità e decisione la convinzione che un cospicuo immediato precedente, ed anzi il primo modello dello stesso Savigny e dei suoi seguaci fosse rappresentato dalla scuola dei giuristi wofiani: «Zuvörderst aber von der Rechtswissenschaft und ihrem Zustande, in der jenen historischen Juristen vorangehenden Behandlungsweise, nämlich in der Schule der Wolfischen Juristen. Das Naturrecht dieser Schule hatte, wie ihre Metaphysik seine Sätze ohne weitere Kritik der Vorstellung der Zeit entnommen, dieselbe aber nicht in ihrer innerlichen Nothwendigkeit aufgewiesen, sondern als fixe für sich bestehende Wahrheiten aneinandergereiht...»⁽¹⁴³⁾.

Tuttavia senza dubbio accanto alla critica — non a caso riguardante i procedimenti logico-sistematici ed il trattamento del rapporto diritto romano-diritto germanico — v'è pure un rico-

⁽¹⁴²⁾ E. GANS, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, cit., Bd. 1, pg. VI e IX-X.

⁽¹⁴³⁾ *Ibid.*, pg. VII. L'analisi di Gans così proseguiva: «Per ciò che concerneva il diritto positivo però questa scuola non tentò di riandare alle fonti né del diritto romano né del diritto tedesco, per ricavarne la peculiare *forma mentis* di questi popoli, ma al contrario si cercò di portare il materiale precedentemente accumulato sia del diritto romano che del diritto tedesco sotto le specie e nella forma corrispondente alla concezione dominante dell'epoca. Il prodotto scientifico di questo specifico modo di procedere era perciò un diritto naturale che conteneva diritto romano e diritto germanico, come a quell'epoca era dato nella prassi, ma d'altro canto, un diritto romano e un diritto germanico che secondo la forma e il contenuto incarnava il diritto naturale della scuola wolfiana».

noscimento che suona non certamente secondario, specialmente sulla bocca di un giurista hegeliano; la 'verità' di un simile modo di trattare il diritto consiste nell'idea portante che gli si deve nonostante tutto riconoscere come propria, « ... bestand in der Grundgedanken, dass das Vernünftige nicht dem Wirklichen gegenüberstehe, sondern in der That wirklich sey, die Unwahrheit aber, dass man dieses Vernünftige in die Fesseln endlicher *Verstandesabstractionen* bannen wollte » (144).

Il riconoscimento della razionalità del reale non potrà dunque costituire agli occhi di Gans il momento decisivo di discriminare tra hegeliani e wolffiani (Scuola Storica): soltanto l'astrazione dell'intelletto, il *medium* gli appare quindi in questo momento indicato in modo completamente falso.

Anche di fronte a questo parziale riconoscimento verrà tuttavia fatto di chiedersi quanto una simile ricerca ed identificazione 'araldica' delle origini corrisponda alla realtà: non si sarà forse Gans lasciato trascinare nel vortice della polemica a manifestare giudizi poco dotati di attendibilità storica?

Una prima e veloce verifica sembrerebbe esigere una risposta affermativa all'interrogativo. In effetti — come abbiamo già avuto occasione di ricordare — nel giudizio critico espresso nel Beruf sulla giurisprudenza del razionalismo — povera per tutto il XVIII secolo di grandi giuristi, anche se non priva di « lavori preparatori degni di una valutazione del tutto positiva », ma appunto solo in quanto tali —, Savigny aveva esplicitamente affermato l'indispensabilità di un « zweyfacher Sinn » per il giurista. Il diniego di ogni comprensione o senso della storia all'operatore giuridico settecentesco potrà allora non apparire troppo inquietante, ed è anzi quasi scontato, dato il contesto generale della polemica contro il secolo dei lumi. Assai più sorprendente ed inatteso è invece il rifiuto a riconoscergli ogni 'senso sistematico', specie quando si scorga Savigny nell'atto di affermare esplicitamente che una tale carenza sia poi strettamente connessa all'influsso « assai negativo e sfavorevole » di molteplici e 'superficiali' tentativi nel campo filosofico; tentativi che verranno in seguito

(144) *Ibid.*, pg. VIII.

— nella prefazione alla seconda edizione — individuati concretamente come quelli posti in essere dalla filosofia wolfiana⁽¹⁴⁵⁾.

Bisogna fare però attenzione all'intonazione del testo: il senso sistematico vi viene infatti descritto come identico con la capacità « ... jeden Begriff und jeden Satz in *lebendiger* Verbindung und Wechselwirkung mit dem Ganzen anzusehen, d.h. in dem Verhältniss welches das allein wahre und natürlich ist »⁽¹⁴⁶⁾.

Per essere allora ancora più icastici, ed evitare fraintendimenti, si potrebbe far riferimento a due punti della parabola savignyana che nel 1824 si sottraevano inevitabilmente al campo di osservazione gansiano; proprio alle due opere, cioè, che Gans non poteva (e non poteva ancora) conoscere: la *Methodenlehre* (non pubblicata) ed il *System* del '40 con la sua teorizzazione di dogmi appartenenti alle specifiche elaborazioni dell'indirizzo wolfiano come il negozio giuridico e la dottrina delle 'Iuristische Tatsache'.

Orbene, non a caso con particolare riferimento al tema del sistema, si può affermare — con qualche sorpresa — che Gans avesse 'ragione' per quanto riguardava il primo lavoro e (invece piuttosto) 'torto' rispetto allo sviluppo che si può ritenere per grandi linee introdotto con il *Beruf*⁽¹⁴⁷⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ F. C. von SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (1814), citato secondo H. HATTENHAUER, *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, München, 1973, pg. 125 (48).

⁽¹⁴⁶⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁴⁷⁾ In realtà si tratta di un mutamento graduale, ma chiaro — cfr. anche infra nota 238 —; per avvisaglie già precedenti al *Beruf*, si consultino alcuni dei testi inediti pubblicati da A. MAZZACANE, *Prospettive savignyane vecchie e nuove - I corsi inediti di metodologia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, IX (1980), pg. 217 ss. Cogliamo l'occasione, comunque, per sottolineare come Savigny nella *Methologie* del 1809, certamente in un orizzonte ben diverso da quello peculiare ai Gottinghesi — ed orbitante piuttosto attorno a Fichte — sembra aver ancora un barlume, anche se pallido, del rapporto sussistente tra storia dello stato e giurisprudenza. A sua detta anzi — e abbiamo veduto in che misura — esso sarebbe più presente ai giuristi che non agli storici (c. 13^r, *ibid.*, pg. 236, nota 51).

Non che per il privatista Savigny lo stato non costituisca più un punto di riferimento imprescindibile, al contrario; egli stesso però contribuirà a 'cancellare' la consapevolezza di quel rapporto (con la *storia* dello Stato)

A noi interessa a questo punto ovviamente soffermare l'attenzione sul primo degli scritti summenzionati, per accertare in quali forme si debba scorgere quel certo tipo di continuità postulato da Gans.

Tuttavia — anche a motivo dei frequenti richiami, se non ad un confessato 'kantismo', certo almeno a mediati influssi del criticismo sul pensiero del giovane giurista nel suo periodo marburghese⁽¹⁴⁸⁾ — ci sembra necessario introdurre ad arricchire il dibattito una nuova e diversa dimensione di 'contrappunto musicale'; anche se la 'voce' del quale sarà intessuto non costituirà per noi certo una sorpresa. Per constatare fino a qual punto la posizione sostenuta da Savigny si collocasse effettivamente « auf der Höhe der Zeit »⁽¹⁴⁹⁾, intendiamo insomma affrontare la questione da un angolo visuale per certi versi alquanto inusitato, affiancando nell'analisi della più celebre dottrina del metodo di Marburg un'altra *Methodenlehre* appositamente 'pensata' per i giuristi e risalente al medesimo lasso di tempo, ma della quale tuttavia non è sinora dato trovare traccia nelle analisi storiografiche.

Ancora una volta ci pare cioè di qualche vantaggio non limitarsi a dar per scontato un rapporto di filiazione lineare Hugo-Savigny, ed ascoltare quindi il primo prendere direttamente la parola proprio nell'anno 1802 con il quinto volume del suo *Lehrbuch eines Civilistischen Cursus*.

La 'Methodenlehre' cui alludiamo costituisce certamente una singola sezione di quell'opera enciclopedica che doveva avere fini assai più ampi di connessione di *tutte* le branche della filosofia

proprio nello specifico campo dei giuristi: con quale autocoscienza e modalità resta ampiamente da indagare. La recensione alla *Rechtsgeschichte* di Hugo ci pare comunque un esempio assai probante di come la ricerca possa incamminarsi.

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. ad es. H. KIEFNER, *Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, in J. BLÜHDORN, J. RITTER (hrsg.), *Philosophie und Rechtswissenschaft*, cit., pg. 3 ss.; W. TEGETHOFF, *Kant und Savigny. Der Einfluss de deutschen Idealismus, insbesondere Kants auf Friedrich Carl von Savigny*, Diss. iur., Frankfurt am Main, 1952. La formula più mitigata usata nel testo è in G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966, pg. 134, nota 145.

⁽¹⁴⁹⁾ E. GANS, *loc. cit.*, pg. VI.

con l'attività del giurista; anzi, se fosse stata condotta a definitiva realizzazione, avrebbe dovuto, nelle intenzioni del nostro, corrispondere al progetto di una « Enzyclopädie der gesammten reinen und empirischen Philosophie für Juristen ». Un progetto del quale non può assolutamente essere sottovalutata o sottaciuta l'importanza — come sinora è stato invece il caso — nella stessa economia complessiva del *Cursus* hughiano, volto com'è — ovviamente sul piano di sua pertinenza — a fungere quasi da contraltare (altrettanto 'classico') del suo *Klassisches Pandektenrecht*.

La particolare fascinazione per la logica che Savigny sembra aver provato nel periodo che stiamo prendendo in considerazione — prima di separarsene gradatamente nel corso della successiva evoluzione⁽¹⁵⁰⁾ — fa tuttavia sì che vi sia una convergenza oggettiva di tematiche tra il testo del Gottinghese ed il *Dritter Abschnitt* della metodologia marburghese, concernente la « elaborazione sistematica della giurisprudenza »; dacché, per dirla con Hugo, — e fatta salva l'indispensabilità di tutte le discipline filosofiche (Metafisica della fisica; Etica pura; Fisica della natura pensante o Psicologia; per finire con l'Etica in quanto fondamento della giurisprudenza, « che si dovrebbe interamente considerare come parte della Antropologia pragmatica... ») — è evidente che « die *Logik* braucht man gewiss theils *zum Systeme der Theorie*, theils um bey der Anwendung die Wahrheit und die Wahrscheinlichkeit voneinander und von ihrem Gegentheile zu unterscheiden, und die Trügschlüsse des Gegners aufzudecken »⁽¹⁵¹⁾.

Se si tiene altresì presente che lo stesso Hugo, nelle pagine dedicate alla 'dottrina generale del metodo logico per i giuristi', segue fedelmente fin nella terminologia i risultati raggiunti da Kant — e non da un Kant qualsiasi o precritico, bensì proprio

⁽¹⁵⁰⁾ Da Adolf Stoll apprendiamo che nell'inverno 1797-1798 Savigny aveva udito un *philosophisches Privatissimum* presso Leonhard Creuzer nel quale presumibilmente furono trattate anche questioni logiche (*op. cit.*, Bd. I; pg. 46). Sul progressivo spegnersi dell'interesse savignyano per tali problemi cfr. *infra*, sub nota 203 e 238.

⁽¹⁵¹⁾ G. HUGO, *Philosophische Encyclopädie für Juristen*, cit., pg. 8. Citeremo d'ora in poi questa troppo sconosciuta opera con l'abbreviazione PEJJ.

dal Kant della ' Critica della ragion pura ' — si comprenderanno le ragioni che consigliano una comparazione a distanza delle due analisi.

È acquisizione recente ⁽¹⁵²⁾ che la filigrana sullo sfondo della quale è possibile leggere in modo adeguato molte delle asserzioni del lavoro giovanile del giurista berlinese — non ultime quelle relative ai profili di strutturazione del sistema — sia rappresentata dal contesto terminologico scaturente dalla polemica ' idealismo-dogmatismo ', che vedeva schierati su opposti versanti pensatori come Fichte da un lato ed i ' kantiani ' Schmid e Fries dall'altro: polemica, e autori tutti ben noti al Savigny dell'epoca, come risulta inoppugnabilmente dai suoi primi carteggi ⁽¹⁵³⁾.

Fichte in particolare — Savigny, nonostante tutta la sua diffidenza per i filosofemi, ebbe con lui contatti di studio così intensivi, quali mai sarà dato riscontrare nel caso di un qualsiasi altro filosofo, se si fa (forse) eccezione per Kant ⁽¹⁵⁴⁾ — non si era lasciata sfuggire l'occasione per rimproverare quei ' kantiani ' di avere indebitamente ripristinato il nesso tra forme argomentative emergenti dal ' sonno dogmatico ' — praticamente l'accusa d'una regressione al wolfismo — ed il pensiero ' critico ', proprio nel momento nel quale volevano vedere ridotto il compito del filosofo alla sua capacità di organizzare le conoscenze in sistema ⁽¹⁵⁵⁾. Ai suoi occhi si manifestava invece d'una luminosa evidenza che « die Wissenschaftslehre ... keine Mehrheit von Erkenntnissen, kein System oder Zusammenfügung von Sätzen, sondern ... eine einige Anschauung ist ... so könnte es doch wohl sein, dass die Einheit dieser Anschauung selbst keineswegs eine absolute Einfachheit, ein letztes Element, Atom, Monade oder wie man diesen Urgedanken etwa noch ausdrücken will, wäre, etwa weil es so Etwas im Wissen nicht, und überhaupt nicht gäbe, sondern dass sie eine *organische* Einheit wäre, eine Verschmelzung der Mannig-

⁽¹⁵²⁾ Cfr. M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 375 ss. Si veda però in precedenza anche G. MARINI, *op. ult. cit.*, pg. 136 ss. e *passim*.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. A. STOLL, *loc. cit.*, spec. pg. 79 ss, 115.

⁽¹⁵⁴⁾ Si veda *ibidem*, pgg 83-85; 89.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. M. HERBERGER, *loc. cit.*, pg. 386.

faltigkeit in Einheit, und Ausströmung der Einheit in Mannigfaltigkeit zugleich... » (156).

Il dogmatismo con il suo tenersi fermo alla distinzione di forma e contenuto rimane invece consegnato al suo « vecchio peccato originale, [ovverosia all'opinione] che l'assolutamente Oggettivo deve entrare nel Soggettivo » (157).

È allora circostanza che colpisce l'osservare come Savigny, pur nella piena consapevolezza della posta in palio, non manifesti alcun interesse a sottrarsi con la sua equiparazione di ' filosofico ' e ' sistematico ' proprio a quel tipo di ricaduta.

Anche lasciando da parte una più approfondita presa di posizione sul problema se le due espressioni si possano ritenere senza residuo sinonime, non si può fare a meno di ammettere che il nostro a quella data non tiene in alcun conto quanto richiesto dal punto di vista coerentemente idealistico — ovvero una svalutazione della semplice costruzione del sistema a tutto vantaggio della filosofia. Una richiesta che tra l'altro — ce lo teniamo per detto — mirava come a suo scopo subordinato alla salvaguardia ed al mantenimento della possibilità di distinguere lo stadio raggiunto dal pensiero ' critico ' rispetto ai suoi precedenti.

Dal momento tuttavia che un tale stadio si presentava immediatamente fruibile al contemporaneo giurista, grazie al lavoro di trasposizione messo in opera da Gustav Hugo, ci sembra lecito abbandonare il più generale osservatorio ' idealistico ', per assodare concretamente quali acquisizioni a livello di sistema fossero implicate in un reale contatto con la riflessione kantiana.

Non per caso Hugo, pur essendo a conoscenza di diverse possibilità di suddivisione sia della logica generale che della « allgemeine logische Methodenlehre » secondo una pluralità di principi, preferisce aderire sull'esempio della ' dottrina del metodo

(156) J. G. FICHTE, *Darstellung der Wissenschaftslehre aus dem Jahre 1801*, a cura di A. TILGHER, Padova, 1939, pgg. 10 e 12. Savigny non poteva conoscere direttamente questi testi, pubblicati postumi; tuttavia essi esprimono bene un patrimonio fichtiano che si era senz'altro formato già con la prima dottrina della scienza del 1794. A tale titolo vengono qui riprodotti. Cfr. anche D. NÖRR, *Savignys Anschauung und Kants Unterheilskraft*, in *Festschrift Coing*, cit., Bd., I, pg. 622 ss.

(157) J. G. FICHTE, *loc. cit.*, pg. 89.

della ragione pura ' alla partizione in Disciplina, Canone e Archittonica, « bey welchen die Geschichte noch als Zugabe genannt werden kann » (158).

La scelta che è racchiusa implicitamente in una adesione così letterale non è di poco rilievo per noi, perché permette l'immediata introduzione nel dibattito proprio del momento di più acuta tensione della riflessione kantiana sul concetto di sistema; la fase in una parola nella quale egli si distanzia in maniera inequivocabile dalla nozione tradizionale di impronta wolfiana.

Una distanza che è segnata sin dall'intitolazione della sezione corrispondente; nel 1771 infatti Lambert dava alle stampe uno dei suoi ampi lavori logico-metafisici, e pensava bene di intitolarlo *Anlage zur Architectonic*, appunto in forza del suo carattere costruttivo sistematico: con tutta verosimiglianza è ancora questa fonte che Kant ha presente nell'escogitare il suo singolare e tanto poco fortunato incipit (159).

Ma ascoltiamo adesso Hugo: « *Architectonik ist die Kunst der Systeme, also dessen, was gemeine Erkenntniss zur Wissenschaft macht, da es sonst nur ein Aggregat oder Rhapsodie seyn würde. Ein System ist die Einheit der mannichfaltigen Erkenntnisse unter eine Idee. Das Ganze muss articulirt und nicht gehäuft seyn, so dass es wie ein organischer Körper nur innerlich und nicht äusserlich wachsen kann* » (160).

Ad un occhio appena esercitato non può a questo punto sfuggire il dato di fatto che qui il giurista gottinghese si richiama proprio a quei contenuti della *Kritik*, nei quali Kant opera un cosciente recupero del mutamento — della metamorfosi, si direbbe quasi — che l'utilizzazione ipotetico-astronomica (prospettica) del termine aveva indotto come ben sappiamo sul piano del suo stesso significato: un ritorno che vuol essere allo stesso tempo critica, e

(158) G. HUGO, *PEfJ*, pg. 37; si confronti I. KANT, *Critica della ragione pura*, a cura di G. COLLI, Milano, 1976, pg. 821 ss. (si tratta naturalmente della storia della ragione pura, e non di storia in generale). I riferimenti al testo tedesco saranno compiuti se del caso in relazione al Bd. 4 della *Werkausgabe*, hrsg von W. WEISCHEDER (Frankfurt am Main, 1974). Useremo ad ogni buon conto l'abbreviazione *KdV*.

(159) M. LOSANO, *Sistema e struttura*, cit., pg. 85.

(160) G. HUGO, *PefJ*, pg. 46.

critica severa e circostanziata della impostazione wolffiana⁽¹⁶¹⁾. L'unità sistematica di una scienza non è più conseguente al rapporto delle definizioni, ed in ultima analisi dei semplici principi tra loro — secondo il canone cui la precedente tradizione ci aveva abituati. Accade invece che l'accento venga riposto contemporaneamente sull'attività umana fondante i sistemi — un'attività che non può essere frutto di apprendimento, ma al contrario di un ben sintomatico « Talent der Vernunft » — e, d'altra parte, sugli scopi, sui fini essenziali della ragione: « Sotto il governo della ragione, le nostre conoscenze non possono affatto costituire una rapsodia, ma devono piuttosto costituire un sistema: è soltanto in questo, difatti, che le nostre conoscenze possono sostenere e favorire i fini essenziali della ragione. Per sistema, d'altronde, io intendo l'unità di molteplici conoscenze sotto un'idea. Questa idea è il concetto razionale della forma di un tutto, in quanto sia l'estensione del molteplice, sia la posizione reciproca delle parti, vengono determinate *a priori* da tale concetto. Il concetto scientifico della ragione contiene perciò il fine, e la forma di un tutto congruente con tale fine »⁽¹⁶¹⁾.

In conformità alle 'note caratteristiche' che sono state sin qui delineate con mano ferma, emerge allora in tutta la sua singolarità il tratto che conchiudeva forse con qualche sintetica fretteolosità il paragrafo hughiano appena menzionato; il sistema è dotato della potenzialità di accrescersi dall'interno, proprio in forza della curvatura 'finalistica' cui Kant sottopone il concetto. E ve lo sottopone un punto tale da suscitare più di un'analogia con alcune concezioni teleologiche del diritto: « *L'unità del fine, cui si riferiscono tutte le parti (le quali, nell'idea di tale fine, si riferiscono altresì le une alle altre), fa sì che ci possiamo accorgere della mancanza di una qualsiasi parte dalla conoscenza delle altre, e che non abbia luogo alcuna addizione accidentale, o alcuna indeterminata quantità di perfezione, che non trovi i suoi limiti determinati *a priori*. Il tutto è quindi articolato (*articulatio*), e non ammucciato (*coacervatio*); esso può bensì crescere internamente (*per intussusceptionem*), ma non esternamente (*per appositionem*): esso cioè è come un corpo animale, il cui crescere non aggiunge al-*

(161) I. KANT, *KdV*, trad. it., pg. 809.

cun membro, ma rende più forte e più efficiente per i suoi scopi ogni membro, senza alterare le proporzioni » ⁽¹⁶²⁾.

Un simile atteggiamento porta però a concludere che l'allontanamento rispetto all'immagine wolfiana tramandata (e vincente) delle funzioni e della stessa essenza della *Systemidee* debba essere ulteriormente approfondito — non si mancherà di cogliere di nuovo il richiamo cosmologico — e reso, se possibile, ancor più irrimediabile:

« Sin qui, tuttavia, il concetto di filosofia è solo un c o n c e t t o s c o l a s t i c o — ossia il concetto di un sistema della conoscenza, la quale viene cercata soltanto come scienza — senza che si abbia come scopo null'altro se non l'unità sistematica di questo sapere, e quindi la perfezione l o g i c a della conoscenza. Vi è tuttavia ancora un c o n c e t t o c o s m i c o (*conceptus cosmicus*), che è sempre stato posto alla base di questa denominazione, soprattutto quando, per così dire, lo si è personificato e rappresentato come un modello nell'ideale del filosofo. Sotto questo punto di vista, la filosofia è la scienza della relazione di ogni conoscenza con i fini essenziali della ragione umana (*teleologia rationis humanae*), ed il filosofo non è un artista della ragione, bensì il legislatore della ragione umana. In tale significato, sarebbe vanaglorioso prendere il nome di filosofo, e presumere di avere uguagliato un modello che esiste soltanto nell'idea » ⁽¹⁶³⁾.

Hugo, da lettore attento e sufficientemente provveduto, non tralascia di registrare anche queste inflessioni che fanno assurgere la nozione di sistema alla funzione di criterio limite sul quale misurare le stesse risultanze già acquisite; diremmo di più, di modello a cui aspirare (perché non esistente nella concreta realtà empirica). Una dimensione quest'ultima che doveva essere assai confacente alla sfiducia da sempre manifestata nei confronti del semplice sistematizzare dogmatico - *handwerk-mässig* considerato come prospettiva ultima.

Così, al successivo paragrafo, egli prende nota del fatto che — in vista dell'esecuzione — quell'idea prospettica, dalla quale si diparte il sistema, ha bisogno di una struttura predeterminata ap-

⁽¹⁶²⁾ *Ibid.*, pg. 806.

⁽¹⁶³⁾ *Ibid.*, pg. 811.

punto teleologicamente; cioè di « uno schema [che] è una molteplicità essenziale ed un ordine delle parti, determinato *a priori* a partire dal principio del fine (aus dem Principe des Zwecks) ». E tuttavia uno schema empirico che non sia tracciato secondo un'idea, cioè di nuovo in base allo scopo principale della ragione, ma venga invece abbozzato empiricamente secondo gli scopi che si presentano in modo accidentale — il cui numero non può con tutta evidenza essere conosciuto in anticipo — « gibt nur *technische* Einheit, dasjenige aber, welches zu Folge einer Idee entspringt, gibt *architectonische* » ⁽¹⁶⁴⁾.

Analizzando più da vicino le polarità contenute nell'opposizione 'tecnico-architettonico', Kant era stato spinto pertanto a ritenere che a ciò a cui noi diamo il nome di scienza deve corrispondere uno schema atto a contenere « der Idee gemäss, d.i. *a priori* » il contorno (*Umriss, monogramma*) e la divisione del tutto nelle parti; uno schema inoltre adeguato ad una distinzione — operata con sicurezza e secondo principi — di questo tutto da ogni tutto. In questa prospettiva va allora da sé che una scienza non può sorgere *tecnicamente* in base all'uso contingente della conoscenza *in concreto* per ogni sorta di fini esterni arbitrari, ma al contrario solo *architettonicamente*, sul fondamento dell'affinità tra le parti e sulla derivazione « von einem einigen obersten und inneren Zweck, der das Ganze allererst möglich macht » ⁽¹⁶⁵⁾.

Era però lo stesso 'maestro' di Hugo a rendersi conto che il superamento di uno schema di tipo tecnico al fine di riuscire ad assurgere alla forma di unità architettonica, presentava più di una difficoltà, tanto che la dimensione di misura ideale che il sistema inteso in senso proprio era chiamato ad incarnare si rifletteva in fondo anche sullo schema proposto in vista dell'esecuzione: « Nessuno tenterà mai di costruire una scienza, senza fondarsi su un'idea. Nell'elaborazione di tale scienza, tuttavia, *assai di rado lo schema* — anzi, la stessa definizione, che costui dà inizialmente della sua scienza — *corrisponde alla sua idea*. Quest'ultima, difatti, si trova nella ragione come un germe, in cui si celano — ancora embrionali ed a stento riconoscibili dall'osservazione microscopica — tutte le

⁽¹⁶⁴⁾ G. HUGO, *Peff*, pg. 47.

⁽¹⁶⁵⁾ I. KANT, *KdrV*, pg. 696.

parti. Occorre perciò spiegare e determinare le scienze, non già in base alla descrizione fornita a loro riguardo dall'autore, bensì in conformità dell'idea, che troviamo fondata nella natura stessa della ragione (partendo dall'unità naturale delle parti raccolte dall'autore), e bisogna procedere così per il fatto che tutte le scienze sono concepite dal punto di vista di un certo interesse universale » ⁽¹⁶⁶⁾.

Questo momento riflessivo, che verrebbe fatto di definire di perplessità — a patto comunque di intenderla correttamente come una valenza integrata all'interno del concetto di sistema, visto ormai come limite supremo cui la conoscenza umana tende senza mai in concreto conseguirlo (eine blosse Idee von einer möglichen Wissenschaft die nirgendwo gegeben ist), trova anch'esso — diremmo — la sua glossa nel testo di Hugo, il quale, a proposito della distinzione dello schema in tecnico e architettonico, soggiungeva a metà tra il filologico ed il rassegnato: « Mit jener begnügt man sich oft sehr lange, ehe diese zu Stande kommt » ⁽¹⁶⁷⁾.

Non bisognerà in ogni caso credere che in una metodologia pensata per il giurista anche la chiusa designata icasticamente come *Geschichte* acquisti solo sapore di pedissequa imitazione di una struttura — come quella della *Critica* — altrimenti assai difficilmente trasponibile; o, peggio, di aggiunta esteriore apposta a chiudere il quadro solo per motivi di completezza estetica. Certamente Kant nel luogo che gli competeva nell'ambito dell'economia del suo scritto aveva affermato che questo titolo vi potesse comparire soltanto per indicare « un posto che rimane vuoto nel sistema, e che dovrà in avvenire essere riempito » ⁽¹⁶⁸⁾.

Ma il richiamo nella forma che Hugo vuole dargli acquisisce un valore ulteriore e non indifferente; valore di conferma dell'ipotesi fondamentale che stava alla base del modo stesso di proporsi la *Systemfrage* qual'era peculiare al maestro di Königsberg.

La questione di come proprio l'insieme « X » di asserzioni è possibile come scienza rifiuta infatti — lo abbiamo visto — l'usuale

⁽¹⁶⁶⁾ *Ibid.*, trad. it., pg. 807.

⁽¹⁶⁷⁾ G. HUGO, *PEfJ*, pg. 47.

⁽¹⁶⁸⁾ I. KANT, *KdrV*, trad. it., pg. 821.

risposta che il concetto classico di sistema era in condizioni di fornire: il sistema delle scienze con l'inclusione della filosofia — ed anzi a motivo di questa inclusione — non può più essere concepito come « *Einheitswissenschaft* »⁽¹⁶⁹⁾. Ciò significa ancora che andrà corretto l'errore alla prospettiva classica (per meglio intendersi non astronomica) connaturato, secondo il quale l'attività del 'Begründen', del fondare e addurre prove — concepita come quell'elemento che è realmente costitutivo dell'ordine sistematico delle asserzioni scientifiche — sia possibile soltanto in un'unica e ben definita maniera: se ci sono tanti fondamenti, quanti sono i sistemi — in funzione della finalità che ciascuno persegue — diventa vana la ricerca di un sempre più vasto fondamento valido indifferentemente per tutti i sistemi. Né, tanto meno, esso potrà essere offerto dal metodo dogmatico-dimostrativo.

Non si tratterà più allora di fare perno sull'*adaequatio* di conoscenza ed oggetto conosciuto, che debba a sua volta essere esattamente rappresentato nell'intimo e oggettivo rapporto delle sue parti — o, per usare la corrispondente terminologia giuridica savi-gnyana, « nell'interna connessione delle proposizioni giuridiche medesime » — poiché adesso è la nostra ragione a costituire essa stessa (soggettivamente) un sistema: « Gibt en nun im spekulativen Gebrauche der reinen Vernunft auch dem Inhalte nach gar keine Dogmate, so ist alle dogmatische Methode, sie mag nun dem Mathematiker abgeborgt sein, oder eine eigenthümliche Manier werden sollen, für sich unschicklich. Denn sie verbirgt nur die Fehler und Irrthümer, und täuscht die Philosophie, deren eigentliche Absicht ist, alle Schritte der Vernunft in ihrem kläresten Lichte sehen zu lassen. Denn *unsere Vernunft (subjektiv) ist selbst ein System*, aber in ihrem reinen Gebrauche, vermitteltst blosser Begriffe, nur ein System der Nachforschung nach Grundsätzen der Einheit, zu welcher *Erfahrung* allein den Stoff hergeben kann »⁽¹⁷⁰⁾.

È alla luce di queste considerazioni che si può comprendere come mai Hugo conclude la sezione della sua metodologia con il richiamo alla storia della ragione pura kantiana: « Bey der bisheri-

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr. F. KAMBARTEL, « *System* » und « *Begründung* », cit., pg. 110.

⁽¹⁷⁰⁾ I. KANT, *KdrV*, pg. 630.

gen Bearbeitung einer Wissenschaft kann man auf drey Punkte sehen

1. den Gegenstand, worüber
2. die ErkenntnissQuellen, woraus

und

3. die Methode, wornach Untersuchungen angestellt und andern mitgetheilt wurden. Letzere kann die naturalistische oder die scientifiche (systematische), und da entweder die dogmatische, oder sceptische oder critische seyn »⁽¹⁷¹⁾.

Il riferimento è palese; chi vuole evitare le secche del metodo naturalistico — secondo Kant l'atteggiamento di colui il quale si appella alla 'ragione comune senza la scienza', nella pretesa di superare i risultati raggiunti da quest'ultima⁽¹⁷²⁾ — ha certamente l'obbligo di procedere sistematicamente⁽¹⁷³⁾.

Ma ormai il sistema non è necessariamente quello dogmatico; viene in altri termini offerta la possibilità di scelta di altre forme di trattazione — non è quindi più unicamente la prima che merita quella qualifica o che assolve da sola a quell'obbligo.

⁽¹⁷¹⁾ G. HUGO, *PFJJ*, loc. ult. cit.

⁽¹⁷²⁾ I. KANT, *KdV*, pg. 711.

⁽¹⁷³⁾ *Ibid.*, trad. it., pg. 824: « Per quanto riguarda ora i seguaci di un metodo scientifico, essi hanno qui la scelta di procedere o dogmaticamente, o scetticamente, ma in ogni caso hanno l'obbligo di procedere sistematicamente. Una volta che io abbia nominato, rispetto al primo caso, il celebre Wolff, e riguardo al secondo David Hume, potrò passare sotto silenzio tutti gli altri, per il mio scopo presente. Rimane ormai aperta soltanto la strada critica. Ammesso che il lettore sia stato tanto gentile e paziente da percorrerla tutta in mia compagnia, egli potrà ora giudicare — nel caso in cui voglia dare il suo contributo per trasformare questo sentiero in una strada maestra — se non sia possibile raggiungere, prima ancora che termini questo secolo, il risultato che molti secoli non hanno potuto cogliere, cioè recare piena soddisfazione alla ragione umana, rispetto a ciò che ha sempre dato incentivo ma sinora vanamente, al suo desiderio di sapere ».

Si può agevolmente comprendere che questo testo, con la sua conseguente apertura nei confronti dei sistemi scettico e critico dovesse giungere assai gradito al nostro, che vi avrà trovato più di un incentivo a proseguire nel cammino intrapreso.

Questa era la mediazione concettuale kantiana che le analisi di Hugo additavano nel 1802, ponendola per così dire ' a disposizione ' del giurista e della sua riflessione.

Eppure, al di là di alcune rare e pallide assonanze, nella *Methodenlehre* savignyana non v'è traccia di una simile problematica: per dirla con una figurazione di Betti, seppure il ' nome ' talvolta sia kantiano, la ' cosa ' assai più spesso è ancora — o meglio, di nuovo — wolfiana. Ben altrimenti poteva far ritenere l'elegante abbrivo dell'analisi ' critica ' — che rappresenta un po' il polmone di tutto il discorso savignyano, volta com'è ad esaminare tentativi sistematici sino ad allora portati a termine, ma per un verso o per l'altro insufficienti — con quel suo richiamo all'esistenza di una « *Reine Regel des Systems* ».

Per Savigny infatti tutte le possibili ' deviazioni ' dalla regola pura del sistema si lasciano agevolmente ridurre a due classi principali: « ... so dass sie entweder *unter dem System* bleiben oder sich *darüber erheben* »⁽¹⁷⁴⁾.

Ma se l'immagine di una deviazione che rimane al disotto delle esigenze del sistema appare comprensibile anche senza specificare ulteriormente quest'ultima nozione, che cosa mai vorrà significare a questo punto il ' completamento ' dell'annosa metafora dell'alto e del basso, così spesso ricorrente, quando non addirittura costitutiva, nella formulazione di gerarchie sistematico-valutative? A cosa si allude in realtà quando si parla di *Abweichungen* che si spingono al di là — o meglio, letteralmente, « si elevano al di sopra » — del sistema?

Savigny si rende conto che il suo esordio un po' ermetico reclama una messa a punto, che focalizzi, per così dire, il luogo geografico-spaziale nel quale aveva collocato il perno dell'articolata distinzione.

Così al capoverso immediatamente susseguente il nodo viene sciolto, ed è un'idea che ben conosciamo che ci si fa incontro, il ' sistema vero ' di wolfiana memoria.

La prima serie di critiche va allora rivolta ai tentativi « die *unter dem wahren System* stehen bleiben »; altrimenti detto, quelle operazioni sistematizzatrici che posseggono effettivamente la mol-

(174) F. C. von SAVIGNY, *Methodenlehre*, cit., pg. 35.

teplicità di ciò che deve essere organizzato e riunificato in sistema, ma che falliscono proprio laddove si tratta di procedere all'unificazione.

Secondo l'ancor giovane giurista — che si dimostrava comunque ben fiducioso di una completa padronanza dei suoi mezzi logico-tecnici —, uno dei 'migliori' autori da annoverare in questa prima categoria era senz'altro Carl Christoph Hofacker⁽¹⁷⁵⁾.

Osservavamo già che l'itinerario seguito nella specifica esposizione delle critiche e delle puntualizzazioni costituisce un po' il polmone dell'intera analisi: esso fornisce altresì l'esatta misura della decurtazione, della 'riduzione' di prospettiva cui deve sottoporsi la stessa valutazione storiografica della funzione esplicita dai tentativi dei moderni, a causa dell'assorbente preoccupazione, o piuttosto fascinazione per i profili logici della questione. Ci sembra però doveroso scendere in alcuni 'dettagli' più o meno consapevolmente trascurati dal flusso delle riflessioni, ma anche delle idiosincrasie savignyane; leggere perciò questi testi anche fra le righe, dato che le loro pause, i loro spazi vuoti sono spesso almeno altrettanto significativi per definirne i contorni, di quanto possano esserlo le medesime positive conclusioni.

La stessa scelta del nome di Hofacker, proposto così *ex abrupto* — con un procedimento che noi pure abbiamo voluto rispettare in pieno, benché all'odierno lettore un simile nome evochi sicuramente meno di quello che il giovane Savigny poteva attendersi dai suoi uditori —, è in questo senso tutt'altro che priva di interesse.

Non è qui ovviamente il momento di anticipare più puntuali ricostruzioni relative alle innovazioni della struttura dogmatico-materiale della sistematica quali furono offerte da un giurista che, seppur divise con alterna fortuna la sua attività scientifica fra Gottinga e la sede wurtenberghese di Tubinga, deve essere in ogni caso collocato tra le menti più acute e più provvide di contributi che la scuola dei 'sistematici di Göttingen' sia stata capace di produrre in assoluto⁽¹⁷⁶⁾.

⁽¹⁷⁵⁾ *Ibid.*, pg. 36.

⁽¹⁷⁶⁾ Carl Christoph Hofacker (1749-1793) fu allievo di Gatterer, G. L. Boehmer, Heyne, Beckmann, ma soprattutto di Pütter, che lo volle altresì indirizzare alla carriera accademica. Un ritratto assai partecipe e con-

Non ci si può invece sottrarre all'esigenza di schizzare brevemente alcuni degli aspetti e delle vicende che fecero da sfondo ai suoi interventi, poiché ciò si rivela opportuno per comprendere il tenore del passo savignyano, anche nella sua dimensione ' non detta '. Un passo del quale certo almeno sin d'ora dovrebbe destare attenzione in particolare d'una critica volta a colpire proprio un rappresentante dell'indirizzo sistematico leibniziano — pütteriano.

Adolf Stoll — nell'annotare un riferimento savignyano sul quale dappresso ci soffermeremo, richiamandosi appunto all'ultima opera del Gottinghese — poteva affermare (inesattamente) ch'essa rappresentasse l'ultimo esempio d'un manuale di quel tipo scritto in latino, ed inoltre (esattamente) che veniva, da contemporanei e non, generalmente considerata il miglior *Pandektenlehrbuch* del tempo suo⁽¹⁷⁷⁾.

Dovrebbe essere tuttavia evidente che ciò che nel torno d'anni nel quale Savigny scriveva (ed in quelli appena successivi) era appunto destinato ad assurgere alla notorietà — e persino ad essere celebrato — sotto l'espressione di « Pandectenrecht », fosse propriamente un qualcosa il cui contenuto e i cui contorni da *questa* medesima espressione venivano molto più celati che non resi cristallini.

La periodizzazione in una « storia naturale del sistema » che aspirasse all'integralità potrebbe allora essere forse semplificata con

sapevole della portata delle sue intuizioni si può leggere in G. HUGO, *Beyträge*, cit., Bd., 1, pg. 55, nota. Fatta eccezione per i già citati *Principia* (cfr. *supra*, pg. 495, nota 357) diamo qui di seguito per esteso i titoli delle opere più significative, alle quali faremo riferimento più volte nel corso del prosieguo del lavoro: *Entwurf einer systematischen Methode im Vortrage des ungemischte römischen Rechts*, Göttingen, 1771; *Nähere Entwicklung und Vertheydigung seiner systematischen Methode im Vortrage des römischen Rechts statt einer zweiter Vorrede zu seinem Institutionibus Iuris Romani...*, Göttingen, 1773 (seconda edizione ampliata del precedente saggio; ad essa perciò faremo capo); *Institutiones Iuris Romani methodo systematica adornatae*, Göttingen, 1773; *Elementa iuris civilis Romanorum*, Göttingen, 1784. Per ulteriori informazioni sulle vicende biografiche si rinvia al solito E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt 3, Halbband 1, Note, pg. 229 ss.

⁽¹⁷⁷⁾ A STOLL, *op. cit.*, Bd. 1, pg. 70, nota 1: che l'affermazione sia inesatta apparirà evidente se solo si pensi che la prima edizione del manuale di Mühlenbruch, la *Doctrina Pandectarum*, risale appunto al 1823.

l'osservazione che ci si trovi in realtà in presenza di due tappe idealtemporali: la prima, nella quale il metodo si pose in condizione di separarsi dalla struttura dispositiva del materiale offerta dalle Pandette giustinianee, e l'altra — successiva, ma non meno laboriosa — durante la quale si tentò invece di portare a termine la completa subordinazione del metodo al sistema⁽¹⁷⁸⁾.

Dobbiamo ovviamente tralasciare di prendere in esame — perché il discorso ci condurrebbe troppo lontano — l'impressione (o forse la ' proiezione ') condivisa dai medesimi costruttori ottocenteschi del sistema⁽¹⁷⁹⁾, seguendo le indicazioni della quale si potrebbe arrivare a riconoscere già nell'epoca dei glossatori il primo germe di una conoscenza sistematica — e per essere più precisi in quei medesimi compendi generali che offrivano un colpo d'occhio sul contenuto d'interi titoli delle Pandette, e andavano sotto il nome di Summae.

Ma anche se non possiamo ora approfondire quest'aspetto di una storia giuridico-letteraria che si palesa come specchio più dell'epoca sua che non di quella presa in esame, non ci possiamo però esimere dall'addurre alcune ulteriori riflessioni ad esplicazione del dualismo, cui si accennava, tra metodo di disposizione e sistema.

⁽¹⁷⁸⁾ Ci valiamo qui delle interessanti osservazioni di un testo praticamente sconosciuto e perciò assai scarsamente preso in considerazione in dottrina, che contiene tuttavia, tra l'altro, una delle poche analisi critiche esistenti del ruolo svolto dal Nostro. Intendiamo far riferimento a A. DANZ, *Das Systematische in der Methode der beiden neuesten Pandectenlehrbücher von Mühlensbruch und Puchta*, in *Hallische Jahrbücher für deutsche Wissenschaft und Kunst*, N. 170 ss. (1838), col. 1353 ss.

Fin da questo momento va sottolineata come significativa la sede in cui viene ospitato il contributo, la rivista hegeliana fondata da Ruge, vista assai di cattivo occhio da Savigny, ma che annovererà tra i suoi saltuari collaboratori persino Puchta. Per ulteriori informazioni sulla tormentata storia dello sviluppo della rivista in questione e sui suoi collaboratori rimandiamo al nostro secondo volume; cfr. comunque A. ZANARDO, *Arnold Ruge giovane hegeliano (1824-1848)*, con la connessa esaustiva bibliografia, in *Annali Feltrinelli*, XII (1970), pgg. 189-382: sul collaboratore jeneso Danz, cfr. *ibid.*, pg. 368.

⁽¹⁷⁹⁾ Cfr. F. C. von SAVIGNY, *Geschichte*, cit., Bd. V, pg. 231. Sulla questione da ultimo G. OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz*, Frankfurt am Main, 1971, pg. 229.

Esse vengono praticamente introdotte dalla notazione — meno ovvia e trasparente di quanto non sembri — che proprio l'ultimo passo che avrebbe almeno consentito il rinvenimento della forma di un sistema, la costruzione di una *Summa* che raccogliesse il complesso delle singole *Summae*, non fu invece compiuto⁽¹⁸⁰⁾. Le motivazioni vanno probabilmente ricercate di nuovo nell'ambiguità della designazione 'diritto delle Pandette': vale a dire che fino al momento nel quale i glossatori (e coloro che si dimostrarono legati ad una simile impostazione) seguirono a proporre ad oggetto dei loro contributi il diritto giustiniano contenuto nelle Pandette 'passo dopo passo', il cosiddetto *Pandektenrecht* doveva appunto contenere *tutto* ciò che era stato accolto nella compilazione. Ne conseguiva con grande naturalezza che vi dovesse essere ricompreso anche tutto quanto si rivelava di natura pubblicistica, processuale o penale. Tuttavia un procedimento di tal fatta presupponeva tacitamente che l'organizzazione compendiosa si svolgesse a sua volta 'come' sotto l'egida di un ultimo e più elevato concetto: in altri termini quel sistema (meramente eventuale), il cui substrato era rappresentato *dal concetto di diritto nel senso ampio*, doveva necessariamente distinguersi per essenza da un *sistema del puro diritto civile*.

Anche quando, lentamente — poi con maggiore decisione nelle sistematiche umanistiche di un Connano o di un Donello — cominciò ad imporsi la tendenza a considerare sotto l'espressione 'diritto delle Pandette' quest'ultimo (più limitato) contenuto del diritto — ovvero il diritto *civile* romano-giustiniano —, non si riuscì tuttavia, ad ottenere molto di più che una *omogeneizzazione* del materiale.

Proprio sotto il profilo del metodo non si poteva cioè affermare che si fossero fatti grandi passi in avanti, se non appunto limitandosi a far riferimento all'unico mutamento in realtà contemporaneamente intervenuto: quello che consisteva in una maggior libertà di trattazione delle materie catalogate nelle intestazioni dei titoli dei *Digesta*, favorita dalla scelta — ormai divenuta personale — di una diversa forma di organizzazione. Questa forse sorprendente conclusione è necessariamente implicita in quanto venivamo

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. A. DANZ, *loc. cit.*, col. 1353.

osservando, poiché la determinazione della misura nella quale, in conseguenza di questo mutamento, potesse dirsi raggiunto un adeguato metodo di insegnamento, od un sistema di livello corrispondente, sta e cade con la decisione di una domanda inevitabilmente costitutiva e pregiudiziale — una questione preliminare che tuttavia all'inizio del processo (ma spesso anche nel suo prosieguo), non veniva certamente sollevata con una chiarezza tale da sottrarla ad ogni possibile dubbio. Si tratta, cioè, della questione se le Pandette di cui 'modernamente' si discorreva potessero essere ascritte ad una delle due (e a quale) configurazioni di sistema appena ricordate.

Orbene, contro tutte le attese suscitate dalla 'migrazione' della scuola culta franco-olandese nelle università tedesche, persino nella seconda metà del secolo XVIII la venerazione dell'ordine giustiniano era, a motivo di quella mancata consapevolezza, ancora così profondamente radicata e connaturata nell'animo dei romanisti, che la medesima vicenda intellettuale del nostro 'Carneade' Hofacker sarà chiamata ad incarnarne in negativo la sublimazione più esemplare.

Già fin dal 1748 nei *Prolegomena* agli *Elementa juris germanici privati odierni*, poi ben più decisamente nel *Prodromus* avente ad oggetto il metodo della *Universa jurisprudentia privata speciatim Iuris Germanici* — e premesso a quel manuale di diritto privato tedesco che faceva tralucere a suo fondamento la concezione ipotetica di sistema della tradizione cartesiano-leibniziana⁽¹⁸¹⁾ —, Pütter aveva posto le basi per la riorganizzazione dell'intera giurisprudenza.

Una riorganizzazione che aveva come suo puntuale referente il diritto tedesco, senza tralasciare tuttavia di fornire indicazioni sulle linee direttive da seguirsi anche nel campo del diritto romano. Si trattava anzi di indicazioni talmente nuove, che lo stesso autore le poteva battezzare come la sua 'eresia':

« Haeresis mea prima haec est: *Ius Romanum solum, nullo alio iure intermixtum, pertractandum necessario prius est, quam ad ulla alia, quae in Germania valent, iura quis progrediatur.*

⁽¹⁸¹⁾ La prima edizione dell'opera risale al 1754: il titolo completo suona sintomaticamente *Conspectus iuris Germanici privati hodierni novo systemate tradendi*. Noi citiamo dalla ristampa gottinghese del 1776.

Suppono quidem fundamento solido praestructam iuris naturae notitiam. In positivis autem iuribus, a nostratibus addiscendis, omnino primum locum iuri Romano vindico, quippe cuius ad intelligentiam nullum aliud requiritur iuris positivi studium.

Ipsam vero ad perspiciendum vti fas est, ius Romanum historia Romana pragmatica, i.e. quae vicissitudines reipublicae docet, praescitu necessaria est. Quumque perquam varius fit reipublicae istius status, pro diuersis temporibus, quibus iura eius condita; in primis historiam legum iuriumque ante oculos haberi oportet.

Nec tamen, si quid video, sufficit historia iuris, vti huc vsque tractari solita; fed quum ipsum ius antiquum Romanum, i.e. illud potissimum, quod vixit tempore liberae reipublicae, fere profus variatum sensim sub Imperatoribus, omnino differat a iure Iustiniano, id quod tamen fine illo rite perspicere non potest; me iudice *plane seorsum prius pertractandum esset ius antiquum romanum, deinde seorsum iterum ius Iustinianum* »⁽¹⁸²⁾.

Hofacker, l'allievo più dotato di Pütter prima del sorgere dell'astro di Gustav Hugo, assunse allora — buon secondo certo, alle spalle del già ricordato Habernikkel, ma finalmente con le capacità necessarie — a compito della sua vita l'iniziativa di proseguire nell'ambito del diritto romano un tipo di innovazione parallelo a quella del maestro, osando prospettare al posto della « sinora usuale colleganza nominale secondo l'affinità dei nomi (« Nominalverbindung nach der Verwandtschaft der Namen ») una « Realverbindung der Materien », che trovò la sua prima realizzazione nel 1773 con le sue *Istituzioni*⁽¹⁸³⁾.

Il pubblico dotto si dimostrò tuttavia ben lontano dall'essere disposto a tollerare un ordinamento del diritto romano « wie sie der Geist des Römischen Recht ihm zu fordern schien »⁽¹⁸⁴⁾, mettendo in modo così massiccio sotto accusa la 'genialità' dell'inventore, da costringere ad un sostanziale ritorno all'ordine giustiniano negli *Elementa* del 1784. Egli mantenne tuttavia sempre invariata la consapevolezza che la conoscenza sistematica costituisca il cardine essenziale del sapere giuridico (expeditum omni dubitatione est, solidiorem eruditionem a systematis cognitione pendere),

⁽¹⁸²⁾ *Ibid.*, *Prodromus*, pg. a3.

⁽¹⁸³⁾ C. C. HOFACKER, *Nähere Entwicklung*, cit., pg. 18.

⁽¹⁸⁴⁾ A. DANZ, *loc. cit.*, col. 1355.

salutando con sarcastica ironia la pretesa che una scelta pro o contro questo così essenziale elemento costitutivo potesse in definitiva dipendere *ex suffragiorum numero* ⁽¹⁸⁵⁾.

Il culmine di questa non incruenta lotta era comunque stato rappresentato dal saggio proposto nello stesso 1773 — quasi a mo' di una seconda introduzione alle Istituzioni — sotto il titolo *Nähere Entwicklung und Vertheildigung seiner systematischen Methode im Vortrage des römischen Recht*. Esso rappresenta una tappa estremamente significativa per la storia della trattazione sistematica del diritto, perché per la prima volta con una simile lucidità ed assenza di remore — si potrebbe quasi dire sotto forma di manifesto programmatico — un romanista dimostra di possedere piena consapevolezza di quali specifici adempimenti si renderanno necessari alla realizzazione dell'aspirazione ad un completo capovolgimento della prassi tradizionale.

L'incapacità in ultima analisi sociale e non esclusivamente intellettuale di sistematizzare il Corpus Iuris, determinata da una troppo stretta e particolarizzata simbiosi tra potere politico ed economico ⁽¹⁸⁶⁾, trova adesso il suo termine, proprio sulla scia della ventata di innovazioni introdotta in entrambi i settori dalla cultura gottinghese. Non susciterà allora ormai più alcun moto di stupore che ben addentro al pur diverso corso dell'Ottocento giuridico si potesse ancora avere sentore del ruolo svolto dal nostro autore: « Obgleich nun auch bei Hofacker noch immer die Methode das System nicht frei hervortreten lässt und jene erst dieses gleichsam zufällig hie und da mit erzeugt, so sieht man doch hier schon deutlich genug, wie der höhere oder geringere Grad der methodischen Vollendung eines Lehrbuches zunächst auf nichts anderem beruht, als auf dem, wenn auch unausgesprochenen, Gedanken eines organischen Zusammenhanges der Rechte, eines eigentlichen Systems » ⁽¹⁸⁷⁾.

L'espressione « organisch » è qui certo (solo) ' formalmente ' prematura: ma effettivamente — proprio nel saggio appena menzionato — al di là di talune oscillazioni terminologiche riconducibili a ' scorie ' del vecchio stampo di marca ' libresco-manuali-

⁽¹⁸⁵⁾ C. C. HOFACKER, *Institutiones*, cit., *Praefatio*.

⁽¹⁸⁶⁾ Cfr *supra*, pg. 104, nota 31.

⁽¹⁸⁷⁾ A. DANZ, *loc. cit.*, col. 1356.

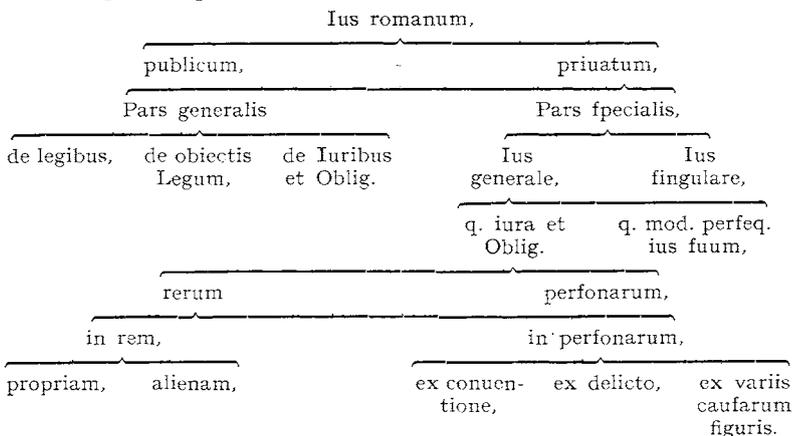
stica ' (sistemi incompleti, etc.) si fa sempre più distintamente percepibile il trapasso verso un'immagine di ' sistema ', che qualifichi non più una rappresentazione puramente arbitraria ed esteriore della materia, ma un ordine interno *in abstracto* ⁽¹⁸⁸⁾.

Tanto più sintomatico appare quindi il ' contesto ' all'interno del quale una simile immagine si fa strada. Essa emerge, non per caso, nel momento stesso in cui Hofacker respinge fermamente un ben preciso tipo di critiche; critiche rivoltegli dallo stesso recensore francofortese, che aveva anche altrimenti innescato la scintilla della polemica, con osservazioni la cui mediocrità non faceva altro che costituire una ulteriore riprova del livello generale della medesima *communis opinio*, che lo aveva eletto a suo campione.

Egli esprimeva a quel proposito esplicitamente la sua delusione per non aver potuto rinvenire nel progetto esaminato « ein *völlständiges Ius publicum* und ein *völlständiges Ius singulare* », mostrando appunto di non aver nulla compreso della ' linea di marcia ' che la nuova riforma intendeva percorrere ⁽¹⁸⁹⁾.

⁽¹⁸⁸⁾ Cfr. J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz*, cit., pg. 107.

⁽¹⁸⁹⁾ C. C. HOFACKER, *Nähere Entwicklung*, cit., pg. 12. Come si diceva non è ancora giunto il momento di anticipare più specifiche considerazioni di dogmatica ' materiale '. Tuttavia, per non far apparire ' quasi ' ingiustificata l'indignazione dei contemporanei, si potrà già fin da adesso allegare il piano della riforma, come si può ricavare dalla proposta globale del Gottinghese. La sua novità rispetto alla tradizione emergerà forse anche da un semplice colpo d'occhio.



Secondo Hofacker si doveva invece replicare sul punto offrendo una risposta prospettata sotto forma di regola generale per la strutturazione di un manuale giuridico in astratto: « A me sembra che un *Handbuch*, al contrario di quanto ritiene una ben più diffusa opinione, dovrebbe atteggiarsi all'incirca come una miniatura (*ein Miniatur-Portrait*) nei confronti di un ritratto a grandezza naturale. Il pittore che copia questa da quello non deve né esprimere falsamente i tratti caratteristici essenziali del suo modello (*Urbild*), né ignorarli del tutto, e — in breve — l'oggetto deve essere riconoscibile in quello tanto bene come in questo, soltanto in rapporti diversi (*nur in andern Verhältnissen*). Che un simile *ideale* sia difficile da raggiungere, lo ammetto volentieri e l'ho sperimentato io stesso, e pertanto mi dichiaro altresì soddisfatto se si considererà il mio lavoro come una 'silhouette'. Ma, al contrario, mi ritengo anche pienamente legittimato, a reputare le Istituzioni giustiniane, secondo questo stesso rapporto, come una silografia assolutamente grezza. Perciò mi pare il caso che noi moderni, invece di incidere graffiando sempre nuovi tratti in quell'immagine già in abbozzo mal riuscita, ne facessimo piuttosto una completamente nuova e migliore. Mi voglio spiegare più chiaramente al proposito. Il buon Imperatore, oppure il suo cancelliere, erano nati altrettanto poco per fare gli scrittori di compendi che per fare i legislatori. Le Istituzioni sono estremamente incomplete, e tralasciato il fatto che i nostri nuovi scrittori di manuali secondo l'ordine delle Istituzioni hanno cercato di porvi riparo qua e là colmando le lacune più eclatanti, non si ottiene così in ogni caso molto, perché è non soltanto il concreto svolgimento di singole materie, ma piuttosto l'intera progettazione del disegno complessivo a rivelarsi incompleta. Non è cosa sostenibile che nei *prolegomena* al diritto romano l'intera dottrina del possesso e del diritto ipotecario, per non parlare della maggior parte del processo ... debbano mancare. Io credo perciò che si tratti di proporre una via del tutto diversa, cercando di trarre le Istituzioni del diritto romano non più dalle Istituzioni giustiniane, ma al contrario dall'intera codificazione, per poter formare un tutto sistematico nel quale ciascuna parte 'tenga' rispetto alle altre (*ein haltbares Ganzes*) ... Mosso da queste considerazioni ho scelto la via d'uscita di rendere in qualche modo le mie Istituzioni vicine alle Pandette (*pandectenartig*), cioè

di delineare i fondamenti primi del diritto romano nella loro completezza, così che da essi sia poi possibile ricavare un concetto dell'integrità di quel diritto (die ersten Grundsätze des römischen Rechts in ihrer Vollständigkeit zu entwerfen, um sich daraus einen Begriff vom ganzen Umfang des römischen Rechts machen zu können) » ⁽¹⁹⁰⁾.

Il diritto romano nella condizione tramandata non possiede quindi una struttura corrispondente a quella che il giurista scorge come sua interna dimensione: essa non è perciò riesprimibile in conformità alla sua ' grandezza naturale ', ma deve essere invece trasposta in rapporto ' creativo ' e continuo nelle singole nuove opere giuridiche. Ma — e questo passaggio è se possibile ancora più importante — poiché l'integralità del diritto romano andrà d'ora in avanti misurata, secondo Hofacker, alla stregua della distinzione tra *Staats-Recht* e *Privat-Recht* (lo potremo vedere meglio a suo luogo), si viene ad escludere altresì che il sistema possa basarsi su quel *concetto di diritto inteso nel senso più ampio possibile*, del quale si discorreva.

Invano ci attenderemmo a questo punto che l'analisi savignyana tenesse conto di almeno alcuni dei dati di cui siamo sin qui entrati in possesso. Un tale atteggiamento apparirà in una luce tanto più caratterizzante quando si prendano in considerazione le affermazioni contenute in una lettera a von Neurath, di poco anteriore alla *Methodenlehre*, e nella quale, tra l'altro, si manifestava il significativo proposito — poi abbandonato — di dedicarsi, « dem *praktischen* Justiz-Wesen, das ich *ausserordentlich* liebe ». È questo un Savigny che viene poi a lamentarsi dell'inadeguatezza dell'abituale corso di studi — come si veda un tema, vorremmo dire, tipicamente Hofackeriano —, e lo fa con chiaroscuri che meritano sotto più di un profilo d'esser riferiti letteralmente: « Was nun die Kenntnisse betriff, die zu diesem Fache gehören, so habe ich ehemdem, wie ich jetzt einsehe, durch das Unordentliche der gewöhnlichen Studienart viel Zeit und Mühe verloren; ich habe nun seit vorigem Sommer *das Römische Recht* (*das ich ausseordentlich liebe*) nach Hofacker ziemlich gründlich repertiert und auch einzelne Materien studiert; damit bin ich bald fertig und werde dann die

⁽¹⁹⁰⁾ *Ibidem*, pgg. 12-13.

übrigen juristischen Disciplinen (*die ich herzlich verachte*) cursorisch durchgehen »⁽¹⁹¹⁾.

Dunque il nostro giurista — che dichiarava con giovanile baldanza di disprezzare ogni altra disciplina giuridica che non fosse il diritto romano —, ebbe a formarsi, per sua espressa ammissione, proprio su alcuni dei testi hofackeriani di cui abbiamo tentato di tratteggiare le tormentate vicende: con tutta probabilità sulla seconda edizione delle *Institutiones*, quegli *Elementa iuris civilis Romanorum* del 1784, che recavano pur sempre le evidentissime tracce della polemica; e poi sui più tardi *Principia*.

Un simile argomento non doveva in ogni caso essere stato lasciato cadere dal suo corrispondente, visto che nella lettera successiva (ad essa abbiamo già avuto occasione di far riferimento a motivo dell'aspra critica rivolta a Gustav Hugo sul tema del rapporto teoria-prassi)⁽¹⁹²⁾, Savigny ritiene necessario puntualizzare ancora la sua opinione. E lo fa in termini non certo entusiasti, ma tuttavia significativi, anche perché ci confermano sia direttamente che indirettamente il suo disinteresse rispetto alla storia letteraria dei tempi 'moderni', pur se astrattamente riferibile a un tema che gli stava così a cuore: « Hofacker ist einem Juristen, der eigne Arbeit nicht scheut, als Leitfaden der eignen Untersuchung sehr brauchbar; *mehr gutes kann ich von ihm nicht sagen*. Groser, forschender Fleiss und eine auffallende Kraftlosigkeit des Geistes sind seine charakterisierendsten Eigenschaften, befriedigt haben mich etwa 10 §§ unter etlichen Tausenden. *Das beste* mag er indessen leicht seyn, ich kenne wenigsten nichts von ähnlichem Plan, das ich ihm gleich setzen könnte. Überhaupt scheint mir das eigne, *vollständige Quellenstudium* (wozu, wie gesagt, H. ein sehr guter Führer ist) *nicht nur der sicherste, sondern auch der leichteste und angenehmste Weg zur Befriedigung in unserm Fach, da mir in Gegentheil das Studium der Schritsteller im höchsten Grad zuwider ist* »⁽¹⁹³⁾.

⁽¹⁹¹⁾ F. C. von SAVIGNY, *Lettere a C. v. Neurath* (presumibilmente composta alla fine del 1798 oppure all'inizio del 1799), in A. STOLL, *op. cit.*, Bd. 1, pgg. 69-70.

⁽¹⁹²⁾ Cfr. *supra*, pg. 292, nota 312.

⁽¹⁹³⁾ A. STOLL, *loc. cit.*, pg. 71 (Febbraio dell'anno 1799); la seconda sottolineatura nell'originale.

Il giurista gottinghese poteva essere quindi ad avviso di Neurath fors'anche il migliore pandettista del tempo suo e Savigny ammette di buon grado di non conoscere nulla da poter paragonare ad un simile piano. Va tuttavia osservato che qui — come dimostra l'accento alla vastissima estensione dei paragrafi — il discorso è evidentemente riferito all'ultima monumentale opera del Gottinghese. Essa si distingueva però dalle precedenti per il tentativo — improntato ad intenti pratici più consoni all'ambiente tubingese — di approntare un sistema unitario di *tutto* il diritto vigente, compreso quello di matrice germanica⁽¹⁹⁴⁾.

Pur tenendo conto di questo aspetto, Hofacker resta ad avviso di Savigny sempre e soltanto un'ottima guida per uno studio 'completo' delle fonti. Ma, una volta di più, anche in questo caso il dato che ci colpisce è — e non vorremmo esagerare — la quasi stupefacente mancanza di sospetti sul ruolo effettivamente svolto dal Nostro sul piano della storia dell'idea di sistema e della riorganizzazione di quei corsi, dei quali pure lamentava l'inadeguatezza.

Persino il collega e successore gottinghese Gustav Hugo, pur non lasciandosi sfuggire l'occasione di criticare con severa acribia come ormai antistorico il parziale voltafaccia di Hofacker in relazione alla necessità di separare il puro diritto romano dal tedesco — facendo leva perciò proprio sui principi che inizialmente entrambi avevano portato avanti di comune accordo —, non poteva mancare di rilevare come, nonostante tutto, quegli stessi *Principia* costituissero pur sempre « un passo nella direzione del miglioramento dell'abituale *Pandekten-Collegium* »⁽¹⁹⁵⁾. Ed intendeva evidentemente far riferimento al mantenimento dell'altra istanza fondamentale all'ideale gottinghese di riorganizzazione sistematica: la separazione netta tra diritto romano vigente e diritto romano antico.

Nella *Methodenlehre*, al contrario, è proprio soltanto la modalità con la quale Hofacker organizza il sistema a trovarsi nel mirino della critica.

⁽¹⁹⁴⁾ Cfr. F. C. von SAVIGNY, *Methodenlehre*, cit., pg. 64; vedi sul punto anche K. LUIG, *Die Theorie der Gestaltung eines nationalen Privatrechtssystems aus römisch-deutschen Rechtstoff*, in W. WILHELM, H. COING (hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation*, cit., Bd. 1, pgg. 221-222.

⁽¹⁹⁵⁾ G. HUGO, *Beyträge*, cit., Bd. 1, pg. 138; sottolineatura nell'originale.

Già fin dall'esordio del primo capitolo della *pars generalis* — dedicato piuttosto tradizionalmente al tema *de iustitia et iure* — si può agevolmente sorprendere, secondo Savigny, il difetto peculiare di questo tipo di procedimento metodico; ovvero l'*immediatezza* con la quale viene rappresentato quanto « in der Gesetzgebung sich findet ».

Bisogna fare bene attenzione a non ritenere però che questa immediatezza possa al contempo significare anche 'fedeltà' alla legislazione medesima. Non è sicuramente questo il senso nel quale il giovane docente vuole vedere intesa la sua espressione: essa fa infatti esclusivo riferimento alla incapacità di operare « durch das *Medium* des Systems ».

In tal modo — prosegue Savigny — si ottiene solamente il risultato di rendere « undeutlich und falsch » quanto invece proprio nell'ambito della legislazione si manifesta chiaro ed esatto; di conseguenza, in assenza di quel termine medio rappresentato dal sistema, i concetti che continuamente vi ricorrono potranno essere trattati, appunto nel trapasso dalla loro sede di origine verso la collocazione manualistica, soltanto in maniera esclusivamente empirica, *rein historisch*, come viene subito significativamente precisato.

Gli esempi addotti chiariscono in ogni caso abbastanza univocamente come l'obbiettivo verso il quale le osservazioni precedenti si protendono non sia molto diverso da quello cui mirava Nettelblatt, quando esigeva che i termini tecnici suscettibili di essere utilizzati in una pluralità di significati e di valenze venissero impiegati dal 'buon giurista dimostrativo' nell'unico senso inizialmente scelto e dichiarato, al fine di non essere poi costretti a confezionare per lo stesso concetto più di una definizione ⁽¹⁹⁶⁾. Hofacker aveva infatti aperto la sua analisi con la seguente definizione di diritto: « Quae homini insunt naturae *sensitivae* et *rationalis* vires quaeque tendunt ad proprium finem sc. felicitatem consequendam, non possunt non *Legibus regi, quae ex ratione Superioris f. imperantis alicuius proficiscantur*. Eiusmodi Legis *praeceptum*, cum ad hypotheses *societatis humanae* et quae inde redundat, *felicitatem communem* refertur, IURIS nomine venit ».

(196) Cfr. D. NETTELBLADT, *Unvorgreifliche Gedanken*, cit., pagg. 43-44.

A scanso di equivoci aveva poi ritenuto di dover annotare — sull'onda di una tradizione thomasiana percepibile fin dalla definizione primaria — la nozione 'felicità comune', specificando che « In eodem subiecto fc. homine ad finem suum ducendo versatur disciplina *iuris* atque *morum* [*ethica*], sed diverso respectu. Haec enim praecepta ad *eum ipsum* refert, quem instituit; illa ad *commune bonum et societatem coniunctionis humanae* omnia redigit »⁽¹⁹⁷⁾.

Nella prosecuzione della lettura all'acutezza logica un po' astratta del giovane critico — erede, se non della tradizione dimostrativa *sic et simpliciter*, certamente almeno dell'orizzonte sul fondamento del quale essa impostava e costruiva i suoi edifici — non sfugge però la debolezza della riunificazione sistematica tentata da Hofacker quando si trova di fronte all'esigenza di esplicitare il concetto di 'diritto delle genti primario'.

Il professore tubingese avrebbe in astratto dovuto 'specificare' la positivistica formulazione poco prima elaborata per trarne la 'differenza specifica' atta a distinguere i due concetti — si potrebbe quasi aggiungere — mediante una 'completa deduzione' (*Völlständige Deduktion*)⁽¹⁹⁸⁾.

In realtà egli si rendeva conto che la prima definizione di diritto difficilmente si sarebbe adeguata all'oggetto diritto delle genti, e ve ne sostituisce così un'altra diversa, non astenendosi neppure dal farla 'rifluire' in una nuova definizione dello stesso più generale concetto iniziale: « *Ius gentium primarium* continet practici intellectus nostri *principia immutabilia, quae aestimantur ex convenientia et disconvenientia cum ratione et natura hominum morali. Ex isti principiis, unde, tanquam suo fonte, universum ius promanavit* et eo rursus debet reduci, deducuntur *praecepta iuris generalissima*; scilicet 1) *erga Deum* religio, 2) *vis et iniuriae* ordinata propulsatio; 3) *officia erga alios* tum *communia*, ut laedamus neminem et suum cuique tribuamus, tum *propria*, ut parentibus et patriae pareamus et quae sunt similia »⁽¹⁹⁹⁾.

⁽¹⁹⁷⁾ C. C. HOFACKER, *Principia*, cit., pg. 2.

⁽¹⁹⁸⁾ Cfr. F. C. von SAVIGNY, *Methodenlehre*, cit., pg. 16.

⁽¹⁹⁹⁾ C. C. HOFACKER, *loc. ult. cit.*, pg. 5. Abbiamo parlato di acutezza un po' astratta da parte di Savigny, perché egli non rileva — conside-

In modo non molto dissimile, ma ancora più esplicito — continua Savigny implacabilmente — accade che a proposito della dottrina relativa alla perdita del possesso, dopo aver espresso una regola generale, si enumerano i singoli casi nei quali è dato appunto riscontrare la realizzazione delle condizioni che ne determinano la perdita: tra esse sarebbero da annoverare — ma separate in due diverse sezioni — la perdita della detenzione, della « physische Fähigkeit », e, d'altro canto, la *volontà* di cessare di possedere, Ma, 'disgraziatamente', la regola generale proposta soltanto pochi paragrafi prima ammetteva nella definizione una perfetta simmetria tra il modo di acquisto e quello di estinzione del diritto: così come il possesso può essere acquisito soltanto attraverso *animus* e *corpus* riuniti, così soltanto attraverso *entrambi* potrà essere perduto⁽²⁰⁰⁾.

Come è allora possibile — si chiede Savigny — che ciò accada? La risposta non si fa attendere: « Weil er hier wieder den Inhalt der Gesetzgebung *unmittelbar, wohl gar wörtlich darstellen will*, ihn aber keineswegs dem System als Resultat des Quellenstudiums anpasst. Die Stelle steht in der Pandekten. Ein solcher *praktischer* Widerspruch darf sich in einem *dargelegten* System durchaus nicht finden »⁽²⁰¹⁾.

Ad avviso di Savigny nel sistema ci deve essere offerto non il *contenuto* delle *singole* disposizioni, ma già *immediatamente* l'*Inhalt des Ganzen*: l'errore di Hofacker non è consistito nella sua eventuale aspirazione a una fedeltà al contenuto della legislazione, ma nel non essersi reso pienamente conto che una « methodische Quellensammlung », una compilazione effettuata sulle fonti, pur raggiungendo anch'essa « bloss Treue », non è l'identica cosa

randolo perciò dato marginale — il fatto che Hofacker più che incorrere in una contraddizione puramente logica, si trova piuttosto di fronte al compito 'storico' di conciliare due diverse tradizioni — quella thomasiana dell'esordio, e quest'ultima di chiara marca groziana (cfr. H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres*, Amstelaedami, 1702, Lib. I, caput, 1, § 10, pgg. 9-12) —, a motivo dell'oggettiva difficoltà, emergente dalla 'materia' del diritto delle genti primario a che il medesimo si lasciasse racchiudere *sic et simpliciter* nel concetto di legge del precedente paragrafo. Si comprende meglio forse la critica savignyana se si segnala come per lui in realtà *Gesetzgebung* sia sinonimo di *Corpus iuris*, in quanto vigente in Germania.

⁽²⁰⁰⁾ C. C. HOFACKER, *op. cit.*, vol. 2, §§ 771-774.

⁽²⁰¹⁾ F. C. von SAVIGNY, *Methodenlehre*, cit., pg. 36.

di una « Darstellung des Systems ». Il rimprovero di un difetto di analisi meglio si comprende se si osserva come la teorica di Savigny rimane anche nei dettagli largamente in un'orbita 'wolfiana'. Infatti l'accento posto dai 'moderni' — nella loro ansia per il definitivo raggiungimento di un ordine naturale — principalmente sul momento della « *Anordnung der Rechtssätze ... das man gewöhnlich das eigentliche System nennt* »⁽²⁰²⁾, non viene affatto condiviso dal nostro giurista. Anzi, ci pare estremamente importante rilevare come nel 1802/3 Savigny ritenga di dover soggiungere poco innanzi — quasi a glossa e chiarificazione di quell'*eigentlich* — « *was man fälschlich oft allein System nennt* »⁽²⁰³⁾: la sistematizzazione, il

⁽²⁰²⁾ *Ibid.*, pg. 37.

⁽²⁰³⁾ *Ibid.*, pg. 39. La precisazione savignyana merita attenta considerazione anche per un altro ordine di motivi. Si tratta cioè della possibilità di una valutazione più o meno *continuistica* dell'evoluzione che il suo pensiero indubbiamente palesa sul punto. Da ultimo infatti D. NÖRR, *Geist und Buchstabe: ein Goethe-Zitat bei Savigny*, in ZSS (RA), C (1983), pg. 34 ss., a proposito di una lettera alla quale faremo in seguito riferimento — vedi infra, nota 238 —, pur notando la divergenza d'impostazione, proprio in ragione di quell'« innocuo » aggettivo ha potuto aggiungere una annotazione che ci pare sintomatica: « *immerhin erhält die Zweite [Stufe] schon ein qualifizierendes Ephitheton (" eigentlich ")* ». (pg. 35). In realtà, come accennavamo nel testo, la valutazione qualitativa è dal Nostro espressamente riferita alla nuova opinione dominante, ma successivamente — al contrario che in altri casi analoghi — espressamente rifiutata. Lo stadio nel quale Savigny respinge le definizioni e le distinzioni al di fuori del sistema — vedendovi ormai solo un problema relativo alla *Darstellung* — è del tutto successivo alla *Methodenlehre*: altrimenti non si comprenderebbero ad esempio proprio in nessun modo neppure le critiche ad Hofacker, che abbiamo riferito.

Anzi bisognerà piuttosto rilevare come l'atteggiamento in questione implichi riguardo ad Hofacker medesimo un impercettibile mutamento rispetto all'ultima valutazione contenuta nella seconda lettera; laddove lo studio delle fonti appariva dimensione assai più assorbente rispetto al sistema.

La connessione tra i due 'aggettivi' savignyani era stata invece correttamente osservata da G. MARINI, *op. ult. cit.*, pg. 160.

Noi però, a differenza di Marini, preferiamo non tradurre *Rechtssätze* con 'principi giuridici', che ci pare troppo specifico e modernizzante: la traduzione proposizioni giuridiche ci sembra più consona al contesto e alla tradizione logica cui s'ispira. Del resto i passi di Hufeland cui faremo cenno più innanzi dimostrano che per un sistema basato esclusivamente su Concetti e principi giuridici — esplicitamente respinto da Savigny — era disponibile l'univoca espressione '*Grundsätze*'. Si cfr. invece ancora il seguente

collegamento di *più* proposizioni giuridiche — colte comunque nel loro obiettivo *innerer Zusammenhang*; concezione, lo si è visto, assai poco kantiana — costituisce soltanto il *secondo* stadio od articolazione dell'idea di sistema. Allo stesso titolo in quella idea deve essere infatti contenuta una teoria delle 'definizioni e distinzioni', che permetta di comportarsi correttamente nello sviluppare i concetti: rinveniamo quindi una suddivisione dottrinale analoga a quella individuata da Wolff e poi meglio specificata da Nettelblatt.

Poco paradossalmente anche la finalità teorica perseguita si rivela simile. Lo si evince agevolmente dalla critica al secondo gruppo di deviazioni dal sistema vero: i tentativi che vanno fuori centro per aver mirato troppo in alto, troppo al di là della meta, pur partecipando della giusta convinzione che a questo livello debba trattarsi fondamentalmente « eine Einheit zu bewirken ». Tentativi, però, nei quali è assente proprio quell'elemento del molteplice, che in misura così preponderante soffocava la comprensione dell'idea del sistema vero in Hofacker.

Coloro che vengono stavolta chiamati a rispondere sul banco degli imputati sono gli operatori « welche untreu arbeiten ». Qual'è — ci si potrebbe domandare a questo punto — la nota caratteristica che permette l'identificazione di questa nuova categoria di trasgressori? Savigny non ha dubbi in proposito, ma sarà bene tener presente che è l'accusa medesima di infedeltà a dover rappresentare la chiave di lettura del testo savignyano; e proprio nella misura in cui rimanda alla polemica su 'idealismo-dogmatismo', alla quale facevamo cenno in precedenza: « Man nennt solcher Arbeiter gewöhnlich philosophische Juristen, weil sie sich zuviel

passo di Nettelblatt: « *Das Zweyte Stück*, worauf bey der rechten Anwendung der demonstrativischen Lehrart in der bürgerlichen Rechtsgelahrtheit zu sehen, gehet *auf die Sätze*. Bey denenselben aber kommt auch alles, *wie bey denen Erklärungen* auf zwey Stücke an: 1) welche Sätze anzubringen sind; 2) wie die Sätze selbst zu bestimmen und zu demonstriren sind... » (*loc. cit.*, pg. 44). In nota egli aggiunge che non ritiene necessario a questo punto distinguere tra le proposizioni, a seconda che siano *Grundsätze*, *Lehrsätze*, etc.; ma soltanto perché non si è proposto sin da principio di trattare tutto quanto concerna la logica e lo stesso metodo dimostrativo (*ibid.*, pg. 45). L'uso linguistico savignyano, forse determinato dagli stessi 'avversari', ci pare più rigoroso, pur rimanendo largamente in quest'ottica.

von der Willkür leiten lassen, *eine Art von Revolution gegen die Gesetzgebung* »⁽²⁰⁴⁾.

Appare dato ovvio, ma non trascurabile, che l'immagine di 'giurista filosofico' non corrisponda qui alla visione che del medesimo 'compito filosofico' era connaturale al futuro insegnante berlinese; in una parola 'filosofico' va interpretato.

In prima istanza, difatti, ci si sarebbe potuti attendere di veder coinvolti nella critica gli stessi giuristi Wolfiani. E forse con qualche fondamento⁽²⁰⁵⁾. Di per sé l'identificazione del difetto da eliminare in una specie di rivoluzione contro la legislazione, mette Nettelbladt — e non ci pare il caso di tornarvi sopra — al riparo da ogni sospetto dal punto di vista degli obbiettivi consapevolmente conseguiti; ed anzi (lo vedremo tra breve) lo pone sul problema della produttività dei concetti giuridici completamente e senza residui dalla parte di Savigny.

È innegabile tuttavia che quest'ultimo non tralasci di aggiungere alcune interessanti precisazioni: « Questa infedeltà si lascia ora concepire, o come diretta rivolta e sdegno contro la legislazione — questa emerge raramente nella sua immediatezza, soltanto pochi si sono serviti di un simile linguaggio; oppure, e ciò è invece la norma abituale, *in forma indiretta, nascosta. La Forma del sistema la cela a loro stessi* »⁽²⁰⁶⁾. Savigny resta, perciò, forse volutamente, nell'ambiguità: siamo anzi, a nostro avviso, in presenza di uno di quei possibili 'buchi neri', di quelle omissioni che si riveleranno alla lunga decisive nella ulteriore e diversa sua evoluzione. Vogliamo tuttavia per il momento tacere di questo aspetto e limitarci a rilevare soltanto che una simile eventuale ambiguità si stempera di molto nel contesto complessivo del discorso, come sembrerà indicare abbastanza chiaramente la scelta di uno dei migliori giuristi kantiani — di giuristi, perciò, già ben addentro all'orizzonte polemico cui si accennava — a destinatario privilegiato delle critiche: e si stempera appunto fino a un ritorno ad una definizione del contenuto di sistema e delle funzioni spettanti

⁽²⁰⁴⁾ F. C. von SAVIGNY, *Methodenlehre*, cit., pg. 37.

⁽²⁰⁵⁾ Cfr. G.B. e O. D. BECKMANN, *Gedanken vom Reformiren*, cit., pg. 11.

⁽²⁰⁶⁾ F. C. von SAVIGNY, *loc. ult. cit.*

alla logica pienamente condivisibile anche per un wolfiano: « Der Inhalt des Systems ist die Gesetzgebung, also *Rechtsätze*. Um sie teils einzeln, teils im Zusammenhang zu erkennen, bedürfen wir *eines logischen Medium, der Form, d.h. der logischen Bedingung der Erkenntnis alles Inhalts der Gesetzgebung. Alles Formelle* hat nun entweder die Bestimmung *einzelner* Rechtssätze zu entwickeln — gewöhnlich nennt man dies *Definitionen und Distinktionen* — oder die Verbindung *mehrerer* und ihren Zusammenhang anzuordnen... » ⁽²⁰⁷⁾.

La savignyana fascinazione per la logica manifesta in ultima analisi confini ben precisi a livello di approfondimento; la tendenza ad evitare lo scontro proprio con posizioni in apparenza appartenenti più ad un passato prossimo che non all'immediato presente si fa luce anche nella scarsa propensione ad innovare il bagaglio tecnico-terminologico di quella dottrina delle definizioni e distinzioni, della quale pure con così convincente e partecipe energia riaffermava la consustanzialità all'idea di sistema vero.

Che questa sia più di una mera impressione lo può mostrare ancora il parallelo con il sia pur non eccessivo ardire con il quale procedeva Gustav Hugo, anch'egli in una metodologia destinata — per motivi ovviamente opposti a quelli della sua consorella — a restare un po' appartata. Se ritorniamo infatti sui nostri passi, trasferendo l'attenzione dall'architettonica ai paragrafi dedicati all'analisi della 'disciplina', siamo in condizione di toccare con mano la diversità delle preoccupazioni che guidano la ricerca definitoria e terminologica: « *I giudizi negativi, che sono tali non soltanto rispetto alla forma logica, ma altresì rispetto al contenuto, non godono di particolare considerazione, a causa del desiderio umano di sapere. Li si considera anzi come nemici gelosi del nostro impulso conoscitivo, che aspira incessantemente ad un'estensione del sapere, e si richiede quasi un'apologia, per garantire a tali giudizi una tolleranza e qualcosa di più ancora, per procurare loro favore e rispetto.*

Senza dubbio qualsiasi proposizione, dal punto di vista logico, può essere espressa negativamente. Tuttavia, riguardo al contenuto in generale della nostra conoscenza — per

⁽²⁰⁷⁾ *Ibidem.*

vedere cioè se essa venga estesa oppure limitata mediante un giudizio — i giudizi negativi hanno unicamente il compito peculiare di prevenire l'errore. Di conseguenza, le proposizioni negative che vogliono prevenire una conoscenza falsa là dove non sarà mai possibile cadere in errore, sono certamente vere, ma nondimeno vuote, cioè non conformi al loro scopo....

Ma quando i limiti della nostra conoscenza possibile sono assai ristretti, lo stimolo a giudicare è grande, l'illusione che si presenta è assai ingannevole, e il danno derivante dall'errore è considerevole, in tal caso il lato negativo, che insegna soltanto a preservarci dagli errori, ha un'importanza anche maggiore di parecchi ammaestramenti positivi, che potrebbero accrescere la nostra conoscenza. La costrizione, che limita e infine distrugge la costante tendenza a deviare da certe regole, viene chiamata disciplina. Questa si distingue dalla cultura, la quale deve procurare semplicemente una abilità, senza d'altronde annullarne un'altra, già esistente. Per la formazione di un talento, che già per se stesso ha un impulso a manifestarsi, la disciplina darà quindi un contributo negativo, mentre la cultura e la dottrina forniranno un contributo positivo » ⁽²⁰⁸⁾.

Sin qui Kant. E Hugo è consapevole dell'utilità, della 'potenza' propedeutica del negativo — di una *warnende Negativelehre*, che aiuti dove l'*Anschauung* pura o empirica si perde.

La dottrina delle definizioni risulta allora collocata sistematicamente nel settore dedicato al 'dogmatizzare': in quest'attività definitoria, oltre che negli assiomi e nelle dimostrazioni, va riposta « die Gründlichkeit oder der Schein derselben ».

La dottrina kantiana delle definizioni è tuttavia assai lontana dal potersi identificare nel savignyano 'elemento formale' contenente 'Definizioni e distinzioni' — « le quali ultime si lasciano tuttavia ridurre alle prime », integrerà poco innanzi lo stesso autore della *Methodenlehre*.

L'analisi 'critica' si fa invece sottile e più complessa, rimanendo lontana dall'ottica puramente oppositiva 'definizione reale-definizione nominale', che incontravamo nei testi wolfiani. Anzi la lingua tedesca per esprimere la varietà dei possibili casi in realtà

⁽²⁰⁸⁾ I. KANT, *KdrV*, trad. it., pg. 710-711.

individuabili (esposizione, esplicazione, dichiarazione e definizione) dà prova della sua inadeguatezza, non disponendo che d'unica parola, *Erklärung* ⁽²⁰⁹⁾.

⁽²⁰⁹⁾ Riteniamo opportuno, per la comprensione del senso dei testi di Hugo, cedere ancora la parola a Kant: « Ma poiché il suo concetto, così come è dato, può contenere molte rappresentazioni oscure, che nell'analisi noi tralasciamo, pur adoperandole sempre nell'applicazione del concetto, allora la completezza dettagliata dell'analisi del mio concetto rimane sempre dubbia, e mediante svariati esempi calzanti può essere resa soltanto *probabile*, senza però mai diventare *apoditticamente* certa. In luogo del termine definizione, io preferirei usare la parola *esposizione*, che esprime ancor sempre una certa cautela: quando si usi questa parola, anche il critico che fa delle riserve riguardo alla completezza dettagliata della definizione potrà sino ad un certo grado ammettere quest'ultima. Di conseguenza, poiché non possono venir definiti né i concetti dati empiricamente, né quelli dati *a priori*, non rimangono allora altri concetti, su cui tentare questo esperimento, se non quelli pensati arbitrariamente. In tal caso, io posso sempre definire il mio concetto: difatti, io devo pur sapere che cosa ho voluto pensare, dal momento che sono stato io stesso a costituire intenzionalmente il concetto, e questo non mi è stato dato né dalla natura dell'intelletto, né dall'esperienza. Io non posso dire, tuttavia, di aver definito in tal modo un vero oggetto. In effetti, se il concetto si fonda su condizioni empiriche — se si tratta, per esempio, di un cronometro navale — allora mediante questo concetto arbitrario non risultano ancora dati l'oggetto e la sua possibilità. Su questa base, io non saprò neppure se il concetto abbia eventualmente un oggetto, e la mia spiegazione potrà dirsi una dichiarazione (del mio progetto), piuttosto che non una definizione di un oggetto. Non rimangono dunque altri concetti capaci di definire, se non quelli che contengono una sintesi arbitraria, la quale possa venir costruita *a priori*: di conseguenza, soltanto la matematica possiede definizioni. La matematica, in effetti, quello stesso oggetto che essa pensa, lo rappresenta altresì *a priori* nell'intuizione, e senza dubbio tale oggetto non può contenere né più né meno di quanto contiene il concetto, poiché il concetto dell'oggetto è stato dato dalla definizione in modo originario, ossia senza che la definizione fosse derivata da qualcos'altro. Per esprimere: *esposizione, esplicazione, dichiarazione e definizione*, la lingua tedesca non ha che la sola parola *Erklärung* (chiarimento). Già per tale motivo dobbiamo attenuare alquanto il rigore delle nostre esigenze — per cui negavano ai chiarimenti filosofici il nome onorifico di definizione — e con questa osservazione ci limiteremo a dire che le definizioni filosofiche si formano soltanto come esposizioni di concetti dati, e quelle matematiche, invece, come costruzioni di concetti foggiate originariamente; che le prime vengono costituite solo analiticamente mediante scomposizione (la cui compiutezza non è apodit-

Hugo lo sa e ritiene perciò necessario fare propria la più complessa analisi kantiana, espressamente finalizzandola contro i (giuristi) wolfiani. Se infatti una definizione nel significato rigoroso del termine « *ist die ursprüngliche Darstellung des ausführlichen Begriffes von etwas innerhalb seiner Grenzen* », non la si potrà certo confondere con una semplice esplicazione che si limita dal canto suo a fornire soltanto alcune note caratteristiche, che « forse neppure una volta appartengono all'essenza della cosa ». La stessa esposizione « *entwickelt die Merkmahle eines reinen Begriffes, aber nicht ausführlich* ': il più grande errore dei wolfiani è consistito allora — ribadisce Hugo senza possibilità d'appello — nel fatto che essi (ma non essi soli) hanno trattato molto spesso « *blasse Expositionen, wie sich nur Definitionem behandeln lassen* »⁽²¹⁰⁾.

Così nelle altre scienze, giurisprudenza compresa, non potrà parlarsi di definizioni nel vero senso della parola — come accade in matematica — e non bisognerà tendenzialmente imitarla, col prendere le mosse dalle definizioni, se non per semplice *esperimento*. Si tratterà invece di rendersi conto che « in quanto le definizioni sono analisi di concetti dati, certamente tali concetti — sebbene ancora confusi — precedono, e l'esposizione incompleta è anteriore a quella completa, cosicché noi, fondandoci su alcuni caratteri, che abbiamo tratto da un'analisi ancora incompleta, possiamo compiere parecchie inferenze, prima di giungere all'esposizione completa, cioè alla definizione. In una parola, risulta che (nella filosofia) *la definizione* — per la sua ponderata chiarezza — *deve concludere l'opera, piuttosto che darle inizio* »⁽²¹¹⁾.

Il carattere negativo-*'disciplinare'* è perciò per Hugo coesistente al grado di giustezza raggiungibile dalle definizioni in campo giuridico: « *Eine richtige Erklärung muss ein allgemeiner und zwar geradezu umkehrbarer, mithin auch negativer Satz seyn* »⁽²¹²⁾.

Così se la definizione *'il diritto di pegno è un diritto reale su di una cosa altrui a garanzia di un'obbligazione'* deve poter es-

ticamente certa), e le seconde sinteticamente. Le definizioni matematiche, dunque, fanno il concetto stesso, mentre quelle filosofiche lo chiariscono soltanto » (*ibid.*, pgg. 726-7).

⁽²¹⁰⁾ G. HUGO, *PEfJ*, pg. 38 e nota.

⁽²¹¹⁾ I. KANT, *KdV.*, trad. it., pg. 727.

⁽²¹²⁾ G. HUGO, *loc. ult. cit.*

sere reputata esatta, non basterà che essa si lasci allo stesso titolo esprimere mediante una semplice *Contraposition* (*conversio per contrapositionem*)⁽²¹³⁾ — ovvero sotto le specie della diversa formulazione « ciò che non è un tal diritto reale, non è neppure un diritto di pegno » — ma sarà necessario che si riveli sostenibile pure nella forma: « was kein Pfandrecht ist, ist kein solches Realrecht ».

Seguendo a servirsi della strumentazione logica nella sua finalità disciplinare, Hugo giunge anzi ad anticipare, ancora nel 1802, uno degli assi portanti dell'argomentazione del suo fondamentale saggio — spesso più citato che realmente compreso — « Le leggi non sono le uniche fonti delle verità giuridiche » apparso a quasi un decennio di distanza: la definizione secondo la quale « die Rechtsgelehrsamkeit sey die Wissenschaft der Gesetze » si rivela infatti insostenibile non solo perché urta contro il canone volto a stabilire che una definizione non può essere né più ristretta né più ampia del suo *definitum*, ma addirittura perché porta con sé « entrambi gli errori insieme »⁽²¹⁴⁾. L'argomentazione logica diviene,

⁽²¹³⁾ Cfr. su questa figura già in uso presso i glossatori G. OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz*, cit., pg. 134.

⁽²¹⁴⁾ G. HUGO, *PEfJ*, pg. 39 nota * e nota **; cfr. ID., *Die Gesetze sind nicht die einzige. Quelle der juristischen Wahrheiten* (1812), in *Civilistisches Magazin*, IV (1815), pg. 94. Per una reinterpretazione globale di questo scritto in relazione alla peculiare visuale hughiana del diritto romano, si rimandano quei pochi lettori che abbiano conservato ancora un po' di pazienza, al primo capitolo del secondo volume.

Nei testi ricordati sono comunque interessanti due critiche rivolte al Boehmer. Egli aveva così definito la dote: « *Dos est certa res, vel aliquando universitas patrimonii, data marito dotis nomine, ut inde onera matrimonii facilius sustinere queat* » (*Introductio in Ius Digestorum ad Fora Germaniae accommodatum, Pars Altera*, Lib. XXIII, tit. III, pg. 79). Hugo respinge come fatta 'in circolo' una simile definizione, ma soggiunge: « *Es ist aber nicht möglich, ganz ohne Cirkel zu erklären, wenn alles erklärt werden soll, denn zur Erklärung braucht man Wörter einer Sprache, deren jedes wieder durch andere Wörter erklärt wird. Es ist schon genug, wenn der Cirkel nicht so enge ist, sondern einen betrachtlichen Theil unserer Vorstellungen umfasst, über welche wir freylich nie hinauskommen* » (*loc. primo, cit.*, nota ***).

Quasi tutto Hugo è racchiuso in queste parole! La seconda critica è ovviamente assai più recisa. Lo stesso esponente dello *Usus Modernus* aveva, al primissimo paragrafo dell'opera, certamente affermato che la giurispru-

in una parola, strumento per l'innovazione della teoria delle fonti medesime.

Ben diverse sono ovviamente le preoccupazioni che agitano la penna del giovane Savigny quando si tratta di affrontare più decisamente l'esame di quella prima sezione del sistema che ha a che fare con lo sviluppo dei concetti (*Entwicklung der Begriffe*, determinazione delle singole proposizioni giuridiche, od anche, identicamente, delle 'definizioni e distinzioni'): « Es soll ein einzelner Rechtssatz erkannt, also müssen die darin liegenden Begriffe entwickelt oder, was dasselbe sagt, Definitionen und Distinktionen gegeben werden ... *Es kommt hierbei darauf an, den Weg, den die Gesetze selbst gehen — auf genetische Treue, besonders auf Zeigen der Gegensätze* ».

In quest'ottica è « molto naturale » che « in un sistema non possa essere proposto nessun concetto senza applicarlo ad una proposizione giuridica, perché ogni concetto deve possedere realtà giuridica ».

Cosa Savigny intenda per *realtà giuridica* emerge molto bene dall'esempio addotto con riferimento ad un lavoro di Koch sulla *successio ab intestato* ⁽²¹⁵⁾.

Egli proponeva infatti i suoi « Begriffe von Verwandten *allein in der Einleitung zur Verwandtenerbschaft* », facendo sì che ogni lettore potesse sentirsi autorizzato a credere che queste distinzioni sarebbero poi ricorse « in der Lehre selbts »; un'attesa che andava invece completamente delusa. Questa delusione corroborava perciò la conclusione sull'*irrealtà* di quei concetti, poiché essi non si mo-

denza fosse l'*habitus iura interpretandi* — non usando, opportunamente ad avviso del Nostro, il termine *leges* —, ma proseguiva poi immediatamente parlando di *sensus legum* e *legum usus*. Non riusciva cioè in tal modo agli occhi di Hugo a render più ragione di quei dogmi e di quelle disposizioni che — l'abbiamo veduto anche nel caso di Thomasius — si dimostravano per parte loro *insuscettibili* di essere sancite 'legislativamente' (*loc. secondo cit.*, pg. 94, nota *).

⁽²¹⁵⁾ F. C. von SAVIGNY, *Methodenlehre*, cit., pg. 37; Su Johann Ulrich Koch, giurista appartato dalle scuole, ma noto soprattutto per la sua opera rinnovatrice *Specimen compendii Pandectarum, titulum de successione ab intestato exhibens* (Jena; 1757, Giessen, 1767²), si veda E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., Abt. 3, Halbband 1, Testo, pg. 311.

stravano in grado di soddisfare alla loro funzione di determinare nuovamente il sistema (Begriffe bestimmen *wieder* das System ...): un'affermazione questa più agevolmente comprensibile se la si colloca sullo sfondo della postulazione wolfiana, secondo la quale (ormai lo sappiamo) per poter usare una definizione come *principium demonstrandi*, si era soggetti in precedenza all'onere di mostrarne la realtà.

Ma è soprattutto il problema suscitato da quella 'determinazione di ritorno' del sistema da parte dei concetti giuridici che si scopre foriero di pericoli agli occhi di Savigny. Il giurista che meglio sembra chiamato ad incarnare il prototipo di colui che persegue una *sorta di rivoluzione contro la legislazione* è quel Gottlieb Hufeland, le cui *Institutionen des gesammten positiven Rechts* — apparse nella kantiana Jena nel 1798 e poco dopo ristampate (proprio nel 1803) per il grande interesse che avevano suscitato — costituirono uno dei pochi testi ai quali Heise, già suo allievo, poté far capo nel 1807 per la configurazione del suo celebre *Grundriss*: quello stesso *Grundriss* che, per tacer d'altro, tanta parte avrà nei successivi corsi di Pandette savignyani ⁽²¹⁶⁾.

Dopo essersi richiamato al passo della sua *Wissenschaftskunde und Methodologie* nel quale comparivano le famose 'tre domande' che rappresentavano, più o meno alla lontana, il modello della significativa impostazione hughiana ⁽²¹⁷⁾, Hufeland nella sua ricerca di un sistema basato su di un principio di suddivisione *unitario* della giurisprudenza ⁽²¹⁸⁾, passava ad affermare: « Der eigentliche Stoff der Rechtswissenschaften sind Sätze. Sie werden aber nur ver-

⁽²¹⁶⁾ Cfr. sul punto, F. BLUME, *Grundriss der Pandektenrechts*, Halle, 1829, spec. pg. XII ss., nonché W. von BIPPEN, *Georg Arnold Heise. Mitteilungen aus dessen Leben*, Halle, 1852, pg. 387.

⁽²¹⁷⁾ Cfr. *supra*, pg. 179. nota 20, e vedi G. HUFELAND, *Vorrede zur ersten Auflage*, in Id., *Institutionen*², cit., pg. III.

⁽²¹⁸⁾ Un tale criterio unitario sarà a poco a poco individuato mediante una scelta in favore di un principio di suddivisione secondo l'*oggetto* (cfr. anche *ibid.*, pg. XVIII). Sul punto torneremo in sede di analisi specifica; si veda comunque già A. FEUERBACH, che fin dal 1797 aveva individuato il senso dell'operazione del Nostro (*Anti-Hobbes*, trad. it., a cura di M. A. CATTANEO, Milano, 1972, *Dedica*), senza però darsi carico della ricerca dei precedenti, del resto da Hufeland stesso già in parte indicati (cfr. Id., *Beyträge*, cit., 2. Stuck, pg. 38).

ständig und erhalten ihre bestimmten Gegenstände, von denen sie etwas aussagen, und für die sie etwas bestimmten, nur durch Begriffe; und zwar müssen die Begriffe, wegen des eben angegebenen Verhältnisses, den Sätzen vorausgehen, beider Arten von Lehren indessen doch schon in der Uebersicht vorkommen ⁽²¹⁹⁾.

Fin qui anche Savigny avrebbe potuto forse sottoscrivere senza difficoltà. Tuttavia Hufeland non si arresta a questa considerazione, e si chiede in che misura il procedimento appena schizzato si lasci realizzare in un *Übersicht* destinato a semplici *Anfänger*: accade allora che non ci si possa riferire a ciascuno dei risultati relativi alla sezione delle Sätze, che sono stati raggiunti dalla giurisprudenza e dalla legislazione perché non tutti sembrano essere dotati della qualità di poter venir definiti al di fuori di ogni controversia: « Aber von *bestrittenen* foll *nicht* die Rede feyn; es ist vieles bestritten worden, was doch *unstreitig* ist, weil keine *vernünftigen* Gründe dagegen anzuführen sind und nur das *unstreitige*, nur dasjenige, was nicht mit Recht controvers heissen kann, foll hier, die Grenzbestimmung hergeben » ⁽²²⁰⁾.

Per quanto riguarda i concetti si tratterà di distinguere una volta per tutte: « ... allgemeine und abgeleitete oder untergeordnete ... Diese Unterscheidung geht indessen durch viele Stufen fort. Es ist leicht zu sagen, dafs man in einer Uebersicht natürlicherweise nur *allgemeine* Begriffe vorzutragen habe » ⁽²²¹⁾.

Se è così stabilito che ci si dovrà limitare naturalmente ai concetti generali non si potrà però evitare di acquisire la consapevolezza della dimensione di arbitrarietà cui in tal modo si va incontro; poiché « non ci si può arrestare tuttavia ai concetti del tutto generali, e le sottoordinazioni delle singole classi si rivelano in realtà

⁽²¹⁹⁾ G. HUFELAND, *Vorrede*, cit., pg. V.

⁽²²⁰⁾ *Ibid.*, pg. X, il testo poteva poi così proseguire: « Aber selbst das wirkliche streitige ist es oft nur bis zu einer gewissen Grenze. *Ueber die Hauptsache ist man einig, und nur die Gültigkeit gewisser Ausdehnungen ist nicht allgemein angenommen.* Bringt man nun fogleich die Bestimmung über die Ausdehnungen in den Satz selbst; so erhält es das Ansehen, als ob die ganze Behauptung zweifelhaft sey. Man darf aber dafür nur im Gegentheil die Ausdehnungen unberührt lassen und den Satz auf das wesentliche desselben einschränken, um ihn unter die nicht streitigen reihen zu können ».

⁽²²¹⁾ *Ibid.*, pgg. V-VI.

sempre progredienti; a un punto tale che quasi ad ogni passo bisognerà domandarsi se non si debba scendere ancor più accentuatamente nel particolare. Non si potrà sfuggire all'evidenza della constatazione, che il 'restare fermi' a questo livello deve contenere sempre qualcosa di arbitrario (dass das Stehenbleiben hier immer etwas willkürliches behalten müsse) » (222).

Non a caso Hufeland tende a distinguersi sotto questo profilo dai wolfiani e preannuncia già le prese di posizione che verranno successivamente sostenute nel suo ultimo scritto sul 'peculiare spirito del diritto romano', che lo avvicinerà per certi versi ad Hugo. Mentre infatti nel campo delle proposizioni giuridiche può essere rinvenuta una regola che dia sufficienti assicurazioni, una volta che si trascelgano secondo il principio della loro 'non-controvertibilità' e ci si riferisca « *bloss auf die Grundsätze* », l'eredità thomasiana si fa sentire per quanto riguarda la dottrina del ruolo dei concetti. Per Hufeland proprio la tesi che appariva pacifica ad un Nettelbladt o ad un Savigny si dimostra come miraggio lontano. È infatti fuori discussione che il giurista non possa (purtroppo) attenersi a questo proposito il più da vicino possibile ai concetti determinati dal legislatore; il tentativo di seguire la via che le leggi stesse percorrono « *auf genetische Treue* » è impraticabile: « *Nur mufs mann alle diese Erörterungen blofs aus die Grundsätze beziehen. Bey der Aufstellung und Entwicklung der Begriffe sich auf etwas anerkanntes und unbezweifeltes einschränken zu wollen, wäre Thorheit. Einen solchen Entschlufs könnte nur völlige Unkunde des eigentlichen wissenschaftlichen Zustandes der Rechtsgelehrsamkeit erzeugen. Die Begriffe sind meistens von den Gesetzgebern nicht bestimmt; und wären sie es auch, so würde man doch eben so wenig verbunden feyn, sie anzunehmen. Wir haben sie aus der Hand der Rechtsgelehrten* » (223).

Quel tentativo costituirebbe certo, come s'è detto, anche agli occhi del nostro kantiano la via più naturale (224): ma è proprio a questo punto che ci è dato invece di cogliere in profondità il senso della « indiretta e nascosta rivoluzione » cui si riferivano le parole

(222) *Ibid.*, pg. VI.

(223) *Ibid.*, pg. XII.

(224) *Ibid.*, pg. XIV.

della *Methodenlehre*. Hufeland vuole infatti, in tesi, che sia costituito, con tutti i mezzi a disposizione, un fronte comune contro « die zwey andre Arten, wie man zu Werke geht »; ed è bene precisare, a scanso di equivoci, che l'indignazione non coinvolge soltanto la procedura con la quale da secoli si era soliti affrontare la questione del sistema — laddove ci si limitava a riprendere un sistema, senza far caso alla sua provenienza, all'epoca del suo sorgere, alla sua scarsa adattabilità al presente, e senza sorverchie remore lo si utilizzava per classificare tutto il materiale esistente ed eterogeneo sulla base di semplici analogie —; ma in maniera altrettanto specifica la ricerca dei moderni di un « neues zweckmässigeres System ». Una ricerca non adeguatamente fondata nella cosa stessa ovvero soprattutto ignara del rapporto di interscambio che una simile costruzione avrebbe necessariamente richiesto: « ... aber wieder nicht in der Sache selbst, aus der es allein hervorgehen konnte. Man brachte es schon fertig, schon a priori zusammengestellt, mit; ohne Unterschied, auch zu solchen Lehren, welche allein aus der Erfahrung und Willkühr hervorgehen mußten. Häufig zeigten sich an diesem zum voraus ausgeführten Gerüste noch Spuren der Unkunde *logischer Erfordernisse, der Unbekanntschaft mit andern Wissenschaften*, und mit dem wesentlichen Unterschiede der Natur verschiedner Kenntnisse »⁽²²⁵⁾.

Tuttavia Hufeland — in una tonalità assai disincantata e non senza delusione, data la sua evidente preferenza per il « Gefühl des Rechts und der Billigkeit » peculiare al solo legislatore, al punto che spesso la scienza non riesce a chiarirselo, — ritiene che le scarse eccezioni nelle quali *casualmente* « *das System nicht in Wege stand* », non abbiano potuto migliorare lo stato della giurisprudenza nel suo complesso; per lui, di conseguenza, la teoria e la pratica dell'uso dei concetti perdono completamente il riferimento alla concettualizzazione legale: « Diese seltnern Ausnahmen verbessern indessen den Zustand der Jurisprudenz im Ganzen nicht. Die mancherley Gattungen und Arten der Bearbeitung bringen in alles, was blofs wissenschaftlich ist, häufige Abweichungen und Widersprüche; und diesen zufolge ware es sehr thöricht, bey Be-griffen auf lauter allgemein angenommenen Bestimmungen bestehen

(225) *Ibid.*, pg. XV.

zu wollen. Es ist hier völlig hinlanglich, wenn der Begriff deutlich un fonlt so bestimmt ist, dafs man die nachher daraus zu beziehenden Sätze unter dieser Vorausfetzung desselben gelten lassen muss ».

In rigore quindi è necessario che l'astrazione prescinda *momentaneamente* dalla diversità storica delle fonti: bisognerà che essa faccia invece perno sul diritto *attuale* escludendo dal suo orizzonte « tutto quanto non sia più *realmente* vigente ». Nessuno più di me — conclude Hufeland, auspicando di non essere frainteso nel senso di venire incluso tra i fautori della *superfluità* scientifica della storia — è convinto dell'impossibilità che la scienza giuridica attuale venga appresa con profonda cognizione di causa senza una sufficiente introspezione: « in dar *was ihr vorhergieng, wie sie entstand, sich abänderte, wie sie von der alten verschieden (ist), und was von ihr seinen Grund in den frühein Zeiten hat*. Hier aber ist nur von einer Einleitung die Rede, die vorher *eine Uebersicht des in der Erkenntnifs zu begründenden gewähren foll, und auf die nachher erst die Darlegung der geschichtlichen und wissenschaftlichen Gründe zweckmäfsig folgen kann* »⁽²²⁶⁾.

Si saranno riconosciute sfumature analoghe a quelle che pochi anni più tardi offrirono il destro alla polemica contro il metodo sincronistico e l'articolazione di studio storico e studio dogmatico che Hugo preferiva, prendendo le mosse da una comprensione *non pratica* della storia giuridica.

La coerenza della reazione del più maturo Savigny è sotto questo profilo assicurata fin da questi anni nell'immediato e radicale attacco al quale viene sottoposta questa che gli sembra la pretesa che possa esistere « una elaborazione completamente libera ed assoluta (*ein ganz absolute Bearbeitung*) della giurisprudenza; una giurisprudenza che proceda soltanto secondo gli *oggetti* senza aver riguardo alla diversità e molteplicità storica delle fonti: così procedendo « tutto il contenuto storico viene a cadere, e a questo *se ne deve sostituire un altro* che è però allora falso »⁽²²⁷⁾.

Savigny non può cioè accettare la postulazione di un rapporto di 'separazione' tra lo statuto delle proposizioni giuridiche e quello

⁽²²⁶⁾ *Ibid.*, pgg. XVI-XVII.

⁽²²⁷⁾ F. C. von SAVIGNY, *Methodenlehre*, cit., pg. 34.

dei concetti per i quali si garantiscano soltanto le *due* condizioni che Hufeland riteneva necessarie, abbandonandoli per il resto all'arbitrio dello scienziato: la « realtà giuridica » fa sì — come s'è visto — che si producano inevitabilmente effetti di ritorno sul sistema. Se si ammettesse allora la correttezza delle prese di posizione di Hufeland, i concetti giuridici diverrebbero idonei a sottrarre il sistema alla sua funzione esclusivamente riproduttiva.

Non è quindi un caso se anche nella « *Theorie des Systems* » venga scelta di nuovo una concettualizzazione di Hufeland per mostrare come, astruendo dal materiale storico (*von historischen Stoff*), si sia poi costretti a produrne un altro che potrà anche consistere — quando non ci si rifugi semplicemente nella tradizione dei precedenti giuristi — in una « *blosse Meinung* »: essa farebbe nascere una scienza senza contenuto (*ohne Inhalt*), un semplice *formalismo*.

Nelle *Institutionen* il concetto di *Usucapio* o *Praescriptio* veniva definito come una « *Aufhebung der Rechte durch Zeitverlauf* »: così però — annota Savigny — in un modo inosservato ed impercettibile, ma non per questo meno immediato, emerge all'interno di sistema giuridico un concetto fino ad allora *sconosciuto*, poiché inevitabilmente il rapporto che si viene a stabilire tra questa definizione arbitraria e creativa da un lato e la proposizione che ne consegue dall'altro, si trasmette a tutto il sistema nel suo complesso.

In altre parole si fa luce la proposizione generale ed ulteriore: « nel sistema giuridico si dà una specie di estinzione dei diritti (*eine Art des Aufhebung der Rechte*) mediante il decorso del tempo »⁽²²⁸⁾. La verità è invece che sia il lavoro di enunciazione dei concetti sia la rappresentazione dell'intero nesso delle proposizioni giuridiche non potrà essere altrimenti pensato che come « *durchaus Treu* ».

Quell'ultima operazione — oltre a concernere il rapporto di singoli diritti tra loro e la determinazione di cosa debba esser collegato e di cosa debba invece essere separato (ad es.: diritti reali e diritti di obbligazione) — ha un altro e forse più decisivo compito. Diversamente da quanto sosteneva Leibniz — il quale faceva

⁽²²⁸⁾ *Ibid.*, pg. 38; cfr. G. HUFELAND, *op. cit.*, pgg. 125-127.

bensì uso dello schema regola-eccezione nella sua dottrina dell'applicazione del diritto, ma che a livello di sistema ne affermava invece il superamento ⁽²²⁹⁾ —, Savigny vuole infatti che in ogni singola parte del sistema venga riprodotto *esattamente* il rapporto di regola ed eccezione così come è pensato nella legge medesima; quel rapporto che, proprio perciò, vi giace a fondamento. Una finalità che si rivela ben più difficile della precedente, come dimostra la frequenza con la quale si verifica che proprio quel rapporto venga di solito invertito.

Anche in questo caso al giurista non è lasciato quindi alcun 'spazio di manovra', ed anzi Savigny si affretta a richiamare l'attenzione sull'indubbia insensatezza che spinge lo scienziato a dedicare molta più attenzione ed impegno alla ricerca di una « *natürlicher, leichtere Anordnung* », piuttosto che a quel difficile compito appena descritto: l'ordine naturale è un punto di vista certo giustificato, ma del tutto *subordinato* — va a questo punto annotato quel certo disinteresse che Savigny sembra mostrare per i principi di divisione delle materie —; perdere di vista questa rigorosa gerarchia delle priorità vuol dire soltanto far scaturire dal proprio lavoro « *etwas Ungründliches* » ⁽²³⁰⁾.

Appare forse difficile — una volta che se ne siano accettate le finalità — scorgere delle incongruenze nel discorso senza pause che Savigny sta conducendo; ciò nonostante ci sembra importante a questo punto individuare almeno due peccati di 'omissione' — se c'è consentito battezzarli così —, che assolvono però alla non indifferente funzione 'strutturale' di mantenere aperte altrettante strade, assai diverse da quelle sin qui battute, sulle quali più tardi ci si potrà decisamente incamminare, facendo fare progressi decisivi alla stessa teoria del sistema. Si tratta, per così dire, di prese di conoscenza mancate rispettivamente nei confronti delle concettualizzazioni kantiane, e di alcuni risultati 'contraddittori' acquisiti all'interno della scuola dei giuristi wolfiani.

Volgiamoci per ora al primo caso. In conclusione della sua critica contro i trasgressori alla regola concernente lo sviluppo dei concetti, Savigny spezza una lancia in favore della funzione privi-

⁽²²⁹⁾ Cfr. supra, *sub nota* 115 e 116.

⁽²³⁰⁾ F. C. von SAVIGNY, *Methodenlehre*, cit., pg. 39.

legiata dell'etimologia (ad es.: nel caso della *praescriptio*, l'utilizzazione di *exceptio* invece di *Verjährung* in generale), intesa appunto come mezzo sussidiario per raggiungere una « Treue bei der *Genealogie der Begriffe* in der Gesetzgebung ». Egli sa bene tuttavia che essa si era acquisita presso molti 'moderni' una cattiva fama, « nel momento stesso in cui si cominciano a suddividere tutte le definizioni in nominali e reali, e poi si tralasciano le prime come irrilevanti ». Dopo averci così offerto un'altra prova della sua familiarità con l'orizzonte problematico proprio dei wolfiani, Savigny apporta tuttavia un interessante precisazione, che palesa i suoi intenti difensivi in favore dell'etimologia: quest'ultima non va infatti comunque trascurata perché la prima articolazione della suddistinzione tra le definizioni rappresenta per il giurista consapevole qualcosa di 'barbarico' — in senso storico-letterale.

La definizione nominale presuppone cioè un collegamento del tutto arbitrario dei segni con la cosa designata (*eine ganz willkürliche Verbindung der Zeichen mit der bezeichneten Sache voraussetzt*): soltanto, il conoscitore della *historische Verschiedenheit der Quellen* è ben al corrente che un simile tipo di definizioni in « der gebildeten römischen Gesetzgebung durchaus nicht stattfand »; essa poteva al massimo aver luogo nell'epoca barbarica del diritto canonico ⁽²³¹⁾.

Le definizioni dei giuristi romani sono evidentemente solo definizioni reali, consapevolmente scientifiche.

In tal modo, tra l'altro, Savigny poneva fine drasticamente ad uno dei momenti di maggiore incertezza ed aporicità della dottrina wolfiana del sistema nella sua applicazione alla giurisprudenza. Spinto infatti anche dalla sua specifica rappresentazione del concetto di legge — difficilmente conciliabile senza residui con la *realtà* definitoria richiesta da un « rigoroso metodo dimostrativo » — Wolff aveva avuto modo di arrivare ad una conclusione alquanto sorprendente, pur esprimendola in un contesto occasionale al paragone di quelli che abbiamo sin qui esaminato.

Egli aveva cioè potuto trarre le conseguenze ultime della sua distinzione affermando che il privilegio del diritto positivo rispetto alle *Vernunftwissenschaften* consisteva proprio nel fatto che lo

⁽²³¹⁾ *Ibid.*, pg. 38.

stesso metodo dimostrativo — giustamente definito da Darjes « ordine sistematico in senso stretto »⁽²³²⁾ — non fosse indispensabile o necessario per il giurista, poiché questi poteva pur sempre disporre di leggi scritte⁽²³³⁾.

È allora comprensibile — alla luce dei diversi requisiti richiesti dalle due nozioni di sistema da lui stesso elaborate — che le operazioni sistematiche dal suo allievo Nettelblatt potessero talvolta apparire ai loro critici pericolosamente simili a quanto in conformità alle premesse si sarebbe dovuto denominare pseudosistema: e, ancor più, che il medesimo Nettelblatt ritenesse necessaria una modificazione della logica *unitaria* di stampo wolfiano, sino a renderla suscettibile di accogliere nel suo seno addirittura le dimostrazioni storiche « mediante testimoni-giuristi, in grado di stabilire quali consuetudini germaniche fossero ancora in uso dopo la recezione del diritto romano nei tribunali tedeschi »⁽²³⁴⁾.

Almeno per il diritto romano il sistema poteva rimanere nell'ottica savignyana qualcosa di pienamente legittimato; è bene osservare però che, comunque, sotto un profilo il terreno rimane largamente comune: da questi testi della *Methodenlehre* non risulta infatti, come si sarà rilevato, alcuna differenziazione tra lo statuto delle definizioni e quello dei concetti.

Le cose cambiano fundamentalmente qualche anno dopo. Nel *Beruf* infatti concetti e definizioni non si confondono ormai più, non stanno più sullo stesso piano: le definizioni dei giuristi romani

⁽²³²⁾ J. G. DARJES, *Institutiones iurisprudentiae privatae Romano-Germanicae methodo systematica adornata*, Jena, 1749, Praefatio, fol. 3r.

⁽²³³⁾ C. WOLFF, *Ausführliche Nachricht von seinen eigenen Schriften, die er in deutscher Sprache heraus gegeben*, Frankfurt, 1733³ (Neudruck Hildesheim, 1973), pg. 114; cfr J. SCHRÖDER, *op. cit.*, pg. 139.

⁽²³⁴⁾ D. NETTELBLADT, *Von der Verdiensten des Freyherrn von Wolf um die positive Rechtsgelahrtheit*, cit., pg. 223: « Wie kan also die Logik vollständig heissen, wenn sie nur allein auf die natürlichen Wahrheiten gehet, und kaum der Unterschied Zwischen natürlichen und positiven Wahrheiten erwehnet wird. Eine Logik aber, die wirklich auf beyde Arten von Wahrheiten gehet, ist, so viel mir wenigstens bekannt, noch nicht vorhanden ... Man hat so genannte iuristische Logiken; allein damit ist es nicht ausgerichtet ». Cfr. anche Id., *Unvorgreifliche Gedanken*, cit., pg. 47 ss., 67. Per le critiche accennate nel testo cfr. G. HUGO, *Nettelblatt*, cit., che riporta ma senza dividerla, l'opinione dello storico del diritto Bach (pg. 52).

sono adesso « nella loro gran parte molto imprecise, senza che però abbia minimamente a soffrirne l'acutezza e la sicurezza dei concetti »; questi sì, con sintomatica trasposizione, *Wirkliche Wesen*, enti reali o essenze effettive ⁽²³⁵⁾.

In verità per giungere anticipatamente a questo risultato Savigny avrebbe dovuto forse riflettere sulle medesime sezioni della dottrina trascendentale del metodo nel suo uso dogmatico sulle quali pure Hugo lavorava: Kant nel tentativo di separare nettamente tra conoscenza filosofica e conoscenza matematica — l'una conoscenza razionale fondata su concetti, l'altra conoscenza razionale fondata sulla costruzione dei concetti (,o come dirà in altro luogo, capaci di definizioni che fanno il concetto stesso) — aveva in fatto dato grande importanza all'idea di *Anschauung* ⁽²³⁶⁾, ed era altresì giunto a distinguere abbastanza chiaramente il concetto dalla sua definizione, grazie ai dubbi sollevati sull'omnicomprensività e generale applicabilità della logica di tipo matematico — o, a dir meglio, sulla stessa esistenza di *un* solo tipo di logica buono a tutti gli usi. A qual punto le distinzioni kantiane fossero dotate di un potenziale atto a colpire anche il lettore più restio, ce lo può indicare ancora una volta Gustav Hugo. Egli, che pur si mostrò sempre ritroso a seguire Kant su terreni suscettibili di sfociare in conclusioni non ortodossamente illuministe — e certamente il concetto di *Anschauung*, pur mantenuto in confini rigorosi dal suo autore, doveva sembrargli per lo meno sospetto —, dà conto tuttavia nella sua *Methodenlehre* della netta ' opposizione ' che esiste tra un *allgemeiner Begriffe* e l'« *Anschauung*, von welcher er *auch wohl* abstrahirt seyn kann » ⁽²³⁷⁾.

Sia come sia, la via sulla quale Savigny si sarebbe dovuto incamminare per giungere finalmente alle affermazioni contenute nel *Beruf*, appare ormai chiara ai nostri occhi: ancor più chiara si paleserà in seguito, quando addirittura, forse in modo un po' sorprendente — ma non senza una sua coerenza logica, se si pensa

⁽²³⁵⁾ Vedi M. BRETONE, *Il « Beruf » e la ricerca del tempo ' classico '*, cit., pg. 212, del quale ho utilizzato anche la traduzione.

⁽²³⁶⁾ Cfr. D. NÖRR, *Savignys Anschauung*, cit., pg. 622, che però non prende mai in considerazione Hugo, valutato forse come fonte ' arida ' in proposito.

⁽²³⁷⁾ G. HUGO, *PEfJ*, pgg. 25-26; cfr. *ibid.*, pg. 37.

alla *Entgegensetzung* di cui parlava Hugo, prudentemente non portandola a conseguenze —, il Nostro giungerà persino ad evitare il termine *Begriff*, sostituendolo con l'altro.

Una via che doveva in sostanza consistere necessariamente nel progressivo capovolgimento del giudizio positivo che aveva dato — contro l'opinione che si avviava a divenire dominante — su quella articolazione che egli voleva espressamente venire ancora riconosciuta come prima articolazione del concetto di sistema: « Sie werden ohnehin nicht versäumen, von gründlicher Darstellung des historischen Buchstabens auszugehen. Das gewöhnlichste und *schlimmste* ist eigentlich das, was zwischen Geist und Buchstaben in der Mitte liegt, *das individuelle logische Medium*, wodurch gerade *jeder Lehrer* die Sache zu bannen und zu beherrschen sucht, *d.h. die Definitionen und Distinctionen, worauf dann übermässiges Gewicht gelegt wird*, welche mit demselben *Anspruch auf Unbeweglichkeit* vorgetragen werden, wie wahrhaft historische Objecte, ohne doch selbst einen historischen Boden zu haben, welcher diesen Anspruch rechtfertigte »⁽²³⁸⁾.

Il sistema viene così tendenzialmente attratto nell'orbita della nozione di *Geist*; ormai sappiamo dal tenore della lettera di Puchta che Savigny non oserà tuttavia mai identificare i due concetti. Ché, anzi, la vita giuridica dell'idea di Anschauung sarà vita breve. La sua espunzione dall'ambito giuridico comincerà sulle orme della medesima dottrina puchtiana, che facendo proprio il severo verdetto hegeliano (es ist gegen diese Flachheit die flache Erinnerung nötig, das durch das Anschauen keine Wissenschaft zustande komme, sondern allein *durchs Denken*) restituirà di nuovo lo scettro alla produttività del *Begriff*: ma questa è un'altra storia⁽²³⁹⁾.

⁽²³⁸⁾ A. VAHLEN, *Savigny und Unterholzner. Vierundzwanzig Briefe F. K. von Savigny aus dem Nachlass von K. A. D. Unterholzner* (Abh. d. Press. Akad. d. Wiss., 1941, Phil.-hist. Kl.), Berlin, 1941, pg. 26 (*An Unterholzner*, 24 März 1812). Su questo testo ha meritoriamente attirato l'attenzione M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 388.

⁽²³⁹⁾ G. W. F. HEGEL, *Wissenschaft der Logik*, II, in ID., *Werkausgabe*, Bd., 6, hrsg von E. MOLDENHAUER, U. K. M. MICHEL, F.a.M. 1983, pg. 535.

Il rapporto Hegel-Puchta è a tutt'oggi uno dei campi meno indagati della storia giuridica del secolo diciannovesimo; il migliore studio, forse una

Anche la seconda ‘omissione’ savignyana annunzia comunque una futura diversa evoluzione che troverà il suo coronamento nel System nel 1840; pur se stavolta si tratti di un futuro ‘dogmatico’.

Benché infatti sia ben lungi dalle nostre intenzioni l’idea di sollevare dubbi sulla bontà od anche solo sulla perspicuità dell’esempio trascelto da Savigny per visualizzare la sua avversione nei confronti di coloro che, introducendo definizioni creative, « lavorano infedelmente » non ci possiamo esimere dal prendere nota di quella che ci pare per lo meno una certa quale implicita singolarità della scelta — ovviamente in quanto scelta topica pur sempre in sé e per sé insindacabile.

Il fatto è che essa sembra guidata da una razionalità che vorremmo definire intermedia, rispetto agli scopi medesimi che Savigny si proponeva: la scelta ‘esemplare’ della *Verjährung* è quella di un ‘dogma’, di un istituto sicuramente presente nelle fonti. Hufeland astrae dal materiale storico e forgia un nuovo concetto la cui ‘falsità’ è immediatamente riscontrabile, in sé e nelle sue conseguenze.

Così procedendo Savigny sembra, impercettibilmente, ma *a fortiori*, non voler neppure prendere in considerazione la praticabilità dell’introduzione — operata sin dal principio — di un concetto completamente nuovo.

Ci spieghiamo meglio; il contesto del giurista kantiano formulava, ad avviso di Savigny, una nuova forma generale di *resolutio* — per usare la terminologia propria di Hufeland — di un diritto; ma nella sistematica delle *Institutionen* questa forma assumeva in ogni caso il senso di un rinvio alla *Allgemeiner Theil* nella parte che concerneva la modificazione dei diritti, e precisamente allo specifico paragrafo relativo agli *Arten von Rechtsveränderung*: tra gli *allgemeine Begriffe* che Hufeland definiva direttamente mediante la connessione con il paragrafo in questione vi era, non ca-

delle cose migliori in assoluto del suo autore, è rappresentato ancora da W. SCHÖNFELD, *Puchta und Hegel*, pgg. 1-62, in K. LARENZ, E. MAYER, M. WUNDT (hrsg.), *Rechtsidee und Staatsgedanke. Festgabe für Julius Binder*, Berlin, 1930. A quest’altra storia ci dedicheremo ampiamente nel corso della ‘parte speciale’.

sualmente, quello di *Rechtsgeschäft*, di sicuro non reperibile, almeno *sic et simpliciter*, nelle fonti romane⁽²⁴⁰⁾.

Ne dobbiamo forse dedurre che Savigny riteneva l'operare con tali concetti — per i quali si rivelava certo applicabile la valutazione secondo cui ogni loro determinazione « *geht in den Rechtssatz über* » — fosse una forma accettabile di percorso a ritroso « *auf genetische Treue* », sulla via che le leggi stessi percorrono?

Il tenore dei testi fa propendere la bilancia per la negativa.

Certo, all'epoca in cui Hufeland scriveva, non si poteva più affermare di trovarsi di fronte ad un concetto completamente 'nuovo' od inusitato. Tuttavia, come è stato giustamente sottolineato, la storia di termini come quali *Rechtinstitut*, *Rechtsverhältnis*, e appunto *negozio giuridico* è ancora largamente da indagare⁽²⁴¹⁾.

Il rinvio usuale — già fin da ora ci permetteremmo comunque di sostenere che esso meriti almeno in parte una rettifica⁽²⁴²⁾ — ci riporta, ma non sono parole nostre, e le lasciamo valutare al lettore, all'epoca più sterile del giusnaturalismo tedesco, all'arido scolasticismo dell'indirizzo wolfiano: anzi, a farla breve, la paternità viene attribuita direttamente al Nettelblatt⁽²⁴³⁾. In conformità ai fini che attualmente perseguiamo possiamo comunque ritenerci soddisfatti di questo scarso accenno: ci interessa infatti un aspetto che non necessita di un ulteriore ed esaustiva ricerca di precedenti. Resta piuttosto da sottoporre all'attenzione del lettore un semplice elemento informativo, che si mostra però già in grado di rimodellare la scolorita immagine liquidatoria di cui per scrupolo si diceva: Nettelblatt non poteva difatti riferirsi immediatamente al

⁽²⁴⁰⁾ Cfr. G. HUFELAND, *Institutionen*, cit., pgg. 23-26; « Eine Handlung, wodurch Rechte verändert werden (§ 56), heisst ein *Rechtsgeschäft* (negotium) e al ricordato paragrafo: « Die Hauptveränderung von Rechten sind 1) Erwerbung 2) Verlust (... eines Rechts ist Trennung eines Rechts von einem Subject) ».

⁽²⁴¹⁾ Si veda giustamente in questo senso R. GMÜR, *Rechtswirkungsdenken*, cit., pg. 212, nota 91.

⁽²⁴²⁾ Cfr. soltanto G. L. BOEHMER, *Systematis juris civilis Fragmenta*, cit., pg. 56; nonché il testo di Cramer citato *infra*, sub nota 252, pg. 933.

⁽²⁴³⁾ Le parole citate nel testo sono di A. PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico*, Torino, 1934, pg. 77.

suo maestro Wolff, il quale dal canto suo non dava mostra di conoscere la nozione di negozio giuridico, ma si limitava a servirsi delle espressioni *Handlung* e *actus*, ed in una maniera, inoltre, — è questo quello che più importa — non coerentemente sistematica⁽²⁴⁴⁾.

Si potrebbe semmai a questo punto accennare — come a troppo trascurato precedente — alla tripartizione proposta da Leibniz e che ci è ormai nota per la sua ben maggiore consapevolezza della dimensione sistematica innovatrice.

Tuttavia non di questo volevamo per ora trattare: l'aspetto che si menzionava è piuttosto maggiormente collegabile all'impressione globale che dell'operare nettelbladtiano ebbero i contemporanei.

È bensì vero che le più violente reazioni negative si verificarono in occasione delle sue proposte di riforma universitaria, avvertite spesso come troppo innovatrici: non è un caso che su di esse, più che sulle singole proposte dogmatiche si appunti l'attenzione di Hugo. Resta però il fatto che nell'autocomprensione del nostro autore tutto il lavoro della sua vita doveva ritenersi inteso al raggiungimento di un 'ordine giusto' per l'intero ambito della scienza giuridica, proprio al fine di esercitare il più profondo miglioramento possibile della configurazione dello studio universitario.

Il caso del negozio giuridico ci si svela adesso lentamente davanti agli occhi come particolarmente illuminante appunto se lo si sottragga per un momento alla storia interna dell'istituto, per porlo invece in rapporto — forse con un inaspettato rovesciamento — al contesto problematico dal quale, per intendersi, emergevano le stesse considerazioni savignyane.

Ci sentiamo cioè di affermare che in non molti casi Nettelbladt si sia rivelato infedele alle regole da lui stesso poste in tema di formazione di nuovi concetti: regole impregnate di una sostanziale ortodossia wolfiana. Il caso del negozio giuridico rappresenta invece oggettivamente una di queste eccezioni: né potrà dirsi mera coincidenza che all'emergere in campo privatistico del concetto di

(244) Si veda in proposito S. SCHLOSSMANN, *Willenserklärung und Rechtsgeschäft*, in *Festgabe der Kieler Juristen-Fakultät ihrem hochverehrten Senior Dr. Albert Hänel dargebracht zum fünfzigjährigen Doktor-Jubileum am 28 Dezember 1907*, Kiel und Leipzig, 1907, pg. 51, nota 1.

negozio faccia riscontro specularmente la scoperta della connessa nozione di atto processuale⁽²⁴⁵⁾.

Sotto questo profilo Savigny avrebbe senz'altro potuto annoverare anche Nettelbladt fra i rivoluzionari — indiretti e nascosti, accecati dalla « forma del sistema » — in armi contro la legislazione: che non l'abbia fatto è comunque significativa testimonianza e degli interessi scarsamente propensi all'innovazione dogmatica del periodo 1802/3 ed altresì segnale in controluce di una possibile futura ' conversione '. A scanso di equivoci bisogna premettere alle nostre attuali brevi riflessioni una delucidazione che si rivelerà utile anche in sede di più specifica analisi storico-istituzionale. Non si dovrà cioè restar sorpresi se le espressioni *negotium* (*Geschäft*) e *actus* (*Handlung*) vengano usate in forma assai spesso interscambiabile: che poi nel successivo sviluppo si sia affermata la dizione negozio (giuridico) per il diritto privato ed invece atto (processuale) per la dottrina processualistica non corrisponde perciò ad una intima necessità scaturente ' al cento per cento ' dalle premesse storiche e dalle testimonianze dei giuristi considerate nella loro globalità: il contrario sarebbe forse stato con altrettanta probabilità ipotizzabile.

Nel *Systema elementare universae iurisprudentiae positivae* del 1749 Nettelbladt fa fare la prova d'esordio al nuovo concetto: « Actus iuridicus dicitur qui jura et obligationes concernit »⁽²⁴⁶⁾. Gli viene persino dedicato un intero titolo — il quinto del primo tomo — una testimonianza di più del fatto che egli è in qualche modo cosciente del ruolo di cerniera svolto dalla nuova dottrina tra legge e sfera pertinente (anche) agli *Untertanen*, com'è indubbiamente ribadito dalla successiva equiparazione in dignità che si riscontra nel titolo undecimo: *de collisione legum et actum iuridicorum*⁽²⁴⁷⁾. In questa sezione non è comunque ancora attestata esplicitamente la nozione di *negotium* che apparirà per parte sua — ne vedremo il perché — soltanto nel tomo terzo. A Nettelbladt

(245) K. W. NÖRR, *Naturrecht und Zivilprozess. Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozessrecht während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert*, Tübingen, 1976, pg. 18 ss.

(246) D. NETTELBLADT, *Systema elementare* (1749), cit., pg. 83.

(247) *Ibidem*, pg. 104 ss.: « In repugnantia actuum iuridicorum et legum, vincunt semper actus iuridici » (pg. 107).

pare invece mancare completamente un'altra consapevolezza: ovvero che il concetto, il termine tecnico in questione, non corrisponde affatto — o non corrisponde necessariamente — ai requisiti da lui medesimo postulati nel tracciare i limiti naturali all'arbitrio del giurista.

Egli non si dà pena di mostrare in alcun modo che la 'cosa', l'oggetto 'atto giuridico', meriti di venir distinto dagli altri, od anche soltanto lo possa; che, oltre a tutto, una volta operata questa distinzione, essa si riveli anche idonea ad un *uso pratico*. Una volta appurata l'esistenza di queste condizioni, il suo compito non sarebbe ancora stato portato a termine, perché restava da sincerarsi della circostanza che gli oggetti in questione non avessero, ciononostante, già ricevuto dalla legislazione o dalle scuole un altro nome specifico: solo allora, come si ricorderà, al giurista è concessa infatti « die Freiheit ein neues geschicktes Kunstwort zu *erfinden* ».

Il Nostro avrebbe potuto forse rispondere che a rigore non si trattava di un concetto nuovo, perché almeno un giurista prima di lui l'aveva effettivamente usato. Ma una difesa di questo genere si sarebbe molto presto palesata labile ed in fondo ben misera. La definizione offerta da Nettelbladt appare certo a prima vista poco entusiasmante nella sua ampiezza e nell'assenza di qualche coloritura specifica: è tuttavia proprio il momento in cui essa viene immessa nel sistema giuridico insieme a quell'« accoppiamento » con l'aggettivo giuridico, che decide della novità dell'intrapresa, trasformando la parola sino allora passata inosservata, ed elevandola improvvisamente al rango di concetto giuridico⁽²⁴⁸⁾.

È, in termini forse più eleganti, l'*indole generale* che la nozione di atto giuridico acquisisce, fa sua, a renderlo un concetto nuovo.

Nettelbladt aveva tuttavia a disposizione un'arma veramente affilata per sottrarsi a questa critica (congetturale, ma non troppo)

⁽²⁴⁸⁾ Cfr. S. SCHLOSSMANN, *loc. cit.*, pg. 56, nonché A. PERNICE, *Rechtsgeschäft und Rechtsordnung*, in *Grünbut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, VII (1880), pg. 466 ss. Pochi *excursus* storici sono invece contenuti nel volume collettaneo a cura di C. SALVI, *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Milano, 1978, e tutti non si spingono per la Germania al di là di Savigny; esso si rivela però utilissimo sul piano metodologico.

d'interna incoerenza con le premesse ed effettivamente, soprattutto in questa prima fase, in parte vi riesce.

Quest'arma consisteva nel richiamo effettuato in sede di teoria del concetto all'*usus practicus*.

In realtà se si colloca sotto la lente di ingrandimento il suscitato titolo quinto si può restare alquanto delusi. Si tratta in sostanza di due smilze paginette, che non contengono, al di là della definizione, null'altro se non la suddivisione in atti leciti ed illeciti e validi ed invalidi, ed inoltre brevi accenni alla *solemnitas*, alla forma e alla tripartizione in *substantialia, naturalia e accidentalia*.

In una parola si avverte, a tacer d'altro, la mancanza dell'introduzione nel *genus* del concetto di dichiarazione di volontà visto come sua espressione privilegiata.

La spiegazione va ricercata appunto nel tomo terzo, significativamente dedicato alla *iurisprudentia positiva practica*; e più esattamente nella sua prima parte, la *iurisprudentia positiva practica extraiudicialis* ⁽²⁴⁹⁾. Ed è lo stesso Nettelbladt ad offerircela, in una sede che manifesta palesemente che il fulcro del suo interesse in proposito costituiva un riflesso della sua medesima ansia di riforma dell'ordinamento degli studi universitari: « Der erste Haupttheil der Vorlesungen über die aussergerichtliche practische Rechtsgelahrtheit müsste demnach von denen strittigen Geschäften handeln: und zwar *erstlich* von solchen die Privatgeschäfte sind. Ich verstehe aber unter den *Privatgeschäften* solche, welche die Rechte und Verbindlichkeiten der *Untertanen unter sich* betreffen, dergleichen Testamente, Schenkungen, Kauf, Pacht, Wechsel, etc. sind ».

Dopo aver affermato che non gli pareva necessario fornire un « dettagliato elenco » di tutti questi negozi perché di essi e dell'ordine in cui dovevano essere collocati aveva già trattato apposi-

⁽²⁴⁹⁾ D. NETTELBLADT, *Systema elementare* (1749), cit., pg. 842 ss.: « Absoluta iurisprudentia theoretica, iam sequitur iurisprudentia practica, quae continet veritates de modo secundum quam negotia, quae iura et obligationes concernunt, sunt peragenda, quaeque, prout vel negotia in iudicio non peragenda, vel negotia in iudicio peragenda, respicit in extraiudicalem et iudicalem abit.... » (§ 1).

Cfr. anche ID., *Abhandlung von der practischen Rechtsgelahrtheit überhaupt, deren Theilen, Quellen und Hülfsmittel wie auch der Art und Weise dieselbe zu lehren und zu lernen*, Halle, 1764, pg. 8 ss., 19 ss.

tamente nei paragrafi dal primo al centoduesimo del terzo tomo del suo manuale, Nettelblatt poteva così proseguire: « Diese Lehren nun müssten in solchen Vorlesungen weitläufig ausgeführt, und zu dem Ende ein richtiges Lehrbuch verfertigt werden; da mir wenigstens noch keines bewusst welches dazu geschickt, dass es bey diesen Vorlesungen könnte zum Grunde gelegt Werden. In einen solchen Lehrbuche müsste *jedes Geschäfte richtig erklärt werden*. Darauf müsste *von denen Personen welche dabey zu gebrauchen; deren Eigenschaften; und was sie dabey zu thun haben, gehandelt werden*. Est müssten ferner die brauchbahrsten Cautelen bey jedem *Geschäfte angegeben werden*. Und da auch bey denen meisten aussergerichtlichen Geschäften schriftliche Aufsätze vorkommen pflegen: so müsste auch hiezu hinreichende Anleitung gegeben werden »⁽²⁵⁰⁾.

Non è allora causale che la nozione di negozio giuridico emerga qui per la prima volta⁽²⁵¹⁾; a Nettelblatt premeva soprattutto l'enumerazione di ogni negozio extragiudiziale, e la sistematica gli appariva — dato lo scarso livello raggiunto dalla sua riflessione metateorica — soprattutto un mezzo idoneo al raggiungimento di un ordine giusto della proposizione accademico-pratica della dottrina: la *sedes materiae* si rivela in tal modo indizio determinante.

L'asserita esistenza di una utilizzabilità pratica del concetto gli poteva sembrare tanto assorbente da far degradare gli altri due re-

⁽²⁵⁰⁾ D. NETTELBLADT, *Politische Vorschläge*, 1750, cit., pgg. 44-45 (della prima edizione, che corrispondono alle pgg. 34-35 del testo contenuto nella già citata *Sammlung*).

⁽²⁵¹⁾ « Dicuntur vero negotia quae iura et obligationes concernunt actus iuridici, qui etiam dicuntur causae, quae, si controversum ipsum negotium, vel ius et obligatio ex eodem, causae litigiosae, si non, causae non litigiosae, dicuntur » (*Systema elementare*, cit., pg. 183). Il negozio giuridico come denominazione destinata ad affermarsi nasce quindi non nella parte generale dedicata inizialmente soltanto agli atti giuridici, ma all'interno della sezione speciale dedicata alla giurisprudenza pratica.

Non è del tutto esatto Schlossman (*loc. cit.*, pg. 57) laddove sembra indurre comunque l'impressione che fin dalla prima edizione Nettelblatt introduca la dichiarazione di volontà come species tra gli atti giuridici nella parte generale; è tuttavia probabile ch'egli abbia consultato esclusivamente la seconda edizione del 1762.

quisiti — ch  di essi non   mai parola — nella condizione di questioni vicine all'irrelevanza.

Non   allora di nuovo un caso — e ci scusiamo della monotonia — se le cose cominciano a cambiare attorno agli anni '60: una data di pubblicazione assume ai nostri occhi un'importanza paradigmatica.

Lasciamo inoltre giudicare al lettore se si tratti di una semplice coincidenza che il primo autore ad avere sentore a livello non gi  esclusivamente dogmatico, ma dichiaratamente dottrinale della sostanza del problema, risponda al nome di Cramer: il fautore della collocazione della nozione di sistema sul piano dell'*ars inveniendi*.

Il titolo della non amplissima *Observatio* ci sembra talmente esplicito nella sua coincisione da esimerci in questa sede da ogni ulteriore riflessione; Cramer infatti non poteva titolare meglio che proponendo il quesito in tutta la sua pregnanza: *de genuina actuum iuridicorum indole generali* ⁽²⁵²⁾.

Una 'morale'   tuttavia possibile estrarre dalla vicenda a brevi linee tratteggiata. E precisamente una conferma della lungimiranza dello sguardo savignano: nella realt  delle cose — anche in quella che egli non seppe o non volle prendere in considerazione — era scritto che la linea di evoluzione del sistema si sarebbe potuta trasformare (talvolta contro le premesse metodologiche, come in questo caso) in una sorta di tacita ma difficilmente dominabile *rivolta contro la legislazione*.

Una volta constatata la fragilit  delle dighe faticosamente approntate nel 1802, non gli sarebbe rimasta altra strada che quella di prendere la testa di un movimento al quale egli era inizialmente estraneo e che non era riuscito a frenare: ma questa volta lo far  con strumenti idonei alla bisogna.

E saranno strumenti che non intraprenderanno mai le difficili vie architettoniche della 'disciplina' o del sistema scettico-critico tanto caro ad un Hugo. Il Sistema si avvier  a diventare, allora, 'veramente' nuovo.

⁽²⁵²⁾ J. U. CRAMER, *Observationum juris universi...*, tomus tertius, Ulmae, 1763, pgg. 931-936.



INDICE

	<i>pag.</i>
PREFAZIONE	IX
INTRODUZIONE	1

PARTE PRIMA

LA SCIENZA DEL DIRITTO ROMANO ATTUALE: PROLEGOMENI AD OGNI FUTURO SISTEMA

PREMESSA

DAL 'SUDDITO' AL 'BORGHESE' L'EMERSIONE DEL SOGGETTO 'PRIVATO' TRA STATO CIVILE E SOCIETA'

1. Il 'civilista' di fronte alle categorie sociali	53
2. L'individuo sotto il segno della 'felicità'	58
3. 'Suddito' e 'borghese' come soggetti privati	66

CAPITOLO PRIMO

IL SISTEMA DEL DIRITTO ROMANO ATTUALE E IL PROBLEMA DELL'«USO ODIERNO DELLE PANDETTE» NEL TARDO *USUS MODERNUS*

1. Puchta contro Savigny?	91
2. Notazioni minime intorno a « <i>usus modernus Pandectarum</i> »	98
3. Il problema dell'«uso odierno del diritto romano» per un romanista 'liberale'	108

CAPITOLO SECONDO
LA 'SCIENZA' DEL DIRITTO ROMANO

	<i>pag.</i>
1. Dibattiti per una 'sistemologia'	143
2. Per una scienza 'pura' del diritto: diritto romano e diritto privato generale	152

CAPITOLO TERZO
IL SISTEMA DELLA 'STORIA'
LA SCUOLA DI GOTTINGA TRA SISTEMA
E STORIA DEL DIRITTO ROMANO

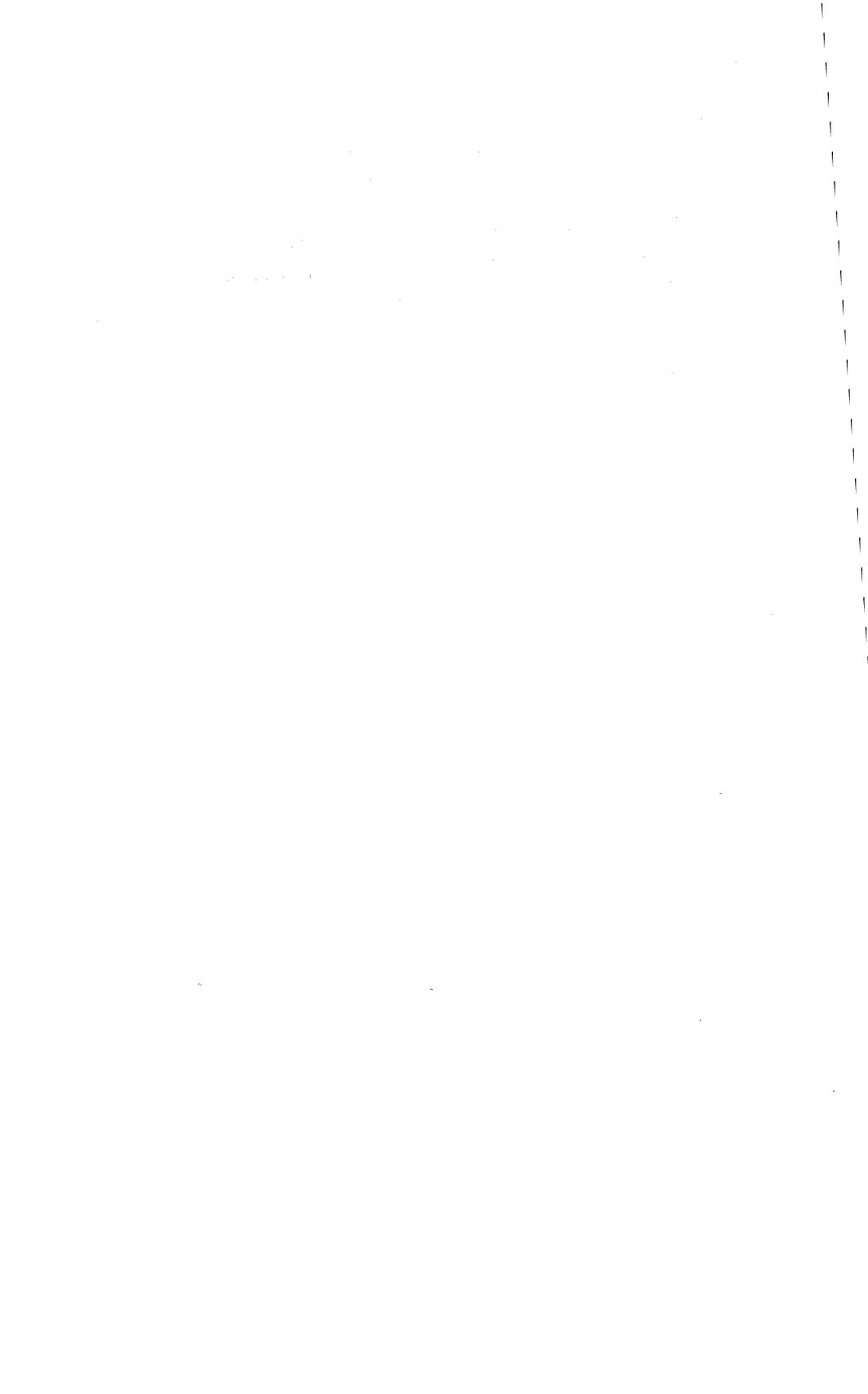
1. La scienza giuridica e i suoi 'gradi' di scientificità	175
2. Un trapianto singolare: dalla scienza dello Stato alla scienza del diritto 'privato'	194
3. Alle origini della storia del diritto	212
4. Sincronia e diacronia nell'analisi storico-giuridica	239
5. 'Istituto' e 'sistema': una dialettica metodologica	261

CAPITOLO QUARTO
PER UN'INTROSPEZIONE
DEL 'MODERNO' DIRITTO ROMANO ATTUALE:
IL « CIVILISTISCHER CURSUS »
TRA ENCICLOPEDIA E METODO DIMOSTRATIVO

1. Un denominatore comune: 'Cursus Politicus', 'Kirchengeschichte' e 'Corso civilistico'	325
2. Dal sistema monoreferenziale al sistema 'discorsivo'	351
3. Lo 'Spirito' di Halle nella scuola gottinghese	359
4. Enciclopedia, sistema giuridico e giurisprudenza	366
5. Storia e metodo dimostrativo: una 'evitabile' contraddizione?	383
6. Il modello wolfiano e la sua crisi	427

CAPITOLO QUINTO
NOVUM SYSTEMA

	<i>pag.</i>
1. La resistibile ascesa di un sistema 'produttivo'	509
2. A mo' di conclusione: dal sisteme réglé ad una Architettonica 'civilistica'	550



UNIVERSITÀ DI FIRENZE
CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8° p. 1200

Vol. 13 (1984) 8°, p. 782

Vol. 14 (1985) 8°, (in preparazione)

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO

Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972

Atti, a cura di Paolo Grossi

(1973), 8°, p. 484

2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS

Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna

(1974), 8°, p. 399

3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO

Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico

Vol. I: Da Hobbes a Bentham

(1974), 8°, p. XIII-414

4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO

(1976), 8°, p. 169

- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656

ERRATA

CORRIGE

Pag.	rigo		
118, n. 60	5	intuito rei	sed intuito <i>rei</i>
118, n. 60	10	praestatione consti- tuisse videatur	praestationem constituise videntur
124	5	manschliche	menschliche
127, n. 91	13	congedi	cogendi
127 (428	16 16)	rationcinatur	ratiocinatur
144, n. 4	7	<i>bus zur Höhe</i>	<i>bis zur Höhe</i>
149	20	stesso stesso	stesso tempo
162	12	traducendo	traducendolo
162, n. 57	8	criminatione	criminationem
170	5	einen	einem
179	7	<i>wissenschaftliche</i>	<i>wissenschaftlichen</i>
184	8	verscheiden	verschieden
187	5	non contenga	contenga
230	31	öffentliche	öffentlichen
243	31	exsequamur	exsequemur
244	6	più che una	più che in una
262	2	weggelassen	weglassen
264, n. 268 (281	20 10)	neuren	neueren
265, n. 268	23	entschiedenen	entschieden
266, n. 268	24	<i>abgeschliessen</i>	<i>abgeschliffen</i>
269, n. 271	18	leger	legere
321, n. 340	36	imm hier	hier
362	23	ministero	ministro

Pag.	rigo		
362, n. 100	6	selbts antiëss, weil es	selbst anstiess, weil er
375, n. 139	5	<i>Praecognitae</i>	<i>Praecognita</i>
377	12	<i>rationes status</i> , ed est	<i>rationis status</i> , id est
380	21	e praxin	et praxin
384	25	ratiocinatione	demonstrationem
412, n. 217	8	casi	capi
419, n. 228	2	Leges	Legis
419	4	cuius	cuivis
420	8	completur	completum
422	6	'proporre'	'produrre'
422	9	dalla	sia dalla
424	27	iidem	si iidem
424	29	interpretatione	interpretationem
424	30	deprehendet	deprehendent
428	21	afferentur	afferuntur
428	29	quovis	quivis
433	2	Vorhergehenden	Vorhergehenden
433	11	precisa	pretesa
433, n. 256	1	<i>Vertheilugung</i>	<i>Vertheidigung</i>
434	9	mathematischer	mathematische
446	10-11	iustum iussum actiones sua	istum iussum actiones suas
466	1	principio	principium
467	6	'hypothesi'	'hypothesis'
483	31	labore rerum industria	labore ac industria
486	5	praejudicio	praejudicium
486, n. 347	2	consequentur	consequenter
489, n. 352	1	della letteratura della più parte	della più parte della letteratura
491, n. 353	7	che il già noto	che per il già noto
501, n. 360	24	du philosophic	du philosophie

Pag.	rigo		
506, n. 364	25	<i>Belechtung</i>	<i>Beleuchtung</i>
509	6	rimanere	a rimanere
525, n. 34	7	le	se
533, n. 47	10	cangemens	changemens
533, n. 47	11	que	ce
534	12	libres	livres
(537	31)		
540, n. 60	2	veritatem	veritatum
546	3	foudroit	faudroit
548	7	continentur	contineantur
549	23	<i>mixitione</i>	<i>mixtione</i>
553, n. 85	7	collocenture	collocentur
561	6	<i>inuria</i>	<i>injuria</i>
582, n. 156	6	<i>Unterbeilskraft</i>	<i>Urtheilskraft</i>
588	21	en	es
598, n. 189	21	in personarum	in personam
619	2	un fonlt	und sonst
619	13	dar	das
619	15	frühein	frühern
619	29	ein	eine
620	27	des	der
624	11	capaci	capace
625	7	venire	vedere
627, n. 240	3	Hauptveränderung	Hauptveränderungen
629, n. 245	2	<i>währden</i>	<i>während</i>
632	10	<i>Est</i>	<i>Es</i>

Avvertenza:

A motivo dell'antica grafia settecentesca, a partire dalla pagina 552 accade talora, in contesti peraltro non equivoci, che la esse venga espressa con f (ad es.: mufs per muss).

Preghiamo il cortese lettore di voler scusare l'inconveniente tecnico non in tutto conforme all'originaria intenzione.