

per la storia  
del pensiero  
giuridico  
moderno

19

PAOLO CAPPELLINI

**SYSTEMA  
IURIS**

II

*DAL SISTEMA  
ALLA TEORIA GENERALE*

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 DICIANNOVESIMO

*Per la storia del pensiero giuridico moderno*

19

---

PAOLO CAPPELLINI

# SYSTEMA IURIS

II

*DAL SISTEMA ALLA TEORIA GENERALE*



*Milano-Giuffrè Editore*

ISBN 88-14-00594-X

© Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), sono riservati per tutti i Paesi.

---

(1985) Tipografia MORI & C. S.p.A. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

a I. A.



Die wahre Gestalt, in welcher die Wahrheit existiert, *kann allein das wissenschaftliche System derselben sein.*

(G. W. F. HEGEL, *System der Wissenschaft, Erster Theil, die Phänomenologie des Geistes*, 1807).

Il Sistemático ha un *duplice* compito. L'uno consiste nella classificazione, nell'individuazione e nella realizzazione di una norma di suddivisione. L'altro è la comprensione delle parti nella loro interna connessione, ovvero sia non semplicemente come parti, ma bensì in qualità di articolazioni di un vivente, organico tutto. Si comprende da sé che queste attività non sono separate tra loro... *Quell'attività è dunque di fatto unica, un'attività all'interno della quale quei due momenti esistono in sé come indivisi.*

(G. F. PUCHTA, *Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme*, 1829).

Das System des Rechts ist demnach ein System der Rechtssätze und Rechtsnormen, ein *System der Ordnung*... Das System des Rechts ist demnach ein *System der Rechtsverhältnisse und der aus ihnen entstammenden Rechtssätze.* (J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 1868).

Il compito della 'Parte Generale' verrà allora ad essere quello di strappare la maschera che ora qua, ora là deturpa e nasconde i veri tratti del diritto ed impedisce che la sua identità possa emergere nel campo della nostra scienza. (A. MERKEL, *Ueber das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur « positiven » Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben*, 1874).



## PREMESSA

*Nel momento stesso nel quale ci accingiamo a prender congedo dalla seconda e conclusiva sezione della nostra ricerca, non sarà tutto sommato inutile soffermarsi ancora su di essa, in un rapido sguardo retrospettivo.*

*Con queste minime notazioni vogliamo assolvere difatti ad un 'debito' che avvertiamo prima di tutto nei confronti di chi si accosti ora per la prima volta alla 'zona discorsiva' fissata dai lemmi 'systema iuris' e 'teoria generale'; accostamento che si rivelerebbe, d'altro canto, assolutamente legittimo, vista la 'relativa' autonomia di cui noi per primi abbiamo creduto di doverla dotare.*

*Non ci sentiremmo tuttavia di escluderne la rilevanza neppure per il caso del lettore che ha voluto sin qui seguirci con una pazienza forse superiore ai nostri meriti, proprio a motivo della loro non episodica funzionalità.*

*Annotazioni, per l'appunto, chiamate a segnare per grandi linee il senso dell'attuale itinerario: più volte nel corso del precedente volume ci era capitato di battezzare quella che ora si presenta all'attenzione come 'parte speciale', prendendo con evidenza a prestito un'immagine legata alla stessa dialettica di 'generalizzazione' e 'Besonderung' messa in opera dal pensiero sistematico.*

*In che senso, allora, 'parte speciale'? Intanto quel lettore che ha acquisito un po' di familiarità con la nostra pagina già sa che il primo saggio collocava il suo oggetto 'sistema' a prevalenza nell'inoltrato Settecento tedesco; non sarebbe apparso quindi ingiustificato attendersi adesso una prosecuzione quasi intieramente centrata sull'Ottocento, e, pertanto, negare al contempo valore esplicativo alla ipotesi della 'specialità'.*

Ora, non è dubbio che la lotta per il sistema assume i suoi tratti forse più vivi proprio nello scorcio storico ottocentesco, e che di questo spazio vorremmo qui soprattutto dar conto: accanto ai nomi degli Hugo, degli Zachariae, dei Nettelbladt, dei Wolff o dei Leibniz, subentreranno o assurgeranno definitivamente alle luci della ribalta quelli dei Pandettisti 'classici' — dai Thibaut e dai Mühlenbruch ai vari Savigny, Puchta, Bruns, Vangerow o Windscheid, per non citare che alcune voci particolarmente significative del coro. Ci permettiamo tuttavia di segnalare che la prospettiva della cronologia — in ultima analisi troppo spesso rigidamente evoluzionistica — non ci è sembrata la più corretta, o, per dir meglio, l'unica corretta: il nostro obbiettivo era ed è rimasto, sotto questo profilo, diverso. La storia del filone di pensiero sistematico ci si è infatti presentata come capitolo non secondario della storia della cultura ed anche della tecnica dei giuristi.

Nelle pagine che hanno preceduto ci siamo dedicati ad esaminare la genesi del nostro tema soprattutto in termini di cultura giuridica e di rapporto tra questa e le altre dimensioni culturali. Non è certamente nostra intenzione tracciare alcuna assurda linea divisoria fra cultura e tecnica; la seconda è momento e, di più, espressione della prima, ed un tale tipo d'indagine non sarà quindi in nessun modo rinnegato, ma anzi valorizzato e approfondito.

Si tratta però, a questo punto, di 'doppiare', per dir così, il cammino sinora percorso, al fine di interrogare sempre più nel concreto i singoli personaggi del nostro 'giuridico dramma'; o, se lo si preferisce, di sottolineare vieppiù — per sottrarsi definitivamente alla tentazione di collocare il sistema sulla sua testa — la sfera di autonomia che alla tecnica compete, al di sotto e all'interno del problema del rapporto con le più diverse prospettive culturali, in quanto strumento di comunicazione tra giuristi, come cifra specifica di interpretazione della (loro) realtà.

È bene sottolineare tuttavia che non si tratta semplicemente di una divisione del lavoro, che prende le mosse da ovvi canoni di 'economia' empirica, rivolta magari a dominare un campo d'indagine indubbiamente irto di difficoltà, nei riguardi del quale anche la nostra ricerca nella sua globalità potrà valere semmai, se-

condo l'antico linguaggio settecentesco, a 'dissertatio inauguralis'.

Non di questo si tratta: la distinzione ci è piuttosto imposta dallo stesso ritmo oggettivo della storia del problema.

Addentrarsi a delineare gli sviluppi ottocenteschi significa infatti sempre più allontanarsi da una coscienza critico-metodologica della questione, che non rifuggiva dal collocarla sullo sfondo delle più generali concezioni della scienza e della logica: siamo dinanzi ad una vera e propria 'fuga dalla metodologia' e dalle logiche tradizionali, che celebra il suo trionfo nei granitici monumenti della manualistica di una 'Pandektenwissenschaft' ormai giunta al suo apogeo.

In una parola il giurista afferma sempre più la sua specifica peculiarità ed il consolidarsi della nozione di sistema in senso idealistico gli impone come compito imprescindibile la fondazione tecnica di un sistema, più che la riflessione metateorica sulla sua generale nozione. La vicenda del giovane Savigny, inizialmente affascinato dalle possibilità offertegli dal linguaggio logico della tradizione, e poi, nella fase della sua maturità, via via più distaccato e deluso, sta là a dimostrarlo: un'immagine che si è già stagliata ai nostri occhi, ma che ci pare assumere adesso valore paradigmatico. La giurisprudenza cessa in sostanza di essere un modo della logica generale: se si vogliono ricostruire le sue movenze si deve allora verificarne attentamente le singole costruzioni; si deve sorprenderne la nuova logica 'tipologica' e 'per fattispecie' nella 'scoperta' definitiva del grande dualismo *ius publicum/ius privatum* o nelle progettazioni della 'pars generalis' con i suoi peculiari 'dogmi'.

È la logica tecnica del concreto, degli istituti che bisogna ora, con bisturi delicatissimo, restituire nelle sue sottili nervature.

Non ci sentiamo di tediare oltre chi ci ha sin qui seguito ed al quale ovviamente spetterà come sempre giudicare della realizzazione dei programmi per solito contenuti in simili premesse o prefazioni. Va tuttavia da sé che il progetto di cui si discorre implica almeno in un punto il tentativo di discostarsi in modo non superficiale dalla storiografia corrente in materia.

Benché infatti 'Sistema del diritto romano attuale' — fino alla sua dissoluzione ad opera della 'teoria generale' — ci sia apparsa sin dall'inizio la formula più felice per descrivere l'oggetto

*del quale tentiamo di fare la storia, è essa medesima che esige un deciso abbandono delle tradizionali impostazioni ' savignyano-centriche '.*

*Parlavamo di coralità di testimonianze. Ma forse dovevamo dir meglio; è l'oggetto stesso che cerchiamo di cristallizzare che è per sua natura ' corale '.*

*La testimonianza di ciascun giurista, fosse pure dei più significativi, non potrà allora che essere considerata una voce del coro.*

*Forse soltanto con un simile incremento di complessità analitica, non scevro d'altro canto dai rischi che sempre un *i g n o t u m* può presentare, ci sarà consentito di avviare a soluzione il quesito: il diritto - un sistema? \**

PAOLO CAPPELLINI

---

\* Anche in questo caso ci corre l'obbligo di ricordare che non avremmo potuto condurre a termine la nostra fatica senza molteplici e generosi aiuti da più parti ricevuti. Ci sembra pertanto doveroso darne un minimo conto, ferma restando la nostra gratitudine a coloro che avemmo già occasione di ricordare in precedenza.

Vorremmo in primo luogo ringraziare la Direzione ed il personale tutto della Niedersächsische Staats- und Universitätsbibliothek di Gottinga per l'insostituibile appoggio fornitoci; un analogo ringraziamento rivolgiamo alle Direzioni ed al personale delle Biblioteche di Heidelberg, Tübingen, München, Marburg, Bonn e Kiel.

Più di un ringraziamento dobbiamo inoltre alla Dr. Maximiliane Kriebbaum della Università di Monaco, al Sig. Lutz Krosien, al prof. I Deug Su nonché al Prof. Antonio Manuel Hespanha per la loro varia opera di ausilio e di sostegno.

Nel concludere questa ricerca il nostro pensiero — ma non soltanto quello — è rivolto per un caldo ' grazie ' al Prof. Paolo Grossi, che con paziente incoraggiamento ci è sempre stato accanto, anche e soprattutto nei non pochi momenti difficili.

PARTE SECONDA

**LA LOTTA PER IL SISTEMA**



## CAPITOLO PRIMO

### SEPARATO SYSTEMATE

#### LO 'IUS ROMANUM HODIERNUM' AL TRAMONTO?

1. L'anomalia gottinghese: Gustav Hugo tra un'inimicizia di 'vecchia data' ed un diritto romano 'peculiare'. — 2. Prolegomeni ad una 'depoliticizzazione' del diritto comune: a) Per un sistema 'gerarchico'; b) Un attacco al criterio materiale dell'applicazione 'immediata'. — 3. Verso gli anni '50: a) È possibile una Pandettistica 'pratica'? b) La 'negazione' di Carl Georg von Wächter; c) Fermenti hegeliani e critica alla tradizione in Lorenz von Stein, Friedrich Julius Stahl e Georg Bruns.

1. Sistema come rivolta contro la legislazione. Questa una delle risultanze con le quali si chiudeva la nostra precedente indagine.

Ma la rivolta medesima conservava, se possibile, valenze ancor più sorprendenti. Essa arrivava cioè a coinvolgere aspetti a tutta prima estranei al suo stesso concetto, sino a proporsi addirittura in qualità di una rivolta 'inavvertita': una rivolta che smentiva le stesse premesse metodologiche dalle quali i giuristi, per una sorta d'illusione collettiva, *credevano* di prendere le mosse. Eterogenesi dei fini e molto concrete funzioni riproduttive del ceto sembravano confondersi a formare un quadro unitario, anche se non del tutto omogeneo.

La critica *selettiva* che il giovane Savigny veniva di fatto ad esercitare in prima linea contro i giuristi che all'epoca si ponevano all'avanguardia del movimento di rinnovamento sistematico, non poteva celare a lungo il suo carattere tecnicamente 'conservatore'. In realtà la condizione di *Aufhalter* che il giovane giurista si era scelto reclamava un diverso tipo di strumenti per poter essere condotta a termine con qualche successo; non foss'altro perché la stessa *koinè* logico-giuridica wolfiana, nella cui sfera d'influenza egli appariva ancora in buona misura avviluppato, dava più di un

segno di essere a sua volta percorsa da sottili fermenti e da altrettanto sottili contraddizioni.

Che l'inconsequenza metodologica sia un po' il segno sotto il quale è possibile collocare questa fase della costruzione del sistema ce lo dimostra — seppur dal lato concretamente positivo e non solo dal punto di vista critico — una vicenda che sta alle origini del fortunatissimo *sistema Hugo-Heise*, che come è ben noto si avvierà a divenire poi il sistema delle Pandette e della Pandettistica per antonomasia.

È una vicenda che in molte sue sfaccettature si è fin qui sottratta all'attenzione degli storici, forse a motivo dell'eterogeneità culturale che sembra contraddistinguere — e quindi irrimediabilmente dividere — i suoi protagonisti.

Intendiamo non a caso alludere al più celebre rappresentante di quella scuola wolfiana di cui si discorreva; dall'altro lato il ruolo di protagonista viene invece assunto, una volta di più, da Gustav Hugo. L'irrimediabilità del contrasto si proporrà al termine delle nostre considerazioni non meno evidente, certo; ma il rapporto tra questi due autori, Nettelbladt ed appunto Hugo, che sono sempre valse nella corrente letteratura a 'nemici di vecchia data', risulterà assai meno piano — come assai meno piano si paleserà tutto il complesso dei rapporti attinenti alla configurazione di un *sistema* del diritto romano attuale — di quanto noi si sia finora ritenuto.

Una inconsequenza rispetto alle premesse ortodossamente wolfiane che erano in definitiva avverse all'introduzione di nuovi concetti giuridici all'interno del sistema — un sistema che doveva invece adempiere ad una funzione largamente riproduttiva della legislazione vigente — Nettelbladt era costretto ad evocarla, seppur copertamente, proprio in occasione della definizione di concetti dogmatici chiave per tutto lo sviluppo successivo, primo tra tutti quello di *negotium iuridicum*.

Ma il procedimento seguito nell'individuazione di categorie come il negozio giuridico o l'atto processuale non è certamente l'unico momento nel quale Nettelbladt aveva agito — o, a dir meglio, sentiva la necessità — di distaccarsi da una pedissequa osservanza di premesse metodologiche che potessero dirsi strettamente wolfiane. Valga al proposito un altro esempio.

È senz'altro vero, infatti, che la maggior parte delle sue opere latamente assegnabili alla sfera enciclopedica furono composte successivamente alla prima edizione del *Versuch* pütteriano: tuttavia, come ormai sappiamo, il suo primo tentativo è a questo precedente (1).

Né si può affermare che egli avesse una visione completamente chiara « von dem Wesen einer Encyclopädie ». Invano vi si cercherebbe, infatti, la consapevolezza pütteriana — quale emerge soprattutto nella seconda edizione del suo lavoro —, che l'enciclopedia incarni essa stessa la *scienza* che è chiamata al difficile compito *regolativo* di sviluppare il nesso che collega le diverse scienze come parti di un tutto, « wie in einem Stammbaume, nach ihren genauesten Verwandtschaften und Abstammungen » (2).

(1) Cfr. J. N. WENING, *Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, Landshut, 1821, pg. 29, nota 34.

(2) J. S. PUTTER, *Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie*, Göttingen, 1767, pg. 3. Si tratta in realtà di una citazione tratta da un volume di un autore del quale anche Kant terrà conto, J. G. SULZER, *Kurzer Begriff aller Wissenschaften und andern Theile der Gelehrsamkeit*, Leipzig, 1759, pg. 6, che si ispirava palesemente per il suo concetto all'immagine di Enciclopedia peculiare agli enciclopedisti francesi. L'orbita intellettuale nella quale questo autore — se si vuole indubbiamente minore — era stato attratto, quella del circolo lavateriano, è descritta con vividi tratti ancora da Goethe (*Aus meinem Leben. Wahrheit und Dichtung. Dritter theil, 14. Buch*, pgg. 157-183, in *Goethe's Werke, Neunzehnter Band*, Berlin, 1879<sup>8</sup>). Per ulteriori informazioni sul personaggio si rinvia a L. MARINO, *I Maestri della Germania. Göttingen 1770-1820*, pg. 133, nota 15, nonché e soprattutto alla ampia letteratura riportata da H. L. STOLTENBERG, *Geschichte der deutschen Gruppwissenschaft (Soziologie) mit besonderer Beachtung ihres Wortschatzes, 1. Theil*, Leipzig, 1937, pg. 267, con particolare riferimento alle teorie concernenti il rinnovamento della dottrina del « seelisches Vermögen », e destinate poi a giungere sino alla globale revisione kantiana.

Sul punto si rinvia a quanto diremo più avanti in relazione alla polemica di Hugo contro la concezione sistematica dell'« eretico » kantiano Reinhold. Qui ci preme invece proseguire nell'analisi del testo di Sulzer riportato da Pütter: il passo in questione si apriva con la constatazione della difficoltà, e forse della impossibilità di giungere a rappresentare le diverse parti dell'intera scienza « in einem natürlichen und *keinem Zwange unterworfenen Zusammenhange* », appunto secondo l'immagine di albero della scienza tanto cara al cuore degli autori dell'*Encyclopédie*.

Proprio a partire da questa difficoltà — e facendo specifico richiamo

Tanto più completa ed esatta si rivela una enciclopedia — può così proseguire il maestro gottinghese — tanto maggiormente po-

---

alle otto classi nelle quali Sulzer suddivideva lo scibile umano (1. Filologia, 2. Storia, 3. Arti, 4. Matematica, 5. Fisica, 6. Filosofia, 7. Diritti, 8. Teologia) — appare possibile instaurare una dialettica tra Enciclopedia generale e *besondere Encyclopädieen*, tra le quali ultime sarà dunque pensabile « auch die juristische oder Rechts-Encyclopädie ». Il passaggio non appare di poco momento perché permette di stabilire una gradazione di perfezione mediante la quale la colleganza delle parti e la sua completezza possano accostarsi alla perfezione sistematica, che è quindi vista come solo tendenziale. I requisiti che consentono di misurarla sono determinati da Pütter in modo estremamente netto a seconda che l'Enciclopedia in questione possa assicurare la finalità « dass man I) mehrere mit einander verbundene Wissenschaften als **E:in Ganzes** übersehen lernt, und dass man II) das Verhältniss, worinn eine Wissenschaft zur andern stehet, insonderheit die eigentliche **Grenzen**, welche eine jede von der andern absondern, näher kennen lernt. Wovon noch der weitere Vortheil abhänget, dass man III) gesichert seyn kann, dass der Theil der Gelehrsamkeit, welchem man sich widmet, *keine Lücken* habe, und dass IV) ein jeder Theil in der *Ordnung abgehandelt* werde, in welcher er am natürlichsten andern folget oder vorhergeheth » (J. S. PÜTTER, *loc. cit.*, pgg. 3-4).

In realtà la disposizione *alfabetica* delle discipline, che costituiva il gradino più basso, ma imprescindibile, sgretolava — sia a livello di Enciclopedia generale che sul piano delle Enciclopedie speciali — l'ordinamento sistematico del sapere come si era cristallizzato nelle precedenti opere 'semplicemente' sistematiche, riducendolo ad una molteplicità di conoscenze da collegare di nuovo tra di loro in virtù di una *combinatoria*, le cui radici sono a noi ben note.

Ma un altro sviluppo era implicito nell'esigenza che abbiamo appena visto avanzare: l'*ordine enciclopedico* al quale adesso viene assegnata la funzione di stabilire le possibili serie di concatenazioni delle scienze era spinto, non da ultimo in forza della tradizione leibniziana che lo informava (cfr. anche *Systema iuris I*, pg. 517 ss, e vedi altresì Y. BELAVAL, *Note sur Diderot et Leibniz*, in *Revue des sciences humaines*, 1963, pgg. 435-451), ad assumere il criterio logico-metodologico del punto di vista. Orbene, una tale assunzione conduceva in ultima analisi alla tendenziale rinuncia ad un sistema autosufficiente delle conoscenze e comportava il graduale abbandono dell'idea secondo la quale l'ordine e l'armonia della natura medesima potessero costituire il fondamento ontologico del sapere.

Su tutto il complesso problematico si rivela da ultimo insostituibile W. TEGA, *Arbor scientiarum. Enciclopedia e sistemi in Francia da Diderot a Comte*, Bologna, 1984.

trà contribuire a far sì che « die Verbindung, die mehre Wissenschaften unter einander haben, *entwickelt* wird »<sup>(3)</sup>.

È questo ideale che nel 1789 Tafinger, riferendosi all'*Encyclopedie* reitemeriana, riconoscerà con tratti inequivocabilmente significativi: « Sein Plan war es sichtbar und auch der meine soll es sein, *d'Alemberts Idee von Encyclopädie auf unsere Rechtswissenschaft anzuwenden* »<sup>(4)</sup>.

(3) J. S. PÜTTER, *loc. cit.*, pg. 2.

(4) W. G. TAFINGER, *Encyclopädie und Geschichte der Rechte in Teutschland*, Erlangen, 1789, Vorrede, pgg. 5-6.

Varrà la pena di ribadire qui la portata della postulazione implicita nell'esortazione che abbiamo appena udito risuonare, viste soprattutto le ben diverse vie che la scienza giuridica avrà la ventura di percorrere di lì a poco, nel suo itinerario ottocentesco.

Il richiamo a D'Alembert acquisisce senza ombra di dubbio uno spessore ben caratterizzato: l'unità della natura ed il perfetto concatenamento delle scienze devono difatti con lui fare i conti rispetto alla effettiva realtà della storia concreta della ragione e a tutte le sue discontinuità; esse appaiono non altro che ipotesi limite ormai non più dimostrabili. Fin dal *Discours* — giusta la convergenza delle nozioni 'astronomiche' e 'prospettive' di sistema — si era lucidamente consapevoli che per cogliere l'universo come fatto unico, come una sola grande verità, sarebbe stato necessario poterlo abbracciare da un unico punto di vista, che tuttavia doveva ormai ritenersi dato solo in via di ipotesi (cfr. P. CASINI, *D'Alembert epistemologo*, in *Rivista Critica di storia della filosofia*, 1964, pg. 42 ss.). In tal modo il primato della conoscenza deduttivistica di wolfiana memoria veniva accantonato, almeno altrettanto decisamente di quanto lo poteva essere implicitamente quello di una concezione monista, non portata a distinguere tra oggetto e soggetto del conoscere medesimo. L'ordine naturale è quindi per D'Alembert diverso dall'ordine enciclopedico: il sistema enciclopedico consiste allora « nel raccogliere [le nostre conoscenze] entro il minimo spazio possibile e nel collocare il filosofo, per così dire, al di sopra di questo vasto labirinto, in un punto di osservazione assai elevato, donde egli possa abbracciare tutte insieme le principali arti e scienze ... e talvolta perfino intravedere le vie segrete che le pongono in comunicazione tra loro. È una specie di mappamondo che deve mostrare i principali paesi, la loro posizione e mutua dipendenza, la strada in linea retta che li unisce; strada spesso interrotta da mille ostacoli, i quali all'interno di ciascun paese possono essere conosciuti soltanto dagli abitanti o dai viaggiatori, ma che non si potrebbero porre in evidenza se non su carte particolari di piccola scala. Tali carte particolari saranno i vari articoli dell'Enciclopedia, e l'albero, o *Système figuré*, sarà il mappamondo ».

Ma la metafora cartografica rimanda dal canto suo ad una altrettanto

Nulla di tutto ciò in Nettelbladt, certo: eppure anche a lui deve essere attribuito un merito non indifferente, e proprio nel settore nel quale meno ci si sarebbe attesi un'innovazione da un wolfiano: l'ambito storico-giuridico. Già fin dal 1749, seppur in forma rudimentale, è possibile accertare senza ombra di dubbio che egli ritenesse necessario realizzare nel campo di un'enciclopedia del diritto positivo un collegamento con la storia giuridica esterna, che acquisterà più tardi nel sistema della *propedeutica* un ordine ed un carattere ancor più accentuatamente *sincronistico* <sup>(5)</sup>.

Le sue benemerenzze si arrestano ovviamente qui, né poteva essere diversamente. A buon diritto Hugo dovrà rimproverargli la sua « äusserste Gleichgiltigkeit gegen alle gelehrten Untersuchungen » e la superficialità delle conoscenze linguistico-filologiche e storiche — un difetto del resto riconosciuto dallo stesso Nettelbladt —; superficialità e mancanza di gusto che riaffiora in modo inconfondibile in certe partizioni della stessa *Propedeutica*, come quella nelle due sezioni rispettivamente intitolate *de iure antedi-*

precisa 'ragione grafica' sottostante (su di essa vedi *infra* nel testo; ci sia inoltre consentito sin d'ora rimandare per ciò che concernente il *sistema figurato* alle visualizzazioni che saranno contenute nelle appendici): allo stesso modo che nelle carte del globo gli oggetti sono più o meno ravvicinati o presentano aspetti diversi, a seconda della prospettiva che viene scelta nel disegnare la carta, così pure la forma dell'*arbor* enciclopedico dipenderà dal punto di vista specifico che sarà trascelto per esaminare l'universo libresco-letterario. Cfr. sul punto le fini osservazioni di H. BLUMENBERG, *Die Lesbarkeit der Welt* (1981), trad. it., Bologna, 1984, pg. 159 ss.

A D'Alembert appare quindi solare conclusione proprio una *Auffassung* che andrà, forse non del tutto casualmente, quasi completamente smarrita per la giurisprudenza ottocentesca, che in modo altrettanto coerente abbandonerà gli itinerari grafico-sistematici: « Si possono dunque immaginare tanti diversi sistemi della conoscenza umana, quanti sono i mappamondi che si possono costruire secondo differenti proiezioni; e ciascuno di tali sistemi potrà avere persino, ad esclusione di altri, qualche particolare vantaggio » (*Discours préliminaire*, in *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, par une société de Gens de lettres (mis en ordre et publié par M. Diderot et quant à la partie mathématique, par M. D'Alembert), Paris, 1751-1765, qui citato secondo la trad. it. parziale a cura di P. CASINI, Bari, 1968, pgg. 38-39). Si veda ancora W. TEGA, *Arbor scientiarum*, cit., pg. 298 ss.

<sup>(5)</sup> J. N. WENING, *loc. cit.*, pg. 30.

*luviano* e *de iure postdiluviano*, od anche della sua storia letteraria <sup>(6)</sup>.

In avvio del nostro attuale discorso ci preme tuttavia un altro ordine di considerazioni. Dovremo in ogni caso limitarci ad una serie di brevi annotazioni dato che si tratterà di due temi i quali verranno molto naturalmente a 'collidere' con l'analisi più specificatamente dogmatica del cosiddetto sistema Hugo-Heise; anche rispetto a quest'ultimo si potrà però acquisire qualche nuovo e non irrilevante dato.

Proprio una più attenta considerazione del rapporto Hugo-Nettelblatt offre allora l'occasione di contribuire a dissipare un duplice equivoco. Innanzitutto, come già si accennava, che quel rapporto possa essere descritto solo nei termini negativi della ripulsa; e, inoltre, che il momento dell'attualità del diritto romano — il punto cioè laddove anche le convergenze col Nettelblatt 'accettato' venivano a cadere — rappresenti un argomento di totale convergenza tra le proposte hugiana e savignyana. Si dimentica infatti troppo spesso — o non lo si è rilevato — che Hugo si proponeva in tutta serietà una « valutazione imparziale » dei lavori dell'allievo di Cramer. Qualcuno potrebbe obiettare che i motivi per i quali egli si sentiva qualificato ad un compito che appare già di per sé interessante — nessun senso avrebbe altrimenti avuto 'rendere giustizia' ad un autore di cui si fosse ritenuta solo l'irrelevanza scientifica —, sono pure espressamente adottati: ovvero che « *ich ihm persönlich nichts vorzuwerfen und nichts zu danken habe* ». Ma se si arrestasse a questo punto la citazione si farebbe torto alla verità, e Hugo mostra infatti un soprassalto di equanimità: « *... oder doch äusserst wenig und auf jeder Seite gleich wenig —, und dass ich zwar bei einem seiner heftigsten Gegner, aber auch bei mehrern seiner Freunde Collegien gehört habe. In einigen seiner unterscheidenden Meinungen stimme ich zu sehr mit ihm überein, um gegen ihn, in andern zu sehr mit seinen Gegnern, um für ihn Partheyisch zu scheinen* » <sup>(7)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> G. HUGO, *Daniel Nettelblatt. Bemerkungen über seinen litterarischen Charakter*, in *Civilistisches Magazin*, II (1797), pg. 6, 31 nota \*\*, e 37.

<sup>(7)</sup> *Ibid.*, pg. 5-6.

Senza questa premessa si resterebbe altrimenti stupiti o delusi nelle attese riposte sui giudizi del Gottinghese.

Il lettore odierno può solo con grande difficoltà 'riattualizzare' la virulenza dei toni con i quali nel tardo settecento tedesco ogni minimo tentativo di riforma del metodo giuridico poteva essere misurato e sempre liquidato senza appello come « etwas *viel gefährlicheres* und *viel grösseres*, als der gewöhnliche Begriff des Worts mit sich bringt ». Anche il nostro Nettelbladt, il quale non appena iniziata la sua carriera accademica « cominciò subito, invece di seguire la struttura abituale del corso di lezioni, ad imitare quel Wolff che già prima aveva così prepotentemente acceso il suo entusiasmo, e dunque a riformare nel Metodo », non poteva costituire eccezione o sottrarsi alla 'moda', come Hugo la definiva, ormai corrente tra i giuristi, di collegare in ogni caso valenze radicalmente negative con il *Reformatorstitel* <sup>(8)</sup>.

Si comprende allora come la polemica dovesse divampare inarrestabile proprio in occasione della pubblicazione nel 1750 delle 'proposte politiche per il miglioramento dell'ordinamento delle lezioni giuridiche nelle Scuole Superiori', contenenti a loro volta varianti e correzioni al piano appena abbozzato l'anno precedente nelle *Unvorgreifliche Gedanken* <sup>(9)</sup>.

<sup>(8)</sup> *Ibid.*, pgg. 10-11 e 50 ss.

<sup>(9)</sup> Il titolo originale suona D. NETTELBLADT, *Politische Vorschläge zu der Verbesserung der iuristischen Vorlesungen auf hohen Schulen*, Halle, 1750. Sarà il caso di fornire una precisazione: la rinascita nel tardo XVIII secolo di un termine molto antico, quale quello di 'Scuole superiori' (Hohe Schulen), a designare l'Università diviene comprensibile sullo fondo della fase di riorganizzazione dello Stato territoriale su basi 'razionali'. Il termine rispecchiava infatti — dando anche conto fin dal titolo della prospettiva globale nella quale ricollocare l'intervento del Nostro — l'avversione contro lo 'spirito corporativo' delle università 'gotiche', come anche la distinzione funzionale fra Università, come istituzione didattica, ed Accademica scientifica. Ma è da sottolineare soprattutto che il nome di scuola superiore viene adesso a contraddistinguere la collocazione dell'Università nel quadro, appunto strettamente funzionale a problemi di ristrutturazione 'statuale', dei numerosi piani di articolazione gerarchica delle scuole superiori ed inferiori del territorio. Per queste ed ulteriori informazioni si rinvia a H. DICKERHOF, *Autoconsapevolezza e costituzione delle Università alla luce delle loro denominazioni*, in L. BOEHM, E. RAIMONDI (ed.), *Università*,

In questo caso una simile polemica poteva comunque accampare più di una giustificazione. Nettelbladt infatti — lo stavamo appena annotando — fin dall'anno precedente aveva non solo sferato un duro attacco contro la suddivisione in parti (*Theile*) della *bürgerliche Rechtsgelahrtheit* accolta usualmente nei *compendia iuris* del tempo, ma aveva altresì osato affermare che nei medesimi — e di conseguenza nell'intero corso delle lezioni universitarie — si sarebbe invano andati alla ricerca di una « *richtige Ordnung* » (e dei connessi 'richtige Begriffe')<sup>(10)</sup>.

Poteva così accadere che non tutte le *juristische Wahrheiten* appartenenti alla giurisprudenza civile venissero prese in considerazione, e tra esse principalmente la dottrina relativa alla *definizione giuridica*, l'analogia dei diritti, i problemi scaturenti dalle considerazioni equitative e dall'analisi di quali diritti ed obblighi potessero nascere in seguito a convenzioni o consuetudini di diritto internazionale; per non parlare della teoria delle *Handlungen* extra-processuali e degli *atti processuali*, che tuttavia non seguivano il percorso del processo vero e proprio<sup>(11)</sup>.

Ma non bastava; che nei manuali giuridici la scienza non fosse suddivisa in modo adeguato nelle sue *Theile* non era difficile scorderlo se soltanto si fosse gettata un'occhiata agli specifici *genera* nei quali essi venivano abitualmente distinti: « Questi sono però, come è noto, un *compendium Institutionum*, *Pandectarum*, *Iuris Feudalis*, *Iuris Canonici*, *Iuris Publici* e *praxeos iudiciariae*. Se ora li si considera nella loro globalità, ci si accorgerà immediatamente non solo che in essi non compaiono tutte le verità giuridiche appartenenti alla scienza civilistica — anche se le si voglia considerare esclusivamente sotto il profilo dei primi rudimenti —, ma che nemmeno quei *Gründe* che pur tuttavia si rinven-

---

*Accademie e Società scientifiche in Italia e in Germania dal Cinquecento al Settecento*, Bologna 1981, spec. pgg. 335-336.

L'altro lavoro di Nettelbladt che è da iscrivere nell'ottica appena descritta sono, come si accennava nel testo, le *Unvorgreifliche Gedanken von dem heutigen Zustand der bürgerlichen und natürlichen Rechtsgelahrtheit in Deutschland derer nothigen Verbesserung und dazu dienlichen Mitteln*, Halle, 1749.

<sup>(10)</sup> Cfr. D. NETTELBLADT, *op. ult. cit.*, pg. 16 e 77 ss.

<sup>(11)</sup> *Ibid.*, pg. 10.

gono compaiono in un unico luogo, specifico a ciascuno di loro: in una parola, tutt'al contrario, ogni dottrina viene ripetuta diverse volte ... [Specialmente] la seconda considerazione è di nuovo innegabile. Io voglio tuttavia addurre ancora qualche osservazione a riprova della mia tesi. Che cosa significhi il termine *Ius*, lo si apprende sia dai *compendia Institutionum*, che *Pandectarum*, *Iuris feudalis*, *Canonici* e *Publici*, e viene perciò ripetuto cinque volte senza necessità alcuna. Anche la dottrina « von dem gerichtlichen Process » viene spesso ripetuta. Infatti in quei *compendia Institutionum* alcune sezioni della teoria sono già espressamente trattate; ciò non ostante nei *compendia Pandectarum* ricompare l'intero processo, eppure di nuovo pezzo dopo pezzo nel massimo disordine possibile.

Come se non bastasse nei *compendia iuris canonici* il *processus iudiciarius* viene definito e teorizzato ancora, seppure in qualche modo con una migliore sistematizzazione. Poi, finalmente, viene analizzato, e questa volta completamente *ex instituto*, in quei *compendia praxeos iudicariae*, dei quali si diceva ».

Nettelbladt era anzi convinto di poter dimostrare che nei manuali di Pandette, pur così estesì, si sarebbe tuttavia stati in grado di rinvenire molto poco che, o non si fosse già udito in un'altra lezione, o di cui non si dovesse star sicuri che sarebbe stato successivamente di nuovo trattato. Né gli appariva eccessiva pretesa l'indurre un esperto di diritto ad osservare come grazie alle modificazioni intercorse nella struttura dei corsi, i *criminalia* venissero adesso proposti separatamente nei *compendia iuris criminalis*, ed i *processualia* e *matrimonialia* in buona parte si potessero già trovare nei manuali di diritto canonico. I *compendia praxeos iudicariae* contenevano dal canto loro di nuovo tutta la dottrina del processo.

Non meno complicato si rivelava, in ultima analisi, il rapporto che intercorreva tra il manuale delle Istituzioni e quello delle Pandette.

Per quanto aveva riguardo ai contratti e agli atti di ultima volontà tutto ciò che compariva a livello 'Pandettistico' era per gran parte già acquisito attraverso il primo manuale e veniva pertanto solo meglio esplicitato nel dettaglio. Non molto diversamente stavano le cose in tema di *Ius Personarum*; senza contro

versia possibile una simile teoria era più compiutamente accessibile nei *compendia Institutionum*: e ad un punto tale che alle lezioni sulle Pandette si era costretti a poter fare riferimento quasi esclusivamente per una migliore analisi della dottrina della tutela. In sostanza il rapporto tra Istituzioni e Pandette appariva — paradossalmente — inversamente proporzionale alla loro estensione: le seconde dovevano pertanto far ricorso, per preservare il loro 'privilegio quantitativo' all'interno del *cursus* accademico, alla considerazione prettamente 'difensivistica' che soltanto per loro tramite si potesse avere un'esatta comprensione della dottrina del dominio, e delle connesse sezioni *de servitutibus, de iure pignoris, de possessione* <sup>(12)</sup>.

Per venire incontro alle nuove esigenze emergenti, provvedendo in modo corretto a far evolvere questo stato di cose, il giurista brandeburghese riteneva inevitabile pianificare accuratamente la riforma, tratteggiando un quadro di innovazioni che non consistessero solo — come pure era possibile prevedere — in una sorta di *Verbesserung*, ma pescassero più nel profondo, mediante una esplicita « Weglassung solcher [Vorlesungen], die zeithero gewöhnlich gewesen sind »: e il rilievo del suo critico giurato fa trapelare la imminente, scandalizzata reazione.

Nettelbladt, per parte sua, era di conseguenza perfettamente conscio — nel momento nel quale veniva a schizzare anche visivamente quel piano di riforma — di dover affidare al futuro molti dei mutamenti per i quali sentiva venirsi meno le forze, potendone in realtà intuirne soltanto a tratti il successivo cammino e tutta la decisiva portata storico-progettuale <sup>(13)</sup>:

(12) *Ibid.*, pgg. 13-14.

(13) D. NETTELBLADT, *Politische Vorschläge*, cit., pgg. 112-113.

Per un riscontro con la planimetria della suddivisione sistematica della *Didactica* e poi della *Didactica iuris*, nonché di progettazioni analoghe di giuristi sul tipo di Hufeland, si rimanda fin da ora alle Appendici.

Un minimo accenno merita però almeno il richiamo nettelbladtiano a Iac. Aug. Thuanus, « vir veterum laudibus nihil cessurus, Livius nostri aevi », secondo la parola medesima del Leibniz della *Nova Methodus* (da noi citata in conformità all'edizione contenuta in *Thesaurus iurisprudentiae iuvenilis opuscula, et institutiones celebrium quorundam iurisconsultorum amplectens...*, Tomus primus, Neapoli, 1754, pg. 51): e si sa quanta importanza abbia avuto per il giovane Leibniz la familiarità con Tito Livio. Cfr.

I. *Philosophische und mathematische Vorlesungen*

SEMESTRE

**Aristoteles und Cartesius**

Subsemestre 1.	Vorbericht von der Gelahrtheit überhaupt und die <i>Psychologia empirica</i>
Subsemestre 2.	Die Logik und Metaphysik.
Subsemestre 3.	Die reine Mathematik.
Subsemestre 4.	Die natürliche Rechtsgelahrtheit.

II. *Historische Vorlesungen*

SEMESTRE

**Thuanus und Tacitus**

Subsemestre 1.	Die Universal-Historie.
Subsemestre 2.	Die Staatskenntniss von Europa.
Subsemestre 3.	Die deutsche Reichshistorie.
Subsemestre 4.	Die Staatskenntniss von Teutschland.

III. *Juristische Vorlesungen*

SEMESTRE

	<i>Ulpianus und Paulus</i>	<i>Papinianus und Pomponius</i>	<i>Javolenus und Alfenus</i>
Subsemestre 1.	Die Anfangsgründe der ganzen positiven Rechtsgelahrtheit.	Die geistliche Privat - Rechtsgelahrtheit.	Die aussergerichtliche practische Rechtsgelahrtheit.
Subsemestre 2.	Fortsetzung dieser Vorlesungen.	Die Lehns-Privat-Rechtsgelahrtheit.	Die gerichtliche practische Rechtsgelahrtheit.
Subsemestre 3.	Die allgemeine positive Rechtsgelahrtheit nebst den Pandecten	Die Staatsrechtsgelahrtheit nebst der Privat Rechtsgelahrtheit der illustren Personen	Die juristische Litteratur
Subsemestre 4.	Fortsetzung dieser Vorlesungen	Die europäische Völker - Rechtsgelahrtheit	Das <i>Collegium disputatorium</i> und <i>examinatorium</i>

Evidentemente un'analisi dettagliata di una simile planimetria — della quale non è in ogni caso impossibile apprezzare, con un unico colpo d'occhio, l'influenza 'futuribile' sulla stessa strutturazione di quanto abitualmente siamo soliti definire come sistema — ci condurrebbe lontano; ed in parte — è facile intuirlo — su sentieri che ormai abbiamo battuto, quali quelli della funzione della storia universale, della statistica e della logica nel quadro del rinnovamento delle prospettive giuridico-scientifiche del tardo XVIII secolo.

Vale quindi la pena di concentrare l'attenzione su quei punti che maggiormente dovevano dare esca al fuoco della polemica: una polemica che trovò, non a caso, nel celebre Bach — lo storico del diritto di Lipsia autore, a detta dello stesso Hugo, della migliore storia giuridica esterna del diritto romano esistente<sup>(14)</sup>

---

soltanto Y. BELAVAL, *Leibniz comme historien*, in A. HEINEKAMP (hrsg.), *Leibniz als Geschichtsforscher, Studia Leibnitiana*, Sonderheft 10, Wiesbaden, 1982, pg. 31.

Il richiamo acquisisce rilievo soprattutto per la *sedes materiae*, il paragrafo 40 della *Pars specialis* del lavoro leibniziano; là il Lipsiense chiarisce il senso che acquisisce l'imperativo rivolto al giurista per spronarlo allo studio storico anche della *Historia nostrorum temporum*. Si inganherebbe infatti chi la concepisse esclusivamente in termini di storia dell'epoca presente, senza ulteriori mediazioni. Leibniz se la raffigura invece in termini più ampi proprio perché essa è primieramente ciò che può essere finalizzato alla esplicazione e comprensione dello *ius publicum*: « *Historiam medii aevi ad intelligendum ius feudale sequitur historia hodierna ad intelligendum ius publicum. Hodiernam autem appello, quae proximum et praesens saeculum decimum sextum et decimum septimum complectitur* » (loc. cit.).

Il tema della *salus publica* si staglia quindi ancora al di sotto dei tentativi di riorganizzazione sistematica intrapresi da Nettelbladt. Su tali nessi problematici si può utilmente consultare F. WAGNER, *Die Anfänge der modernen Geschichtswissenschaft im 17. Jahrhundert* (Bayerische Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-Historische Klasse. Sitzungsberichte-Jahrgang 1979, Heft 2), München, 1979, pgg. 2-32.

<sup>(14)</sup> Per notizie e letteratura su Iohannes August Bach ci permettiamo di rimandare al nostro *Systema iuris I*, Milano, 1984, pg. 103, nota 28. La polemica cui Hugo si richiama trasse il suo spunto proprio dalla pubblicazione del secondo dei saggi nettelbladtiani e trovò il suo sbocco più naturale nella recensione che Bach pubblicò sulla rivista (*Unparth. Crit. B. I*, pg. 513 ss.) da lui diretta e, per la parte civilistica, anche da solo portata avanti. Hugo riporta i passi salienti del testo di Bach in appendice al saggio su Nettelbladt; quando citeremo la menzione si intende riferita a quei testi.

— il suo portavoce più deputato. Tanto più bruciante sarà allora suonato all'orecchio dell'incauto riformatore il rimprovero proveniente da un simile pulpito di essersi distaccato con le sue proposte proprio dalla prassi seguita dal suo maestro-filosofo Wolff<sup>(15)</sup>.

Al di là del tema del diritto naturale e delle generali conoscenze preliminari necessarie al giurista, i punti cui si faceva cenno appartengono tutti alla *Juristische Classe*<sup>(16)</sup>, e precisamente alle prime tre sezioni nelle quali il nostro voleva vederla suddivisa: « 1) *Die Anfangsgründe der ganzen positiven Rechtsgelahrtheit*; 2) *die allgemeine positive Rechtsgelahrtheit*; 3) *die Pandecten, das ist die politische Privatrechtsgelahrtheit* »<sup>(17)</sup>.

Sul merito della proposizione di un *collegium* dedicato alle conoscenze preliminari od 'erudite' non c'era da attendersi, specialmente da parte di un Hugo, una critica troppo radicale.

Il Gottinghese si limita infatti semplicemente a prendere nota di una sua posteriore e più limpida separazione tra le '*Allgemeine Vorkenntnisse für die Gelehrsamkeit überhaupt*', e quelle generali *Vorkenntnisse* indirizzate alla '*Jurisprudenz ins besondere*', certo non senza una qualche scoperta ironia nei confronti dell'ingenua assicurazione nettelbladtiana, stando alla quale nelle prime si trovava condensato addirittura « il meglio di quanto sapeva »; un'assicurazione che non si prendeva però la briga di confrontare con la realtà dei fatti, dato che scarsissimo era poi lo spazio concretamente dedicatovi sia a livello di corso di lezioni, sia sul piano dell'elaborazione manualistica. Sotto questo profilo siamo quindi di fronte — per parafrasare le stesse espressioni di Hugo — ad una concordanza 'anche troppo accentuata', e spinta almeno sino al punto di rimproverargli una approssimazione per difetto<sup>(18)</sup>.

In maniera del tutto diversa si presteranno le cose nell'ambito del '*Naturrecht in Rücksicht auf das deutsche positive Recht*'. È, in proposito, fin troppo celebre la constatazione che « un wol-

<sup>(15)</sup> I. A. BACH, *loc. cit.*, pg. 53.

<sup>(16)</sup> N. NETTELBLADT, *Politische Vorschläge*, cit., pg. 102.

<sup>(17)</sup> *Ibid.*, pg. 107.

<sup>(18)</sup> G. HUGO, *Nettelblatt*, cit., pg. 38 e 46.

fiano o nettlebladtiano non si sarebbe potuto mai trovare nel minimo imbarazzo — se appena gli venisse richiesto — non soltanto a dimostrare in diritto naturale (prendendo le mosse da chiare e distinte definizioni) la nuova costituzione francese<sup>(19)</sup>, ma persino la stessa costituzione statutale del Sacro Romano Impero, sul cui procedimento di formazione certamente il *Raisonnement a priori* ha avuto poca influenza »<sup>(20)</sup>.

Fin troppo celebre, si diceva. In realtà non deve infatti venir trascurata una circostanza, che anche in questo caso trova puntuale conferma: le elucubrazioni di Hugo in tema di storia giuridica 'critico-letteraria' non sono mai scovre da secondi fini; sono sempre — in altri e più classici termini — quasi immancabilmente orazioni *pro domo sua*.

L'attacco è allora radicale, ma sarà forse il caso di rilevare come sia portato sull'onda di spunti e riflessioni politico-comparatistiche. Quando la contrapposizione viene accentuata non sono soltanto Nettelbladt ed Hugo che si fronteggiano, ma, rispettivamente, la dimensione statutale brandeburghese e quella hannoveriana.

È in questa prospettiva che Hugo segue con preoccupazione il graduale trasformarsi del diritto naturale da possibile ed auspicabile metafisica del diritto in un'arida sequela « von allen bey uns vorkommenden *Rechtsgeschäften* »<sup>(21)</sup>. La conseguenza naturale di questo tipo di metodo è allora, inevitabilmente, un *restringimento* dell'angolo visuale globale — quello stesso che nel pro-

<sup>(19)</sup> Evidentemente in qualche modo più facile a 'dimostrare' agli occhi di Hugo medesimo, perché esplicitamente promanante, almeno in tesi, da principi razionali.

<sup>(20)</sup> *Ibid.*, pgg. 39-40; cfr. in senso analogo già quanto affermato da Schmauss, pubblicista e predecessore di Hugo a Gottinga anche per quanto aveva riferimento ai suoi interessi enciclopedici; il testo è riportato da Nettelbladt in tono assai 'scandalizzato' negli *Hallische Beyträge zu der Juristischen GelehrtenHistorie*, 2. Stück, Halle, 1754, pg. 234, nota (a).

<sup>(21)</sup> G. Hugo, *loc. ult. cit.*, pg. 39. L'affermazione è interessante anche come testimonianza indiretta di quel processo di costruzione della nozione di negozio giuridico a partire dalle esigenze della giurisprudenza pratica intrapreso dal wolfismo e dei diversi usi linguistici correnti attorno alla fine del secolo. Cfr. *Systema iuris I*, cap. V, par. 2, pg. 626 ss.

spettare una così articolata struttura culturale del piano di studio per la formazione professionale del giurista (anche *pratico*, non l si dimentichi), si dava invece in certo modo ad intendere di voler preservare, se non persino ampliare. Ma non è ancora tutto: l *Einschränkung* colpisce dolorosamente la stessa dimensione nell quale si sarebbe dovuta collocare la 'filosofia del diritto'; là dove non dovrà essere considerata una mera coincidenza il fatto che quella denominazione cominci a farsi strada proprio in simili contesti: « Die natürliche Folge dieser Behandlungsart ist, dass der Gesichtspunkt welcher in der *Philosophie des Rechts* erweiter werden sollte, *nur noch mehr eigenschränkt wird*, dass jede juristische Irrthum nur um so tiefer wurzelt, wenn man glaubt er lasse sich schon a priori demonstriren, und dass man durch nicht in der Welt zum Studium des Rechts, *wie es bey andern Völkern ist, oder in frühern Zeiten war*, und zur *gesetzgebenden Klugheit wie es werden könnte und sollte*, weniger vorbereitet wird als durch ein solches, blos von einem einzelnen, *positiven Rechtssystem unserer Nation* und unsers Zeitalters abstrahirtes, Naturrecht ».

Il problema di Hugo non è semplicemente od in prima istanza quello relativo all'insensatezza di voler tutto dimostrare: è invece più in profondità, la stessa preoccupazione che abbiamo già veduto in precedenza emergere sotto la denominazione di *Formalismo* nella *Methodenlehre* savignyana.

Un medesimo problema, ma ben diverse le soluzioni: e ben diversa già l'impostazione.

Là il tema era infatti ormai ristretto al formalismo 'in un solo paese', *in una sola* scienza giuridica, ovvero *dopo* l'accettazione della *Einschränkung*, della limitazione; o perlomeno di una parte di essa: « ... fast alle schränken sich dabey ebenfalls blos auf dasjenige Positive ein, was sie zunächst vor Augen haben weil sie meist *das Recht anderer Zeiten und Völker zu wenig kennen* » (22).

---

(22) « La conseguenza naturale di questo modo di trattare la materia, è che il punto di vista che nella *filosofia del diritto* avrebbe dovuto essere ampliato, viene invece soltanto ancora più limitato; che ogni errore giuridico si radica ancora più a fondo, se si crede che si lasci dimostrare già a priori, e che nulla al mondo può meno preparare allo studio del diritto,

Di una parte di essa, s'è detto: sarà di fatto evidente che le dimensioni della comparazione giuridica e della stessa *prudentia legislatoria* — un richiamo quest'ultimo del quale va adeguatamente sottolineata l'importanza, in quanto immediatamente riferito alla mutabilità del diritto che vi compare « come può e deve divenire » — non saranno colà più a pieno titolo partecipi di quel magico aggettivo, del « giuridico ». Ecco che la pagina di Hugo assume quindi forma. Il manifesto del suo nuovo diritto naturale e, diremmo di più, una sua anticipata, ma esatta descrizione, sono contenuti *in nuce* nelle pagine del 1799: il *Civilistischer Coursus* è e rimane un progetto, ambizioso quanto si voglia, ma globale.

Ci domandiamo allora: un progetto all'interno del quale non vi sarà spazio alcuno per questo tipo di « Geist der Brandenburgischen Staaten »? <sup>(23)</sup>. Risponderemmo di no, che non vi sarà — ma con una necessaria puntualizzazione. Questo non è comunque altro che l'oggetto delle prossime riflessioni. Critiche del tipo di quelle che abbiamo sinora udito sembrano difatti convivere abbastanza armonicamente con la valorizzazione della figura di Bach, perché in grado, mediante la sua formazione umanistica e storica, di presentarsi come avversario per i wolfiani ben più pericoloso di quanto non lo potessero essere i due crusiani fratelli Beckmann.

Se era vero, come era vero, « che tra i teologi, nostri fratelli gemelli, il partito dei wolfiani è stato detronizzato ... soltanto in virtù di una migliore Esegesi e della Storia della Chiesa », ciò non poteva stare a significare altro che « *das Systematisieren und De-*

---

come esso è attualmente presso altri popoli, o com'era in epoche passate, né tanto meno alla messa in opera della *prudentia legislatoria* (la quale stabilisce com'esso potrebbe e dovrebbe divenire), che una simile specie di diritto naturale, astratto semplicemente da un singolo, positivo sistema giuridico, quello della nostra nazione e del nostro tempo... quasi tutti si limitano relativamente a ciò a quel medesimo Positivo che si para per il primo dinanzi ai loro occhi, poiché essi per la maggior parte conoscono *troppo poco il diritto* di altre epoche e *di altri popoli* » (G. HUGO, *loc. cit.*, pgg. 40-41).

<sup>(23)</sup> Cfr. *Ibid.*, pg. 41.

*monstriren a priori zeigt sich in einer positiven Wissenschaft nie mehr in seiner Blossen, als wenn es von jemand geprüft wird, der mit den Quellen, nicht blos wie wir sie jetzt haben, sondern auch wie sie entsprungen und wie sie sich allmählig veränderten, genau bekannt ist* » (24).

Ma allora, si dirà, non siamo stati forse troppo precipitosi nello scorgere una valutazione positiva da parte di Hugo delle tensioni espresse dal Brandeburghese? Non consente forse il Maestro di Gottinga con lo 'storico' Bach, contro il 'sistemático' Nettelbladt? Tutto lo lascerebbe credere, e lo si è sin qui creduto; eppure non è così (25).

Merita forse allora offrire ancora spazio al testo: « Bach sey der Verfasser jener Recension, *dass der Angriff auf die Reforme gerade dahin gerichtet war, wo sie recht eigentlich ihre stärkste und unüberwindliche Seite hatte.* Sollte man es glauben, dass Bach geradezu den Vortheil eines systematischen Unterrichts und dessen unendliche Vorzüge vor einem höchst unordentlichen leugnete...? » (26).

Siamo quindi perfettamente legittimati a chiederci quale (o quali) delle sezioni della *Juristische Classe* soddisfacesse(ro) maggiormente alle caratteristiche di acquisizione « imprescindibile »

(24) « Il sistematizzare ed il mero dimostrare a priori non si mostra in una scienza positiva mai in tutta la sua debolezza, come quando viene esaminato da qualcuno che conosce in modo approfondito non soltanto le fonti nella loro condizione attuale, ma che quella medesima conoscenza può vantare anche sul punto di come esse sorsero e di come gradualmente ebbero a mutarsi. » (ibid., pg. 25).

(25) Il giudizio positivo appena espresso mette anzi il Gottinghese in un certo imbarazzo in vista della piega che prenderà di lì a poco il suo argomentare, al punto di fargli per un attimo dubitare della stessa paternità bachiana della recensione (cfr. pg. 27, nota \*): la conclusione su di essa non vi vedrà altro all'infuori di « una valutazione che più ingiusta non sarebbe facile tuttavia escogitarla ».

(26) « Bach sarebbe l'autore di quella recensione, che dirige il suo attacco alla riforma proprio laddove essa ha propriamente il suo punto di forza e il suo lato di acquisizione insuperabile. Si sarebbe forse dovuto credere che Bach negasse addirittura il vantaggio di un corso di lezioni sistematico, con gli inestimabili pregi che esso porta con sé rispetto ad un corso invece proposto del tutto disordinatamente...? » (pg. 25).

e non suscettibile di superamento. La risposta suonerà in un primo tempo univoca: la prima.

Ma la verità è che dietro l'intitolazione un po' anodina di « principi (elementari) dell'intera giurisprudenza civile, o dell'intero diritto positivo », si celava un duplice programma, che era destinato a divenire il fulcro ed il punto d'insorgenza della maggior parte delle controversie<sup>(27)</sup>: ad avviso di Bach, anzi, si trattava presumibilmente del tentativo più o meno coperto di rivalorizzare l'utilizzabilità del « Systema elementare » del 1749, « welches bey wahren Gelehrten nie einen Beyfall gefunden hat »<sup>(28)</sup>.

Perché tanta acrimonia? Come si accennava, in questo caso Nettelbladt non si limitava a proporre un nuovo tipo di lezione universitaria, ma avanzava contemporaneamente una richiesta — espressa in senso assolutamente 'letterale' —, che doveva apparire inaudita: la completa 'messa al bando' delle *Vorlesungen* sulle Istituzioni giustinianee<sup>(29)</sup>.

Com'è ovvio, esse erano infatti le lezioni con le quali veniva abitualmente iniziato il corso in giurisprudenza « auf hohen Schulen », e l'allievo di Wolff aveva ben presente la forza tutta particolare delle *alte Gewohnheiten* in un simile campo. Le 'ragioni sufficienti' che gli sembrava di poter addurre, erano però, ai suoi occhi, in paragone decisive. Cediamogli metaforicamente la parola. Che le lezioni sulle Istituzioni godessero di una considerazione privilegiata non poteva certo evidentemente stupire, solo se le si fossero viste sullo sfondo del successivo gradino, costituito dalle *Vorlesungen über die Pandecten*: l'esordiente studioso sarebbe stato così posto in condizione di sentirsi in seguito a suo agio, almeno in riferimento alle materie ricorrenti in entrambe. Tuttavia ad un'analisi più affinata non sarebbe potuto non balzare all'occhio che l'insegnamento degli *erste Gründen* dell'intera giurisprudenza positiva avrebbe consentito non soltanto di accrescere quel vantaggio con riferimento a tutte le materie presenti nelle Pandette giustinianee, ma altresì di ovviare all'irrazionale ed arbitrario accavallarsi dei corsi « über die einzelnen Theile

(27) Così doveva valutare Hugo medesimo (*ibid.*, pg. 42).

(28) I. A. BACH, *loc. cit.*, pg. 51.

(29) D. NETTELBLADT, *Politische Vorschläge*, cit., pg. 63.

der Rechtsgelahrtheit »; corsi di diritto canonico (con le relative dottrine sul *Kirchenleben* o sui diritti dei signori territoriali in materia spirituale) senza previa conoscenza dello *Staatsrecht* o del diritto feudale o viceversa, e così via<sup>(30)</sup>.

Le obiezioni conservano comunque — Nettelbladt lo sapeva bene — tutta la loro forza, anche in presenza di un assenso di massima a questo primo ordine di considerazioni, e il motivo risiede proprio in un aspetto squisitamente sistematico; rispetto alle Pandette, « che ne sono del tutto prive », le Istituzioni hanno invece una *Ordnung* loro propria, « und also der Lernende doch wenigstens aus diesen Vorlesungen einigermassen den Zusammenhang des Römischen Rechtes einsehen lernet ».

Nettelbladt doveva allora far richiamo non solo (come pure accade) allo *Zusammenhang* di tutto il diritto romano — dacché era in ogni caso difficilmente contestabile l'obiezione che il futuro giurista non avrebbe più potuto apprendere la sequenza dei libri e titoli delle Istituzioni —, ma alla superiore forza di persuasione di due altri tipi di riflessione.

Anzitutto il fascino scientifico di un apprendimento delle « *Warheiten selbst* in richtiger Ordnung ». In secondo luogo — con un riferimento che mostra ancora una volta il ruolo indiretto svolto dallo *Staatsrecht* in tutta la vicenda della riorganizzazione sistematica —, non si sarebbe trattato più soltanto di frequentare con migliori cognizioni di partenza le lezioni sulle singole parti della giurisprudenza, ma altresì, ed in special modo, di una globale facilitazione all'apprendimento della disciplina di una *Reichshistorie* ormai pütterianamente emancipata da una accezione puramente giuridica: una disciplina per la quale i fondamenti ed i termini teorici del diritto pubblico erano naturalmente patrimonio imprescindibile<sup>(31)</sup>.

Giunti a questo punto, non ci sorprenderà forse più di tanto che il romanista Hugo abbia adesso a dichiarare che nessuno dei nuovi *collegia* nettelbladtiani gli sembrò mai più utile di quello che stavamo appunto descrivendo, fors'anche perché un tale corso ve-

<sup>(30)</sup> *Ibid.*, pg. 23.

<sup>(31)</sup> *Ibid.*, pgg. 65-66.

niva a palesare « so viele Aehnlichkeit mit einem von Meinen eignen »<sup>(32)</sup>.

E stupisce forse ancor meno, se si pensi che a presentimento dei suoi futuri programmi — sfociati poi in *Anti-Institutionem* e *Anti-Pandecten*, come amava polemicamente chiamarle, non senza qualche ironico ammiccamento ai rari precedenti cui poteva fare capo<sup>(33)</sup> — Hugo aveva già ‘scovato’ (nel senso pieno del termine) — senz’altro non mosso da puro gusto antiquario, quanto invece da intenti difensivi — un *excerptum* programmatico del 1729, del quale più tardi egli stesso noterà la simiglianza con la proposta del giurista di Halle<sup>(34)</sup>.

Lo aveva anzi voluto pubblicare nel testo della prima edizione del volume inaugurale del *Civilistisches Magazin* sotto il titolo ‘Eines verstorbenen Rechtsgelehrten vom ersten Rufe Anzeige seiner Vorlesungen’<sup>(35)</sup>; provocando quasi i suoi avversari ad un gioco crittografico e allusivo, una ‘caccia’ all’Innominato.

Un gioco presto svelato. In tal modo infatti Hugo poteva trovare idealmente ‘schierato’ a suo fianco, ed anzi ancor più sbilanciato in senso iconoclasta, non già autori sospetti di filosofismo o scarsa conoscenza del diritto privato — com’erano appunto un Leibniz od un Pütter —, ma addirittura colui che veniva considerato il capo indiscusso del partito dei giuristi pratici del tardo *Usus Modernus*. Di coloro insomma che più di un motivo avevano per attaccare in radice lo spirito riformatore: « Von den Recensenten hat keiner die Quelle bemerkt; vielleicht weil es ihnen ganz unmöglich schien, dass in einem von allen Praktikern so sehr geschätzten Buche eben das und noch mehr stehe, als worüber man dem Herausgeber des Magazins so viele Vorwurf gemacht hat. Leyser hält den Vortrag über das Alte Recht für ganz überflüssig; das thue ich nicht, sondern ich will diesen Vortrag nur vom Practi-

---

<sup>(32)</sup> G. Hugo, *Nettelblatt*, cit., pg. 42; cfr. anche *Civilistisches Magazin*, I (1791), pg. 384.

<sup>(33)</sup> Cfr. G. HUGO, *Beyträge zur civilistischen BücherKenntniss der letzten vierzig Jahre*, Bd. 2, Berlin 1829, pg. 491 e vedi sul punto G. MARINI, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, 1969, pg. 76.

<sup>(34)</sup> G. HUGO, *Nettelblatt*, cit., pg. 30, nota \*.

<sup>(35)</sup> In *Civilistisches Magazin*, I (1791), pgg. 48-53.

*schen trennen*. Er will in andert-halb Jahren, und bey täglichen dritthalb Stunden mit der ganzen Jurisprudenz fertig werden; ich habe drey ganze Collegien blos für meinen civilistischen Cursus bestimmt (welcher doch, wie ich schon mehr als einmahl erklärt habe, so lange ich allein lese, die gewöhnlichen Institutionen und Pandecten nicht entbehrlich machen sondern nur vom Doppelten und mehr als Doppelten auf das Einfache herabsetzen soll) — und mir gibt man Schuld dass ich Civilisten *backen* wolle!! » (36).

L'attacco alle istituzioni sferrato da Nettelbladt trovava quindi in qualche misura il terreno già dissodato e favorevolmente disposto. E predisposto al punto che Hugo — constatata la parziale identità di vedute su quello che ancor nel 1791 aveva denominato « das Obiect, welches der Civilist zu sehen hat, das Rechtssystem an sich » (37) spezza una lancia persino in favore di una delle costruzioni più tipicamente nettelbladtiane, l'*Allgemeiner Theil* (38). Una lancia spezzata però stavolta con una impercettibile, ma non per questo meno pericolosa incongruenza: la parte generale era infatti figlia — e figlia legittima — di un altro dei *collegia* comple-

---

(36) « Dei recensenti nessuno ha preso in considerazione questa fonte; forse perché sembrava loro del tutto impossibile che in un libro stimato in maniera straordinaria da ogni giurista pratico, si potesse trovare proprio ciò — ed ancora di più — per cui si ebbe l'occasione di sollevare un così grande numero di critiche nei confronti dell'editore di questo Magazin. Leyser considera il corso di lezioni sul diritto antico come del tutto superfluo; questo io non lo faccio, ma mi limito soltanto a voler vedere separata questa lezione da ciò che concerne la pratica. Egli vuole terminare in un anno e mezzo l'intero studio della giurisprudenza, proponendo quotidianamente tre ore e mezzo di lezione; io per parte mia ho determinato ben tre interi collegia semplicemente per il mio corso civilistico (il quale tuttavia, così come ho già dichiarato più di una volta, almeno fin tanto che lo conduco da solo, non si propone come scopo di rendere superflue le abituali lezioni sulle istituzioni e sulle pandette, ma soltanto di vederle ridotte del doppio e persino più che del doppio) — e si vuole attribuire a me la colpa di voler 'cuocere' i civilisti! » (G. HUGO, *Civilistisches Magazin*, loc. ult. cit., pg. VIII). Il passo di Leyser in questione era tratto dalle sue *Meditationes ad Pandectas* (Lipsiae et Guelpherbyti, 1741-1762; 1772-1781), vol. X, Specimen 662, pg. 641 ss.

(37) G. HUGO, *Ueber den Plan, die Absicht und die Grenzen dieses Journals*, in *Civilistisches Magazin*, I (1791), pg. 6.

(38) G. HUGO, *Nettelbladt*, cit., pg. 19.

tamente nuovi del 'tedioso' wolffiano, l'*allgemeine positive Rechtsgelahrtheit*: « Chi si immagini il campo delle verità giuridiche, e questo stesso voglia suddividere secondo certe parti, confezioni pure le sezioni e partizioni come più gli aggrada: in ogni caso verrà sempre ad avere d'avanzo verità utilissime, anzi senz'altro le più utili, che egli non potrà annoverare in nessuna parte determinata (« ... mag diese Abtheilungen machen wie er will; so wird er immer verschiedene sehr nützliche, ja die nützlichsten Wahrheiten, übrig behalten, die er zu keinen gewissen Theil rechnen kann »). Egli deve pertanto costruire prima di queste parti un'altra parte 'speciale', che io sono solito chiamare giurisprudenza positiva generale (« er muss demnach vor dieselben einen *besondern* Theil machen, den ich die *allgemeine* positive Rechtsgelahrtheit zu nennen pflege »)<sup>(39)</sup>.

Anche questa nuova lezione nasce certo con uno specifico ruolo antipandette. L'obbiezione che deve infatti superare per far valere il suo privilegio di poter disporre in modo generale su tutte le medesime verità che sono utilizzate e si incontrano « in allen einzelnen *besonderen* Theilen », è di nuovo quella tesa a rilevare come molte delle dottrine della giurisprudenza positiva generale ricorrono già nelle lezioni sulle Pandette: chi volesse ritenere una simile critica fondata — risponde Nettelbladt — tanto varrebbe che rinunciasse immediatamente alle Pandette, piuttosto che cercare di dimostrare la sua tesi, perché darebbe con ciò a vedere soltanto che « er die *edelsten* Lehren der Rechtsgelahrtheit lange noch nicht nach ihrem ganzen Umfage kenne. Und wenn das genug ist, Vorlesungen als unnütze zu verwerfen, weilen die Materien in denen Pandecten vorkommen: so sind gewiss die Vorlesungen über die peinliche Rechtsgelahrtheit, und über die *actiones* sehr überflüssige Vorlesungen. Und ich halte doch wohl davor, dass man weit eher diese Vorlesungen, als Vorlesungen über die *allgemeine* positive Rechtsgelahrtheit, entbehren könne ». Al di là della ulteriore notazione sull'assenza di manuali adatti ad essere collocati alla base della sua nuova disciplina, la verità vera è però un'altra, ed egli è costretto a ricono-

---

(39) N. NETTELBLADT, *Politische Vorschläge*, cit., pg. 32.

scerla senza infingimenti poco dopo; « Die allgemeine Wahrheiten sind bey denen Herren Juristen *noch nicht in sonderlichen Ansehen, und sind schwerer zu entwickeln, als die andern* »<sup>(40)</sup>.

Questa scarsa fortuna è però non da ultimo connessa ad un altro rapporto di filiazione, cui la nuova giurisprudenza positiva generale deve ancora soggiacere, e che era stato già individuato e sottoposto a critica, come abbiamo veduto, — seppur solo implicitamente —, anche dallo stesso Hugo in sede di analisi del diritto naturale di stampo wolfiano in quanto collegio applicabile al diritto tedesco.

Ad una considerazione appena un po' più approfondita non potrà infatti sfuggire un dato decisivo; ci si avvedrà cioè che la nuova parte generale non rappresenta altro che la *summa* tecnico-scientifica del tentativo di conservazione di quel diritto naturale sotto le sembianze di 'scienza preparatoria' del diritto positivo: « Se nonostante tutto si vuol mantenere il diritto naturale ipotetico come scienza propedeutica al diritto positivo, allora si dovrebbe istituire un collegamento sistematico di *tutti* i diritti e le obbligazioni del diritto positivo, *prendendo ciascuno di essi nella sua più generale estensione, e sviluppare il semplice concetto, come già alcuni scienziati, ad esempio Nettelbladt, hanno tentato di fare, sebbene non in modo del tutto soddisfacente. Gli assiomi e le proposizioni che ne conseguirebbero, verrebbero a costituire una scienza giuridica naturale del diritto positivo, nella misura in cui, in conformità al corrente uso linguistico, si definisce tutto ciò che deriva dal concetto di una cosa, come naturale, essenziale e necessario. In questo senso si può parlare di un diritto feudale naturale, di un diritto cambiario naturale, e così via. Per il giurista principiante si rivelerebbe senz'altro utile uno specifico corso di lezioni sull'argomento, poiché in tal modo gli si offrirebbero i concetti più generali della sua scienza sotto forma pura, abitualmente al pensiero sistematico, e sviluppandone la capacità di tenere nel dovuto conto ed individuare ciò che deriva dalla natura di un negozio giuridico preso di per sé. Forse si potrebbe sostenere che sarebbe anzi ancora più adeguato allo scopo se fosse lo stesso in-*

---

<sup>(40)</sup> *Ibid.*, pg. 33.

segnante del diritto positivo a proporre questa sorta di diritto naturale ben più accuratamente di quanto altrimenti non accada; e tanto più lo sarebbe se si riflette che a ben vedere *soltanto mediante questo metodo* lo studio del diritto positivo può esser elevato dal livello di semplice scienza mnemonica fino ad assurgere alla dignità di *scienza dell'intelletto* » (41).

---

(41) L'acuta analisi è contenuta in uno scritto pressoché sconosciuto, ma non per questo meno interessante; A. J. C. D. STAVENHAGEN, *Versuch den Begriff des Rechts zu bestimmen*, Schwerin, 1793, pgg. 22-23.

La pagina di Stavenhagen — autore peraltro ignoto al medesimo Landsberg, di solito informatissimo — ci consente alcuni sguardi, 'indiscreti' ma preziosi, dietro le quinte dell'emersione tardo settecentesca di una 'parte generale', e comunque dell'affinamento di un tipo di approccio 'generalizzante' e metapositivo destinato a larghe fortune e diffusioni.

Si sarà già rilevato l'accenno, anche in una simile prospettiva forse non del tutto perspicuo, nei riguardi di un diritto feudale 'naturale'. In realtà si viene a toccare qui un nodo fondamentale per comprendere la indiretta funzionalità dell'*Allgemeiner Theil*, così come essa viene imponendosi all'attenzione grazie al 'modello nettelbladtiano' — ci sia permesso di battezzarlo così per brevità ed in via largamente stipulativa.

Di fatto la 'giurisprudenza positiva generale' viene a situarsi in un campo di forze in tensione che potremmo definire 'Ius Naturae' *versus* 'Libertà cetuali'.

Il vecchio diritto naturale illuminato con la sua dottrina degli scopi dello Stato, il concetto di eguaglianza dei sudditi, e un corrispettivo debole legame del principe alla legge positiva, doveva evidentemente presto o tardi entrare in rotta di collisione con gli 'ständische Interessen'.

Un modo con il quale questa tendenziale conflittualità poteva manifestarsi, ma al contempo essere anche dialetticamente controllata, era senz'altro rappresentato dall'indebolimento teorico della naturale eguaglianza dello *status naturalis*. In sé l'operazione si presentava realizzabile non diversamente dal collaterale processo di messa in discussione dell'altro caposaldo della dottrina dello stato naturale, d'interesse assai più immediato per un filone giusnaturalistico teso a puntellare il potere dei sovrani assoluti: la dottrina, cioè, della *libertas naturalis*.

In questa prospettiva però lo stato di natura diveniva esso stesso già la sede originaria — come 'stato d'ineguaglianza' — delle libertà cetuali: il diritto naturale assolutistico non rifiutava così a priori la pensabilità e configurabilità concettuale di concreti diritti di ceto.

La garanzia per il sovrano — che era ovviamente allo stesso tempo un elemento d'insoddisfazione per il 'partito' cetuale puro, che non a caso, con i vari Johann Jakob Moser, Friedrich Karl von Moser e Justus Möser,

La indubbia 'flessione' che Hugo doveva registrare verso posizioni che non gli erano teoreticamente facilmente assimilabili, ci prepara all'ultima sorpresa — a dir poco 'estorta', tuttavia — che il Nostro ci ha tenuto in serbo: la più ravvicinata determinazione di quel « molto poco » che egli riteneva di dovere al Nettelbladt. Dopo quanto verremo illustrando, apparirà tuttavia abba-

---

si rivolgerà contro la dottrina giusnaturalistica dello Stato, confluendo poi nel più ampio movimento liberale — consisteva in ultima analisi nella circostanza che al livello dello *status civilis* lo stato d'ineguaglianza concernesse soltanto il rapporto tra sudditi e sovrano, ma non *immediatamente* quello tra i sudditi medesimi. In altre parole la graduazione delle ineguaglianze all'interno dell'unitario 'Untertanenverband' doveva poter essere ricondotta direttamente e radicalmente alla volontà del Principe-sovrano, pur venendo, d'altro canto, a rappresentare sempre più un fattore di disturbo al corretto conseguimento degli 'scopi dello Stato'.

Appunto la dottrina dell'esistenza di un 'diritto feudale naturale' visualizza nella maniera migliore la tensione di una società organizzata al di là dello stato: il rapporto tra signore feudale e vassallo, basato su una società contrattuale, poteva darsi evidentemente anche al di fuori della struttura statale. Cfr. soltanto L. F. LANGEMACK, *Das allgemeine Lehn-recht, aus philosophischen Gründen erwiesen*, Postdam, 1747; J. C. KNAUSS, *Natürliches LehnRecht, welches als ein Allgemeines aus der Gründen des Rechts der Natur hergeleitet wird*, Stuttgart, 1756; E. C. WESTPHAL, *Institutiones juris naturalis artis ordine digesti et ab arbitrariis fori sententiis purgati*, Leipzig, 1776, pg. 143 ss. Per una ulteriore analisi di questi testi si veda D. KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhundert*, Paderborn, 1976, pg. 96 ss. In sostanza una ineguaglianza 'per forza propria' nei confronti dello Stato, o — a dir assai meglio in proiezione futura, ma sempre avendo l'occhio al fatto che si tratta di formulazione speculare — un diritto acquisito riposante in definitiva su se stesso, non dovevano potersi pensare nella dimensione giusnaturalistica tradizionale. Lo spostamento della *sedes materiae* dal diritto naturale al diritto *positivo generale* costituisce quindi uno dei primi e sia pur deboli segni, che la società comincia a proporsi con un suo tendenziale obiettivo di separazione, del quale la parte generale può farsi portatrice. Sul punto rimandiamo principalmente al capitolo secondo. Già O. v. GIERKE, *Die Staats- und Korporationslehre der Neuzeit. Durchgeführt bis zur Mitte des siebzehnten, für das Naturrecht bis zum Beginn des neunzehnten Jahrhunderts*, Berlin, 1913, pg. 523 aveva notato la singolarità della posizione di Nettelbladt in relazione all'ammissione di un diritto feudale naturale. Suggestioni a tutt'oggi non obsolete anche in F. v. HIPPEL, *Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts*, Tübingen, 1957.

stanza chiaro che l'affermazione di Hugo, volta sì a riconoscere il debito nei confronti di Nettelblatt in modo globale, ma al contempo a minimizzarlo — ribadendo che sotto tutti i rispetti gli doveva appunto « ugualmente (poco) » —, dovrà forse essere valutata come in qualche misura troppo restrittiva: lo schema retorico auto-difensivo fa qui non a caso aggio sull'oggettività del rapporto, a differenza di quanto accadeva nella fase per così dire genetica della riflessione del Gottinghese.

Ed è rinvio infatti che non si troverà poi più ripetuto — già il fatto è indicativo — né nell'articolo monografico sull'allievo di Cramer, né nelle *Selbstanzeige* del ricco primo volume del *Magazin*: comprensibile quindi che sia sfuggito all'attenzione, specialmente dopo che il sistema (moderno) delle Pandette cominciò ad essere universalmente assunto ai fasti della celebrazione sotto le assai più raffinate e canoniche vesti di *sistema Hugo-Heise*.

Anche in questo caso è una recensione a dare il là alla vicenda. Un anonimo recensore delle *Tübinger Anzeigen* si chiedeva infatti nel fatidico 1789 dove mai dovessero dunque ricercarsi i vantati pregi del manuale di Hugo; seppur si fosse riusciti a soprassedere nell'affondare fino in fondo il coltello della critica contro la sua brevità ed oggettiva incompiutezza, del tutto inadeguata allo scopo, la risposta non poteva che esser sconsolante: non certo in una migliore connessione, « in einer *natürlichen* Verbindung », delle diverse materie, poiché il percorso scelto dall'autore nel suo *Vortrag* universitario non si dimostrava assolutamente sotto quel profilo come qualcosa di particolarmente consigliabile.

Se le nostre pagine sono in qualche misura riuscite almeno nell'intento di restituire con una certa fedeltà la personalità scientifica del Gottinghese, si dovrà con tutta tranquillità poter assumere che una simile — e neppure troppo velata — insinuazione sarebbe stata oggetto di una confutazione più che dettagliata.

L'accusa di un'originalità che difetta proprio nel raggiungimento dei suoi obbiettivi scuote Hugo; vincere la simbolica scommessa è fin troppo agevole, ma questa volta il gioco valeva la posta. In seguito egli potrà infatti soggiungere, a mo' di coronamento del completo trionfo sul suo detrattore, che anche altri autori, come ad esempio Reitemeier, — sia pur per grandi linee — si erano accostati alla medesima *Ordnung*, ma l'iniziale asse por-

tante della pacata replica bisogna cercarlo altrove: « Se la via che ho scelto sia particolarmente degna di menzione o adeguata allo scopo, io non lo so. Ma avrei ritenuto e ritengo che sia abbastanza adatta sotto entrambi i profili, che non potevo in nessun modo dimenticare; ovvero, *tanto diritto romano quanto fosse possibile, e ciononostante, determinato nella più piccola misura possibile secondo quei principi che ricorrono soltanto nel diritto romano antico in tutta la sua estensione. L'ordine sistematico, che ho scelto, dev'essere certo abbastanza naturale, dal momento che due giuristi l'hanno già seguito prima di me ed in libri nei quali non erano senz'altro suggestionati o influenzati attraverso il diritto romano: Herr GR. Nettelblatt nel suo Systema iurisprudentiae naturalis... e Herr HR. Runde nel suo Grundriss des Braunschweig-Lüneburgischen Privatrechts.* In particolare mi rallegra la concordanza del nostro celebre germanista, perché in tal modo ai miei ascoltatori — ai quali non può venire alla mente che il collegium di diritto germanico sia divenuto superfluo a causa delle lezioni sul diritto romano — già in anticipo diviene familiare proprio l'ordinamento di quella sezione della scienza giuridica. Si capisce del resto, che se io dico che Nettelblatt e Runde seguono la medesima disposizione delle singole materie, questo deve essere inteso solo così come può verificarsi tenuto conto della differenza che sussiste tra un diritto nella sua completezza e semplici frammenti di un altro. Sia nel Diritto Naturale che nell'originario Diritto Privato Tedesco vengono infatti trattate molte dottrine, che non appartengono ad un compendio del Diritto Romano attuale; ma le dottrine comuni seguono in tutti e tre i sistemi l'una dietro l'altra in un ordine perfettamente identico, se si fa però eccezione per Runde, il quale fa invece sì che le *obligationes* vengano trattate prima dello *ius in rem* »<sup>(42)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> G. HUGO, *Ueber die Institutionen des heutigen Römischen Rechts*, in *Civilistisches Magazin*, I (1791), pgg. 332-333.

Si tratta di un passo la cui rilevanza s'intende praticamente da sola, ma che era rimasto 'nascosto' anche alle analisi più avvertite, cfr. ad es.: A. B. SCHWARZ, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, in *Id., Rechtsgeschichte und Gegenwart*, Karlsruhe, 1960, pg. 23. L'ipotesi di fondo dello stesso Schwarz di una netta continuità tra l'elaborazione sistematica 'giusnaturalistica' rispetto a quella del primo Ottocento resta comunque

Così dunque l'Hugo del 1791. In assoluto rigore il « Sistema delle Pandette » si rispecchierebbe quindi — per espressa ammissione del suo 'scopritore' — completamente soltanto nella struttura nettelbladtiana. È il dato testuale a privare di base le semplici congetture sinora avanzate.

Il sistema Hugo-Heise nasce dunque di fatto come un sistema Nettelblatt (Runde) — Hugo: come a dire diritto naturale (germanico) — diritto romano.

L'individuazione dell'anello mancante della catena dell'« evoluzione » nella storia dei sistemi, per aspirare ad essere e soprattutto a rimanere operazione filologicamente corretta non deve indurre però a sottolineare solo (e magari oltre misura) i sintomi di convergenza. Ci rimane estranea nel modo più assoluto l'intenzione di 'ridurre' la *Reform* tentata da Hugo ad un 'formato', per così dire, nettelbladtiano. Se alcune nostre formulazioni possono avere suscitato qualche impressione in tal senso, vogliamo precisare che ciò va ascritto in buona misura all'inevitabile accentuazione dialettica di un contesto interpretativo sinora trascurato, quando non addirittura capovolto nel suo significato.

Per fare nostra la terminologia di Hugo — che potrebbe essere con qualche frutto paragonata con la *Wendung* savignyana di qualche anno più tardi: *Gesetzgebung* come oggetto e *System* in qualità di *logisches Medium* — il sistema giuridico in sé è l'oggetto per lo scienziato civilista, ma altrettanto importante è il *Medium* « wordurch er jenes Object sieht, das *Verhältniss des Römischen System* zu uns, so wohl in der *Erlernung* als in der *Anwendung*. *Wer alles wusste, was Appius, Labeo, Ulpian und Tribonian zusammen je gewusst haben, der würde doch dem Ideale nicht nur von einem heutigen Rechtsgelehrten überhaupt, sondern selbst dem von einem heutigen Civilisten, also selbst demjenigen nicht entsprechen, welches freylich auch dieses Journal bey weitem nie in seinem ganzen Umfange erreichen wird, aber doch zu erreichen sich vorsetzen muss. Auch was das Römische Recht für uns ist, und wie es uns dieses ward, selbst ob es uns dieses wahrschein-*

---

confermata solo parzialmente da questo nuovo dato, dal momento che esso, per usare le parole di Hugo, riguarda in prima istanza l'oggetto che il civilista fa suo, piuttosto che il *medium*.

lich noch lange bleiben müsse, sind lauter Fragen, zu deren Beantwortung hier Beyträge vorkommen dürfen »<sup>(43)</sup>.

È da questo punto di vista che Hugo poteva imparare poco da Nettelblatt. La stessa esitazione, la sfumatura con la quale egli accetta la parte generale ne è buon sintomo.

La pretesa di rendere troppo capiente, troppo fluente, l'*Allgemeiner Theil* — una lusinga alla quale Nettelblatt, era, quasi *a priori*, incoraggiato a cedere, ed abbiamo visto in che misura — è valutata infatti da Hugo come qualcosa che è « sehr gegen die Methode gefehlt », una sorta di peccato contro il Metodo: a buon diritto vi appartengono esclusivamente i più importanti concetti di *Persone, Cose e Handlungen*, ma l'influsso che queste ' diversificazioni ' esercitano sui diritti medesimi non può essere ancora trattato in quella sede. Perciò — conclude l'autore del *Dritto romano attuale* con scoperta allusione anche a Hofacker ed Hufeland — non è neppure procedimento consigliabile definirvi ogni espressione od enunciazione che potrà comparire, pur se raramente, nelle singole parti del successivo svolgimento<sup>(44)</sup>.

Non soltanto di questo, però, si tratta. Si fa infatti luce un altro ordine di considerazioni che avrebbe senz'altro sorpreso il giurista brandemburghese, il quale — non molto diversamente da Ickstatt — riteneva insussistente qualsiasi tipo di interna *Ordnung* nel quadro dei *Digesta* giustinianeî, riconoscendola invece esclusivamente alle *Istituzioni*. Per Hugo, al contrario, accade che queste ultime siano da considerare del tutto prive di una *pars*

---

<sup>(43)</sup> « ... mediante il quale egli vede quell'oggetto, ovvero il rapporto del sistema romano nei nostri confronti, sia sul piano dell'apprendimento che su quello dell'applicazione. Chi sapesse anche tutto ciò che Appio, Labone, Ulpiano e Triboniano hanno mai saputo insieme, colui non corrisponderebbe ciò nonostante all'ideale non soltanto di uno scienziato del diritto attuale in genere, ma neppure a quello di un civilista odierno; dunque neppure a quell'ideale, il quale certo in tutta la sua ampiezza non sarà mai attinto neppure da questa rivista, che tuttavia deve proporsi di raggiungerlo. Anche ciò che il diritto romano è per noi e come lo diventò, come pure la domanda se esso debba probabilmente ancora a lungo restare tale per noi, sono tutte impellenti questioni alla cui risoluzione potranno qui essere dedicati contributi » (G. HUGO, *Ueber den Plan*, cit., pagg. 8-9).

<sup>(44)</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1799<sup>2</sup>, pg. 9 ed ivi nota \*.

*generalis*, mentre nelle Pandette non se ne può disconoscere l'esistenza, pur se notevolmente breve <sup>(45)</sup>.

In questa sua prima fase Hugo è cioè convinto che, rispetto alla struttura che veniva proponendo, « *selbst das Römische System nicht sehr davon abweicht* » <sup>(46)</sup>. Nettelbladt non avrebbe certo potuto nascondere il suo stupore — lui pure così interessato a cartografie sistematiche — se a qualcuno fosse passato per la mente di proporgli uno schema del tipo che qui presentiamo: esso costituisce invece proprio una visualizzazione abbastanza diretta di quanto l'allievo di Pütter sottintendeva con quella sua ultima enunciazione.

*Digesta*

- |                                                    |                                                                                                                   |
|----------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1. Parte generale<br>( <i>Allgemeine Lehren</i> )  | Libro 1-4. Fonti del diritto<br>Persone.<br>Cose.<br>(Procedura)<br><i>in integr. rest.</i>                       |
| 2. Diritti reali<br>( <i>Sachenrecht</i> )         | Libro 4-11. <i>In rem actiones</i> etc.                                                                           |
| 3. Obbligazioni<br>( <i>Obligationenrecht</i> )    | Libro 12-19. <i>In personam actiones</i> .<br>Libro 20-22. Accessori delle Obbligazioni.                          |
| 4. Diritto di Famiglia<br>( <i>Familienrecht</i> ) | Libro 23-25. Matrimonio e dote.<br>Libro 26-27. Tutela.                                                           |
| 5. Successioni<br>( <i>Erbrecht</i> )              | Libro 28-29. Testamenti.<br>Libro 30-36. Legati.<br>Libro 37-38. <i>Bonorum possessio et legitima hereditas</i> . |

Il primo era, in breve, troppo consapevole delle innovazioni che stava arrecando al quadro istituzionale e troppo poco storico e filologo per aver anche solo voglia di sospettare che a grandi linee — ma non senza qualche forzatura di troppo — il sistema 'moderno' potesse essere fatto 'combaciare' con le classificazioni delle Pandette — per non parlare nemmeno dell'editto del pretore.

<sup>(45)</sup> *Ibidem*.

<sup>(46)</sup> G. Hugo, in *Civilistisches Magazin*, I (1791), pg. 334.

Se non si rivelerà del tutto esatta la valutazione a posteriori di Burckard Wilhelm Leist, il quale affermò che Hugo, « der zuerst jenes System aufgestellt hatte », credeva di seguire l'ordine del Digesto — almeno nella misura in cui suscita l'impressione di una credenza 'immediata' —, resta pur sempre vero che in tal modo veniva 'creato' da Hugo il precedente, la circostanza storica del successo di quel sistema<sup>(47)</sup>. Senza questa parallelizzazione sarebbe andata perduta una fonte primaria di tutto il faticoso cammino successivo.

La 'sorpresa' di Nettelbladt avrebbe potuto valersi tuttavia di buoni argomenti e di giustificazioni tutt'altro che irrilevanti<sup>(48)</sup>; ed Hugo era del resto troppo buon logico e conoscitore dei diversi procedimenti di partizione<sup>(49)</sup> — ma soprattutto ormai lo sappiamo, troppo consapevole dell'origine storica immediata del suo tentativo —, per non accorgersi alla fine che i due sistemi conservavano numerosi elementi irriducibili, fino forse a fondarsi su principi sistematici completamente diversi<sup>(50)</sup>.

Il dibattito nasceva 'segnato' dalle ragioni stesse del successo del suo argomento. Ma non di ciò vogliamo o possiamo discorrere, arrivati a questo stadio intermedio della nostra ricerca: del resto, il nodo creato da un simile parallelo non rappresenta ancora il solo punto di discriminazione che stesse a cuore al professore gottinghese.

---

(47) B. W. LEIST, *Versuch einer Geschichte der römischen Rechtssysteme*, Rostock, 1850, pg. 79, dalla quale traiamo altresì lo schema sottoposto all'attenzione. Cfr. anche G. A. MEUMANN, *Observations sur le Système du droit privé*, Genève, 1909, pg. 11.

(48) Argomento ex D. NETTELBLADT, *Von den Nebentheilen der positiven Rechtsgelahrtheit*, in ID., *Sammlung kleiner juristischer Abhandlungen*, Halle, 1792, pg. 289 ss.

Su questo saggio intorno ai principi di suddivisione della giurisprudenza positiva dovremo tornare in occasione della disamina della struttura stessa del concetto di sistema nella sua connessione con la dicotomia pubblico-privato.

(49) Cfr. G. HUGO, *Philosophische Encyclopädie für Juristen*, Berlin, 1802, particolarmente pg. 40 per l'analisi del problema della *divisio*.

(50) Cfr. per ora D. NÖRR, *Divisio und Partitio*, Göttingen, 1960, pg. 57.

È Hugo stesso a dipingere (è proprio il caso di dire) la questione con un'immaginifica riflessione, di sapore quasi leibniziano, sui 'futuribili'; non su ciò che è accaduto, ma su quanto « molto facilmente sarebbe potuto accadere ».

Per chi avesse avuto l'occasione di conoscere anche superficialmente il curatore Münchhausen, quel « sehr leicht hätte geschehen können » sarebbe apparso molto più appartenente all'ordine di una concreta realizzabilità che non a quello delle mere ipotesi a posteriori. In considerazione infatti dell'attenzione infaticabile con la quale il fondatore della Georgia Augusta perseguiva ogni apparizione letteraria che sembrava poter divenire vantaggiosa o dannosa per la sua 'creatura', si sarebbe potuti star sicuri ch'egli — se appena se ne fosse presentata l'occasione — non si sarebbe lasciato sfuggire un *Privatdozent* (specialmente dell'università di Halle), che aveva riscosso un così ampio plauso negli ambienti dotti. Ora, si chiede Hugo, cosa sarebbe accaduto se veramente le cose fossero andate così?

Tutto sarebbe dipeso o dalla capacità di Nettelbladt di mantenere il suo ruolo universitario 'universalistico' contro la più agguerrita concorrenza dei nuovi colleghi; oppure dalla circostanza che lo stesso ministro, seguendo la sua tipica propensione per una prassi di 'specializzazione' dei compiti scientifico-accademici, lo avesse consigliato o addirittura costretto a limitarsi ad un settore specifico.

In questa seconda eventualità la 'storia' del nostro problema sarebbe evidentemente stata influenzata dalla scelta specifica: « Egli stesso afferma che in passato aveva prediletto principalmente il diritto feudale e lo *Staatsrecht*; in tal caso allora Gottinga non ha avuto sicuramente motivo di rimpiangerlo: ma è altrettanto certo che un *Systematischer Vortrag über das Privatrecht*, un corso sistematico sul diritto privato nel primo mezzo secolo della sua esistenza Gottinga non l'ha mai avuto, e questo egli ce l'avrebbe potuto dare. Forse era scritto che Gottinga doveva essere più a lungo risparmiata da una simile peste, — oppure, dal momento che nessuno che sia in grado di conservare il suo sangue freddo può più parlare in tali termini, forse Gottinga non doveva ricevere in questo settore della giurisprudenza nessun corso

sistemático prima che questo corso non fosse diventato anche storico »<sup>(51)</sup>.

A cosa più precisamente il Nostro volesse alludere ce lo possiamo agevolmente immaginare; il peccato contro il metodo in cui incorreva la parte generale era in definitiva determinato dalla ristrettezza con la quale si era abituati a prospettare quest'ultimo. La decadenza dello studio civilistico degli ultimi cinquant'anni poteva essere arrestata, e successivamente accantonata in modo definitivo solo riconoscendo i « wesentliche Vorzüge der historisch-systematischen Methode »<sup>(52)</sup>. Il termine di metodo storico-sistemático non era comunque una invenzione di Hugo: era stato invece coniato con una specifica intenzione da Habernikkel, il primo significativo allievo di Pütter che si fosse dedicato in via praticamente esclusiva — anche se con risultati non sempre convincenti — alla missione di risistemizzare il diritto civile tedesco e soprattutto romano in base alle linee direttive da quegli tracciate.

Ed anzi appare per la prima volta nella terza edizione di quelle *Institutiones iuris Romani*, nelle quali fin dal principio aveva ritenuto di dover lanciare un appello per la realizzazione del compito parallelo, ma altrettanto fondamentale: l'approntamento di un concreto *Systema Historiae*, di una storia romana in « pleniori historiarum (Romanarum) corpore seu systemate »<sup>(53)</sup>.

Nel 1776 egli considerò i tempi maturi al punto di poter tentare un bilancio dell'intrapresa sin lì portata a termine dalla scuola; e non si trattò certo di un bilancio in passivo:

« Speciatim in Germania vexauit iuris tirones *diuersorum iurium doctrinalis confusio*. Scilicet *ius privatum Romano-Germanicum*, seu illud, quo hodie per Germaniam vtimur, compositum est ex variis atque inter se quam maxime diuersis iuribus, variorum populorum et temporum variorum, atque adeo diversissimis rationibus et fine constantibus. Atque ex omnibus hisce, quae sal-

(51) G. HUGO, *Nettelblatt*, cit., pgg. 21-23.

(52) G. HUGO, *Ueber den Plan*, cit., pg. 12.

(53) E. HABERNIKKEL, *Institutiones iuris Romani*, Göttingen, 1764, *Praefatio*; cfr. J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz » auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1979, pg. 107. Cfr. anche dello stesso Habernikkel la terza edizione delle *Institutiones*, Göttingen, 1776, pg. X-XI.

tem doctrinae causa separata institutione tradi suisque ex fontibus propriis illustrari debuissent, Hebraeorum, Graecorum, Romanorum veterum, Pontificum Romanorum, Longobardorum atque variorum Populorum Germanicorum legibus, vulgares compositi sunt iuris privati libelli, partim ad ordinem Institutionum vel Pandectarum, partim ad decretalium ordinem, methodo naturali et systematica vbique neglecta. Tandem vero ex schola *Pütteriana* nostra aetate prodierunt, qui, profligata iurium mixtura, vnumquodque separato systemate tradere conati sunt. Secundum nouam hanc methodum, quae *historico-systematica* dici potest, separata institutione, et naturali ordine, docendum est 1) ius Romanum antiquum; 2) ius Romanum Iustinianicum; 3) ius canonicum pontificium; 4) ius Germanicum purum; et tum demum 5) ius priuatum Germanorum hodiernum commune, ex variis aliis iuribus peregrinis et domesticis compositum »<sup>(54)</sup>.

La glossa di Hugo non si fa attendere; anzi, il contesto polemico anti-wolfiano lo induce stavolta a porre l'accento su di *una sola* peculiarità del nuovo aggettivo; un'accentazione che appare, ben più che foriera, già carica di futuro. Il lettore attento rileverà però immediatamente che l'antiwolfismo implicito in queste parole si traduce altresì correttamente in un chiaro ed anticipato rifiuto della tesi (savignyana) che tutte le definizioni dei giuristi romani siano da considerare definizioni reali.

Il collega di Habernikkel loda infatti quest'ultimo perché a suo avviso ha finalmente escogitato una formulazione appropriata sotto tutti i rispetti: « La denominazione è anche molto adatta; infatti una delle peculiarità di questo metodo, a motivo della quale lo si potrebbe chiamare anche metodo *esegetico*, viene già ricompresa nel termine *storico*. Il senso delle parole e delle locuzioni non deve essere infatti d'ora in avanti più determinato filosoficamente, come se si volesse creare per la prima volta sia la lingua che la scienza, ma, al contrario, storicamente secondo quanto i Romani si proponevano nei singoli casi. Anche se la lingua romana aveva tratti capricciosi, e collegava concetti diversi in un'*unica* parola, o ne separava altri molto simili in due o più

---

(54) E. HABERNIKKEL, *Institutiones*<sup>3</sup>, cit., pgg. XII-XIV.

termini, tutto questo non ci autorizza tuttavia a formare arbitrariamente od anche soltanto approssimativamente una definizione che smussi queste asperità per poi inserirla proprio laddove ricorra la parola in questione »<sup>(55)</sup>.

Hugo vuol vedere, ciononostante, mantenuto il termine *historisch* in tutta la sua ampiezza, e a ragion veduta, perché, come dimostrava ad usura il contesto da cui lo traeva, la sua funzione non poteva concernere solo termini e definizioni, ma manifestava un collegamento diretto con quella *Separation-methode* che era figlia della (non-pratica) storia statale gottinghese: « Eben diese Bestimmungen gelten auch bey dem *Systeme des heutigen Römischen Rechts* selbst, welches der zweyte Punkt ist, worauf bey dem Römischen Rechte, *nicht im Römischen Staate*, sondern bey uns, gesehen werden muss. Unter allen Fächern des Magazins ist dieses das einzige *unmittelbar* practische, *aber auch dieses wird lange so practisch nicht seyn*, als vielleicht manche Leser es wünschen... Vom heutigen Römischen Rechte soll gerade *nur das* vorkommen, *was gewöhnlich gar nicht interessiert, Entwicklung von Begriffen, Uebersicht des Ganzen, Sache die man nicht auswendig lernt, und die auch auswendig gelernt, gar nicht helfen würden* »<sup>(56)</sup>.

Ma questo è nient'altro che un frammento della *Entstehungsgeschichte* del 'Sistema del diritto romano attuale', ovvero uno degli assi portanti dei prossimi capitoli del nostro lavoro. Tuttavia

<sup>(55)</sup> G. HUGO, *Ueber dem Plan*, cit., pg. 13, nota.

<sup>(56)</sup> « Proprio queste medesime determinazioni valgono anche nel caso del Sistema del diritto romano attuale medesimo, che rappresenta il secondo momento sul quale bisogna concentrare l'attenzione nel diritto romano, non com'esso si mostrava nello stato romano, bensì come esso è nel tempo presente. Tra tutte le questioni della rivista questa è l'unica immediatamente pratica, ma anch'essa in ogni caso non sarà così pratica, come forse alcuni lettori avrebbero sperato o potuto credere... Del diritto romano attuale deve emergere qui infatti proprio soltanto ciò che abitualmente non interessa affatto, sviluppo di concetti, panoramica e compendio del tutto, cose che non si imparano a memoria, e che anche se venissero in tal modo apprese non sarebbero per niente d'aiuto nella prassi ». (*Ibid.*, pg. 8). Cfr. anche *ivi* l'articolo *Leibnitz*, pg. 26. Nettelbladt subirà soltanto nella fase finale delle sue riflessioni una certa influenza da parte delle impostazioni leibniziano-gottinghesi. Si veda sul punto D. NETTELBLADT, *Abhandlung von dem gantzen Umfange der natürlichen Rechtsgelahrtheit*, Halle, 1772, pg. 25.

varrà la pena di completare quel metaforico circolo, del quale il dibattito introdotto da Weber sulla tradizione thomasiana in tema di analisi strutturale del *Corpus iuris* rappresentava il punto d'avvio.

Va infatti fissato come punto fermo anche per il prosieguo un fenomeno singolare: l'identificazione hughiana — messa in opera sin dal 1791 — del concetto di *Sistema del diritto romano attuale* non sarà in grado di svolgere una funzione catalizzatrice — di guida — per la scienza privatistica. Ma soprattutto, 'stranamente', neppure per la scienza privatistica d'ispirazione savignyana, al di là degli impulsi e delle suggestioni che questa ne saprà trarre.

È il giovane Puchta che con vividi tratti intuisce una simile circostanza. Un Puchta che non a caso si richiamerà — e ci pare di doverlo sottolineare — ad una distinzione che ben conosciamo: la distinzione tra 'historische Schule' e 'geschichtliche Schule'. Anzi, sintomaticamente, utilizzerà quella precisazione (non solo terminologica) dopo aver constatato che « proprio sul finire dello scorso secolo si annunciavano tempi migliori » per la 'scienza' giuridica: che vi fosse pertanto più di un motivo di carattere 'oggettivo' per inglobare in un unico medaglione i nomi di Hugo, Thibaut e Feuerbach<sup>(57)</sup>.

La sua testimonianza acquista per noi non poco rilievo proprio sulla scorta dell'esatta individuazione del ruolo svolto dall'ancor giovane giurista all'interno della 'vera e propria' Scuola Storica. Anticipando per un attimo conclusioni che saranno oggetto nel prosieguo di più dettagliata disamina analitica, potremmo infatti affermare che Puchta avesse già allora ben chiare dinnanzi agli occhi le basi filosofico-idealistiche che quella scuola andava facendo proprie, e che anzi il suo compito specifico — un compito certo tale da assicurargli una posizione in parte autonoma — consistesse per l'appunto nella messa a frutto della sua capacità di collegare « *wie nicht leicht ein Anderer, die Bildung in der Hegelschen Schule noch von der Zeit her, da Herr Professor Hegel nicht auf der Universität lebte, mit dem, was wenigstens der Unter-*

---

(57) G. F. PUCHTA, *Encyclopädie als Einleitung zu Institutionen-Vorlesungen*, Leipzig und Berlin, 1825, pg. 65.

zeichnete für das civilistische Fach noch weit höher stellt »: e si sarà riconosciuta la penna sempre lucidissima del Maestro gottinghese, in una sua tarda analisi del celeberrimo *Gewohnheitsrecht*, che meriterebbe ben più attenzione di quanto sinora la storiografia non sia stata disposta a concederle.

Si comprende allora però molto facilmente come per Puchta la funzione che poteva spettare alle anticipazioni di Hugo dovesse venir definita prevalentemente in negativo; egli era certamente il 'maestro del diciannovesimo secolo', ma soprattutto perché la sua « *geistvollere Behandlung des römischen Rechts* » aveva consumato irrimediabilmente le prospettive tradizionali della giurisprudenza elegante: la 'nuova vita' inizia solo con Savigny. Sarebbe anzi in quest'ottica persino riduttivo intendere l'elemento storico come *metodo* atto a consentire la conoscenza dello stato attuale del diritto mediante analisi storico-giuridiche.

Puchta conosce bene gli interessi di Hugo: un allievo di Hegel, nel momento stesso in cui sceglie la terminologia del rapporto misterioso di 'rappresentanza' che corre tra un popolo, sviluppatosi fino alla sua condizione attuale in un 'intimo' nesso del presente con il passato, ed il ceto dei giuristi, sa altrettanto bene come qui sia in gioco la medesima concezione dell'unità della scienza.

Hugo — e ce lo ha dimostrato, se ancora ce ne fosse stato bisogno, il tenore delle sue considerazioni sul metodo esegetico — vede il problema con gli occhi del 'linguista': il suo 'autore' è allora sul punto il Condillac dell'*Essai sur l'origine des connoissances humaines*, della *Logique ou les premiers developpements de l'art de penser*, fors'anco del medesimo celeberrimo *Traité des systèmes* del 1749.

A farla breve dell'autore che non si faceva trattenere da remore di sorta nell'affermare che *una scienza non è altro che una lingua ben fatta*; proposizione questa che godrà sempre del favore incondizionato da parte del nostro gottinghese, che s'impegnerà a mostrarne l'esattezza 'specialmente' per la *Rechtswissenschaft*.

Ma la confluenza delle posizioni non può essere ovviamente valutata come indolore; se ne impone invece una lettura sullo sfondo dei 'costi' teorici cui implicitamente rimanda.

Di fatto quell'affermazione in tanto era in grado di presentarsi come sostenibile in quanto ne fossero verificati certi presupposti: le scienze sono allora lingue ben fatte nella misura stessa in cui le lingue esistenti sono scienze non coltivate. Risputa in altre parole anche dietro la formulazione del sensista Condillac la tradizione classica della Grammatica generale, della pratica come altra e diminuita forma della teoria, che aveva percorso itinerari non casuali anche nella *Mathesis* combinatoria leibniziana.

Ogni lingua parlata deve quindi essere rifatta, partendo dall'ordine analitico cui nessuna di esse si conforma esattamente: fino a dover essere eventualmente riadattata affinché la catena delle conoscenze possa apparire nella sua piena trasparenza.

Sia con Hugo che con Condillac si resta sotto più di un profilo nel solco della grande utopia di un linguaggio perfettamente trasparente nel quale le cose stesse dovrebbero giungere in definitiva ad essere nominate senza confusione, sia attraverso un sistema assolutamente arbitrario, ma mediato con esattezza (quello di una lingua artificiale), sia attraverso un linguaggio così naturale da essere in grado di tradurre il pensiero. Una volta stabilito che la scienza come concetto si presenta in qualità di sistema linguistico, e la lingua a sua volta come sistema di analisi e di organizzazione delle conoscenze, chi voglia apprendere con facilità una scienza bisognerà che cominci con l'apprendere la sua propria lingua, con la ben precisa coscienza che i segni (dalla combinazione dei quali risulterà il linguaggio scientifico) per rivelarsi idonei al compito di razionalizzazione dovranno assolvere alla condizione di essere *chiarissimi*, determinando con esattezza le idee semplici di cui sono segni. È indubbio che Condillac dovesse piacere ad Hugo non soltanto per la sua individuazione di una logica operatoria dei segni, ma altresì in virtù della sua opposizione/distinzione tra linguaggio matematico e 'letterario', che aveva attenzione anche alla prospettiva genetico-evolutiva delle grammatiche particolari dei singoli popoli e lingue, specialmente sotto il profilo degli influssi su di esse esercitati dal dato storico dell'organizzazione sociale.

In entrambi i nostri autori è riscontrabile un'esitazione, una carenza logica nel raccordare i due livelli d'intervento, ma questa esitazione si ricompone nella comune matrice dell'*episteme* classica, della fondamentale unità della scienza; anzi più in profondità

discende essa pure dal fatto che la *ratio* classica impone al sistema segnico di stabilire simultaneamente l'origine e la calcolabilità, rivelandosi così aperta a due tipi di logiche, delle quali certamente quella attinente alla genesi attendeva ancora all'epoca di Hugo una sua completa maturazione.

Ma lo svolgimento introdotto dalla *geschichtliche Schule* aveva come obiettivo e bersaglio primario proprio quell'*episteme* di cui si discorreva: tra la scienza giuridica come sistema di segni e la sua nuova forma di sistema di 'rapporti vitali' rappresentati in via 'esclusiva' da un ceto di giuristi 'idealisti' si apriva ormai un dialogo tra sordi: la questione dell'appartenenza di Hugo alla Scuola Storica savignyana è ad avviso di Puchta una *Fragestellung* oziosa, perché appunto irrilevante<sup>(58)</sup>.

---

(58) Ascoltiamolo: «Das neue Leben und die neue Wendung der Wissenschaft knüpft sich an einen Mann, welcher mit dem Anfangs der Jahrhunderts wirksam geworden ist, und dieser ist Savigny. Die Wissenschaft nahm der Gegensatz wegen sogleich die Gestalt einer Schule, an deren Spitze er steht, und welche die geschichtliche oder savignysche Schule heisst. Der Anfang derselben lasst natürlich nicht durch eine Jahrzahl bestimmen und eine darauf gerichtete Untersuchung wäre daher ganz müssig, *doch ist mit jener nicht die s.g. historische Schule zu verwechseln, von der schon in den ersten Jahren dieses Jahrhunderts viel die Rede war, und womit nur die Methode gemeint war, durch rechtsgeschichtliche Kenntnisse den neueren Rechtszustand zu erläutern. Eine unnöthige Untersuchung wäre ferner die: ob Hugo zur geschichtlichen Schule gehöre? indem diese Frage mit gleichem Recht bejaht und verneint werden könnte, insofern einerseits Theil hat an ihrer Grundung, und ihm mithin die Grundsätze derselben keineswegs fremd sind, anderseits aber er auch ganz und gar nicht als einer Schule angehörig, deren Haupt er nicht wäre, betrachtet werden kann.* Der Charakter der savignyschen Schule besteht in der Erkenntniss der Rechts als eines Theils des Volkslebens, wornach denn das Recht als dem Volk angehörig, mit ihm entstanden und bis auf den jetzigen Standpunkt herangebildet erscheint, in einem nothwendigen inneren Zusammenhang der Gegenwart mit der Vergangenheit. Die Juristen sind nun der Theil des Volks, auf welchen das Rechtsbewusstsein als Repräsentanten übergeht...» («La nuova vita e la nuova svolta della scienza si rifà a un uomo che ha cominciato ad esercitare la sua influenza proprio con l'inizio del secolo, e quest'uomo è Savigny. La scienza in forza della contrapposizione che ne sorgeva assunse immediatamente la configurazione di una scuola, al cui vertice egli stava e che si chiama Scuola Storica o savignyana. L'inizio di essa non si lascia naturalmente determinare con una data che indichi precisamente l'anno e una ri-

Ma — si dirà — non è proprio Hugo a schierarsi completamente dalla parte di Savigny nella sua recensione del 1814 al

cerca in tal senso sarebbe perciò del tutto inutile, e pur tuttavia non bisognerebbe confondere con quella la cosiddetta *historische Schule*, della quale nei primi anni di questo secolo già si faceva un gran parlare; con quello 'storico' si faceva cenno soltanto al metodo che consentiva di esplicitare il moderno stato del diritto mediante conoscenze storico-giuridiche. Una ricerca inutile sarebbe altresì quella che volesse rispondere alla domanda: Appartiene Hugo alla Scuola Storica? Ed inutile nello stesso momento in cui questo interrogativo si lascia col medesimo diritto risolvere con un sì e con un no; da una parte egli ha avuto un ruolo nella sua fondazione, e mediante questo ruolo non lo si può considerare perciò estraneo in nessun modo ai principi della stessa, d'altra parte però egli non può neppure nella maniera più assoluta essere considerato un seguace od appartenente a codesta scuola, il cui capo egli non era né sarebbe divenuto. Il carattere della scuola savignyana consiste nella percezione e conoscenza del diritto come una porzione della vita del popolo, in modo tale che attraverso di ciò poi il diritto appare come appartenente al popolo, sorto con lui e con lui sviluppatosi fino alla condizione attuale, in un necessario ed intimo nesso del presente con il passato. I giuristi sono ora la porzione del popolo alla quale l'autoconsapevolezza del diritto e la sua compiuta conoscenza si trasmette come a suoi rappresentanti... ». *Ibid.*, pgg. 67-68).

A prescindere da ciò che Puchta pensava, un po' diplomaticamente, sulla proponibilità della domanda se ad Hugo fossero realmente appartenenti i principi professati dalla Scuola Storica, merita forse di essere attirata l'attenzione su quella nozione di rappresentante del popolo, che spetta secondo Savigny principalmente al giurista in quanto tale. Benché sia innegabile che Hugo attribuisca una posizione privilegiata a quegli stessi giuristi, non va trascurato il ben diverso uso linguistico con cui egli affronta la questione: « In so ferne wenigsten kann man *jede Regierung als die Stellvertreterin* des ganzen Volks ansehen. *Es ist aber nicht nötig, dass irgend etwas gerade durch den Stellvertretern geschehe; das Volk kann auch manches selbst thun*, und Stellvertreter freut sich darüber, dass ihm damit die Muhe und die Verantwortlichkeit — zwar keine Juristische aber doch die moralische, er habe unklug oder unsittlich gehandelt, — erspart wird. Höchst wahrscheinlich passt für die gegenwärtige Lage eines Volkes dasjenige, was sich so von selbst macht, besser, als was irgend eine Regierung sich für das Volk ausdenkt (G. HUGO, *Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten*, in *Civilistisches Magazin*, IV (1815), pg. 130).

Evidentemente, secondo Hugo, rappresentante in senso proprio non è altri che il governo politico; la questione è invece che, almeno in campo giuridico, si lasci agire il popolo senza rappresentanti, direttamente. Tutto questo indirizza non soltanto ad una diversa concezione dello sviluppo di un *Fallrecht*, ma diremmo alla stessa 'anomalia' che ha attinenza al ruolo

*Beruf* <sup>(59)</sup>, se non addirittura ad aver in certo modo già preparato in anticipo le tesi da questi sostenute, e precisamente con il suo lavoro sull'impossibilità di considerare le leggi l'unica fonte delle *juristische Wahrheiten*? La risposta potrebbe certo articolarsi in modo indiretto, facendo cenno per esempio — anche a prescindere da quanto appena affermato — al dato, esteriore quanto si vuole, ma innegabile della subitanea e bruciante scomparsa dal dibattito pandettistico praticamente di qualsivoglia riferimento proprio alle numerose edizioni del suo manuale del diritto romano attuale, approntate nei lunghi anni dal 1789 al 1826. Od ancora alle numerose e singolarissime 'omissioni' del famoso 'panegirico' savigniano *Der Zehente Mai 1788*, che assai bene descrive lo stato della 'fortuna' di Hugo nel 1838.

In realtà essa può e deve invece farsi carico direttamente della domanda. Allora quella stessa risposta suonerà forse inusitata: potrà sì essere affermativa, ma solo se si abbia riguardo al tenore delle parole. Se si guarda invece al loro senso, e proprio con rife-

---

medesimo del diritto romano e che cercheremo di enucleare. In questo come in quel caso ciò che Puchta velatamente cercava di affermare, ovvero la non appartenenza di Hugo alla Scuola Storica, risulta confermato: semmai resta messa in forse persino quella partecipazione ai principi stessi della scuola, che Puchta non si sentiva ancora decisamente di negare.

Per il passo tratto dalla recensione di Hugo al 'Diritto consuetudinario' puchtiano contenuta nelle *Göttingische Gelehrte Anzeigen*, cfr. *infra*, nota 196.

Il riferimento di Hugo a Condillac è una costante nella sua produzione: vedi soltanto *Id.*, *Lehrbuch des Naturrecht*, Berlin, 1819<sup>4</sup>, pg. 82. Sul punto dovremo tornare più avanti. I riferimenti ai lavori di Condillac di cui nel testo si possono riscontrare nei tre volumi delle *Oeuvres philosophiques de Condillac*, Texte établi et présenté par Georges Le Roy, Paris, 1948-1951 (cfr. soprattutto vol. I, pg. 43 e vol. II, pg. 410 ss.). Le maggiori suggestioni nell'analisi della sua teoria linguistica le abbiamo ricevute oltre che dall'ormai classico testo di M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Paris, 1966; trad. it., Milano, 1978, spec. pg. 75 ss., da una serie di studi recenti, tra i quali ci limitiamo qui a rimandare a R. SALVUCCI, *Sviluppi della problematica del linguaggio nel XVIII secolo. Condillac, Rousseau, Smith*, Rimini, 1982, pg. 96 ss., nonché a L. ROSIELLO, *Sistema, lingua e grammatica in Condillac*, in D. BUZZETTI, M. FERRIANI, *La Grammatica del pensiero. Logica, linguaggio e conoscenza nell'età dell'Illuminismo*, Bologna, 1982, pgg. 45-46.

<sup>(59)</sup> G. HUGO, *Beyträge*, cit., Bd. 2, pg. 209 ss.

rimento sistematico all'articolo appena citato, la risposta acquisterà un'altra coloritura. In questo caso, cioè, l'opinione di Hugo apparirà del tutto 'peculiare', almeno nel senso di diversa da quella di Savigny. Non si comprenderebbe altrimenti, per esempio, come l'anno immediatamente successivo, dopo un così 'sincero' apprezzamento per le idee esposte nel *Beruf*, Hugo cominci a covare un 'ingiustificabile' e polemico risentimento contro Savigny, a motivo di una questione all'apparenza assolutamente marginale: il rifiuto da parte del secondo della sua proposta relativa ad un nuovo modo di citare (sic!) il *Corpus Iuris* <sup>(60)</sup>.

Qualche lettore, tediato — forse non a torto — da alcuni aspetti della personalità scientifica di Hugo, da una sua minuziosità che non vorremmo definire troppo teutonica, potrebbe allora essere tentato di ironizzare sull'acuto conoscitore dell'editto pretorio, osservando che certo « de minimis non curat praetor ... sed Hugo ». Ma avrebbe stavolta torto, come ci sembra non impossibile chiarire, se solo si dedichi una maggiore attenzione al percorso che quel famoso articolo del 1812 fa mostra di seguire.

L'argomentare prende infatti le mosse — ed in questo senso vale il riferimento ad un cerchio che si chiude — dall'individuazione della *relatività* della *parola* legge (« Das Wort Gesetz ist an sich schon eines der wichtigsten in der ganzen Rechtswissen-

---

<sup>(60)</sup> Cfr. G. Hugo, *Ueber die Art, das Corpus Iuris zu citiren*, in *Civilistisches Magazin*, IV, (1815), pg. 212 ss. Vedi anche M. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, Torino, 1968, pg. 191, che però, dopo aver rilevato assai opportunamente come l'attenzione di Hugo nei confronti della sistematica del *Corpus Iuris* (pur ritenuta partire da punti di vista molto superficiali) veniva ad inaugurare « quella serie di considerazioni sulla struttura come *terminus ad quem* [come sistema *interno*], destinate a trovare la loro logica conclusione dell'opera di R. v. Jhering »; ed anzi che « Hugo si rendeva conto dell'importanza di questi problemi » (pg. 190), considera poi « veramente marginale » la divergenza d'opinioni con Savigny (pg. 191, nota 8).

Di fatto, siccome il secondo articolo riprende largamente a suo fondamento l'argomentazione di fondo del lavoro del '12 — come subito vedremo; e non a caso gli articoli sono ricompresi nello stesso numero della rivista —, quella divergenza deve essere reputata forse in qualità di indice di un più profondo contrasto, in qualche misura meno marginale di quanto non appaia a prima vista.

schaft »), che era propria della tradizione thomasiana di critica alla vigenza indiscriminata della codificazione giustiniana.

È il falso « Sprachgebrauche der Neuren », ingeneratore di malintesi e a sua volta basato su di un equivoco, che offre il destro alle considerazioni di Hugo, rendendo altresì proprio quella parola « la più importante » dell'intero lessico giuridico.

Va inoltre rilevato che nel distinguere una nozione di legge in senso specificamente giuridico dalla nozione di legge intesa intesa invece in senso generale — si potrebbe dire ' filosofico ' —, il Nostro si richiama appunto al concetto thomasiano di *Zwangsrecht*, che al livello di diritto naturale (ridotto in caso contrario a ' bloss Todschlagsmoral ') aveva pur tuttavia criticato. E si rifà a tal punto ad una simile concezione da sostenere che una *obligatio naturalis*, che non è certo sussumibile sotto la nozione di « diritto coercitivo », appartenga tuttavia alla scienza giuridica « weil sie auf ZwangsRechte, die sonst zustehen würden, Einfluss hat ». Ed infatti — prosegue il Nostro, portando a termine la critica logica al concetto di *scientia legum*, che aveva iniziato nell'*Encyclopädie* del 1802 —, io non potrei additare nessuna scienza che fosse ragionevolmente in grado di sottrarsi dall'esser ricompresa nell'estensione della nostra, se questa avesse a che fare con tutte le leggi: « Es ist beynahe in eben dem Grade viel zu *allgemein gesprochen, wie wenn man irgend eine einzelne Wissenschaft darnach erklären wollte, dass sie Kunstwörter und Begriffe lehre. In welcher Wissenschaft gibt es keine? Nicht dass sie ein System von Gesetzen in diesem Sinne ist, zeichnet unsere Wissenschaft vor andern aus, sondern der Gegenstand dieser Gesetze, nämlich Rechte, besonders ZwangsRechte, wenigstens von der Obrigkeit bey dem Zwange, den sie bewilligt, in Betracht zu ziehende Rechte, kurz solche Wahrheiten, worüber auch wohl Gesetze im genauen juristischen Sinne gemacht werden könnten »* (61).

(61) G. HUGO, *Die Gesetze*, cit., pgg. 95-96. La continuità con la tradizione thomasiana è confermata da un dato che non viene per solito preso in considerazione. Vogliamo alludere al pregnante riferimento, in appoggio alla sostanza dell'argomento, all'opera nella quale maggiormente la dottrina thomasiana della *prudencia legislatoria* aveva trovato il suo sedimento appropriato in Gottinga: il *Mosaisches Recht* di Johann David Michaelis (1717-1791), uno dei più significativi allievi del Maestro di Halle. Su di lui vedi

Così se una legge in senso generale è una qualche *Regel* che viene pensata come necessaria in sé, appunto perché stabilisce una serie di *regolarità*, perché rappresenta la condizione — intesa in senso scientifico-naturale — attraverso la quale una molteplicità può essere trattata uniformemente, ogni 'scienza' contiene leggi: leggi del movimento, del pensare, del volere — ed anche nel caso di oggetti positivi si può parlare di leggi (« Gesetze der *Grammatik*, Gesetze des *Wohlstandes*, und so denn auch Gesetze des positiven Rechts »). Ma in tutti questi casi « si può parlare solo molto impropriamente di un legislatore. Per le leggi fondate in natura o nella ragione, nella misura in cui ci si raffiguri lo scopritore di esse sotto le sembianze di Dio; per quelle sorte *poco a poco attraverso l'arbitrio umano* (« bey den durch menschliche *Willkühr nach und nach entstandenen* ») in quanto hanno alcune somiglianze con una deliberazione presa una volta per tutte da questo specifico popolo o da questo ceto »<sup>(62)</sup>.

Legge in senso giuridico può essere invece soltanto una regola posta arbitrariamente, su ciò che gli uomini « im Staate thun oder lassen sollen, welche von der höchsten Gewalt im Staate herrührt »<sup>(63)</sup>.

---

E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Bd. 3, Abt. 1. pgg. 405-406, ma soprattutto H. TUBIES, *Prudentia legislatoria bei Christian Thomasius*, Diss. iuris, München, 1975, pg. 197 ss.

Del testo del Gottinghese appena richiamato offriamo ancora una traduzione orientativa:

« Praticamente quasi con la stessa intensità e al medesimo livello è troppo generale ed anzi generico il discorso, nello stesso modo che se uno volesse esplicitare una qualche scienza particolare, affermando ch'essa insegna termini tecnici e concetti [il pensiero corre qui subito all'immagine comune di scienza che in quel periodo emergeva dalla koinè wolfiana]. In quale scienza non ve ne è alcuno? Non il fatto che essa sia un sistema di leggi in questo senso caratterizza la nostra scienza di fronte alle altre, ma bensì soltanto l'oggetto di queste leggi, ovverossia diritti, specialmente 'diritti coercitivi', o, per lo meno, diritti che abbiano a che fare con la coazione che l'autorità mette in opera nel momento stesso in cui li concede o li approva: sopra i quali, cioè, in astratto potrebbero essere emanate leggi nello specifico senso giuridico ».

<sup>(62)</sup> G. HUGO, *Die Gesetze*, cit., pg. 92.

<sup>(63)</sup> *Ibid.*, pg. 90.

Perciò la sua prima preoccupazione — anche a costo di suscitare l'impressione di essere il primo a richiamare l'attenzione su di un 'errore finora non rilevato' <sup>(64)</sup> — è quella di criticare gli scrittori di cose giuridiche, che parlano di leggi in un senso nel quale al massimo — ma proprio in caso di necessità — si potrebbe applicare il significato 'generale'. Sintomaticamente il peggiore esempio, quello più irritante « *ist der Sprachgebrauch, jede Stelle in den Pandecten oder im Codex eine lex zu nennen; aber eben weil dieses so sehr arg ist, so wird es dadurch wieder weniger gefährlich, jedermann weiss dass eine Erzählung wie das fr. 2.D. 1,2. oder die einer PrivatPerson zur Antwort ertheilte Verweisung auf das bisherige Recht, wie so viele Rescripte im Codex, keine wahre Gesetze sind. Man hat ja sogar diese ganz eigene Bedeutung des Wortes lex, eine Stelle im Corpus Iuris, schon dadurch auszuzeichnen vorgeschlagen, dass man es da als ein Wort männlichen Geschlechts brauche und von « einem schönen » oder « einem schweren Lex » spreche. Indessen wer weiss, ob dieser nur ungeschickte Sprachgebrauch nicht doch mehr Antheil an dem ganz falschen hat, als man sich selbst bewusst ist* » <sup>(65)</sup>.

Ma dal momento che questa utilizzazione, a prima vista « meno pericolosa », è tuttavia da ritenere in profondità più partecipe di quanto si sia finora potuto immaginare alla 'falsità dell'intero', le conseguenze si faranno evidenti e non solo sulla stessa interpretazione della qualità della struttura del *Corpus iuris*: « l'intero di questa falsità [dell'uso linguistico] consiste cioè in questo, che si parli di tutte le proposizioni giuridiche (von allen *Rechtssätzen*) come di leggi, che si adopri il termine legge, laddove si dovrebbe dire proposizioni giuridiche, e che così si formi una specie intermedia tra le leggi della prima categoria, le quali nonostante tutto contengono sempre qualcosa di giuridico, ma che non sono e di gran lunga le uniche fonti di proposizioni giuridiche (nicht die einzige Quelle von *Rechtssätzen* sind), e le leggi del secondo tipo,

---

<sup>(64)</sup> Impresione esatta se la si riferisce all'introduzione nel dibattito del concetto di legge in senso scientifico; meno, come sappiamo, rispetto alla valutazione critica dei rapporti interni al *Corpus Iuris* inteso come raccolta di leggi.

<sup>(65)</sup> G. HUGO, *loc. ult. cit.*, pgg. 92-93.

che certo non si limitano assolutamente ai semplici oggetti giuridici »<sup>(66)</sup>.

Fu non a caso, secondo Hugo, l'uso greco — nel quale al di fuori di *νόμος* e *ἔθος* non compare nessun'altra espressione generale, come sarà poi il latino *Jus*, capace di unificare i due significati rappresentati da quelle nozioni<sup>(67)</sup> — a determinare l'emergere di un 'halbgriechisches Latein' nelle scuole di Costantinopoli e Berito, già prima delle « Justinian's Veränderungen ».

Così si ripropone ancora una volta la movenza tipica dell'approccio di Hugo alla dimensione di pertinenza della scienza giuridica, il riconoscimento, cioè, del campo di tensione che sussiste tra il sistema dei segni nella sua *relativa* arbitrarietà e l'*ordine naturale*. Il sistema segnico da un lato viene infatti a configurarsi in una prospettiva quasi deterministica: l'attribuzione, ai segni, del ruolo di strumenti capaci di sviluppare il germe di tutte le nostre idee non poteva del resto che indurre un'ulteriore accentuazione dell'influsso da essi esercitato sulla conoscenza e quindi sulla costituzione medesima delle scienze. L'influenza del linguaggio sull'organizzazione del pensiero si spinge così sino all'estremo limite, fino all'ammissione che le qualità dominanti della lingua finiscono inevitabilmente col predeterminare, od almeno condizionare lo sviluppo delle capacità dello spirito.

Nel nostro caso l'uso linguistico di un latino corrotto dagli influssi bizantini è fondamentalmente in grado di indurre una deformazione tale da qualificare di sé l'intera evoluzione storica occidentale: denominare gli scritti giuridici, come ad esempio i *Libri ad Edictum* di Ulpiano, con il segno linguistico *l e g e s*, nel momento stesso nel quale il despota Giustiniano dà accoglienza all'uso scolastico intendendo con '*leges*' tutte le fonti dell'intero diritto positivo, diviene esplicita testimonianza di una mentalità oggettivamente prigioniera delle caratteristiche della propria struttura linguistica.

<sup>(66)</sup> *Ibid.*, pg. 93.

<sup>(67)</sup> Cfr. anche E. WOLF, *Griechisches Rechtsdenken*, Bd. 1, Frankfurt am Main, 1950, pag. 169; nonché le originali analisi di C. SCHMITT, *Land und Meer*, Köln-Lövenich, 1981<sup>3</sup>, pg. 71 e soprattutto ID., *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Köln, 1950, spec. pg. 36.

D'altro canto però allo storico è dato ricostituire mediante il suo intervento il giusto rapporto tra segno e naturalità. L'arbitrarietà del segno si deve infatti contrapporre al *naturale* soltanto nel senso di venirne a costituire una griglia analitica: la grammatica particolare acquista pur sempre la sua legittimazione in quanto è vista, per così dire, a partire dalla grammatica generale.

Solo in base a quest'ultima può infatti assumere un qualche significato la dichiarata erroneità dell'utilizzazione della parola legge a designare « ciò che certo non era stato sancito (!) e neppure poteva esserlo »<sup>(68)</sup>.

Di nuovo un argomentare che conosciamo: vi sono dogmi, dottrine, decisioni giurisprudenziali che secondo la loro natura non 'possono' venire sanciti, elevati alla forma di legge.

È difficile inoltre sottrarsi all'impressione della presenza di reminiscenze di una koinè thomasiana nelle analisi di Hugo; un'analisi nella quale — secondo il contemporaneo Oppermann — « egli non si peritava di sostenere l'esatto contrario di quanto l'opinione comune accettava », e proprio in relazione al problema della valutazione storico-politica del *Corpus Iuris*<sup>(69)</sup>.

Così andranno forse lette quelle decisive espressioni, troppo numerose e costanti per essere casuali, che Savigny con il consueto acume riteneva dovute all'eccessiva intromissione della storia politica, anche al di là di quel medesimo ben specifico richiamo all'opera di Michaelis, che costituiva l'ultima emanazione ed il più

<sup>(68)</sup> G. HUGO, *Die Gesetze*, cit., pgg. 98-99. Alla mentalità greca è infatti da imputare « dass man... von Vorlesungen über die *prima pars legum*, die *pars legum de iudiciis* und *de rebus sprach*, wie er uns selbst in seiner Verordnung über die neue Einrichtung des Unterrichts erzählt. Ich habe es... für wahrscheinlich gehalten, dass damit Ulpian's Bücher über das Edict gemeint waren, die ihr Verfasser freylich weit entfernt war, für *leges* auszugeben. Aber *leges* hiessen nun schon alle juristische Schriften und Justinian rechnet auch die Auszüge daraus in den Pandecten zu der *omnis reipublicae sanctio*, von welcher er gleich in der ersten Zeile dieser Verordnung spricht, dass sie gereinigt und geordnet sey. Er meynt *das ganze positive Recht und alle Quellen desselben, auch die, woran doch gewiss nichts sancirt war und nichts sancirt seyn könnte...* ».

<sup>(69)</sup> H. A. OPPERMANN, *Die Göttinger gelehrten Anzeigen während einer hundert-jährigen Wirksamkeit für Philosophie, schöne Literatur, Politik und Geschichte*, Hannover 1844, pg. 219.

recente caposaldo della dottrina thomasiana in tema di *prudentia legislatoria*.

Difatti, non solo il 'rimprovero' rivolto dal medesimo Giustiniano allo stato della scienza giuridica del suo tempo si ritorce contro chi l'aveva proposto, essendo tale da suscitare « sehr nachtheilige Vermutungen gegen die ganze Compilation..., wenn das Zeitalter derselben in juristischer Hinsicht, und namentlich mehr als ein Mitarbeiter daran, sogar nachtheilig geschildert wird »<sup>(70)</sup>, ma persino lo stesso diritto privato giustiniano è connotato essenzialmente dalla sua mancanza di forma e di un carattere preciso, poiché « zwischen strenger wissenschaftlicher Folge und blosser Billigkeit, hin und her schwankte »<sup>(71)</sup>, danneggiando (quel che è peggio) quasi irreparabilmente l'intero 'vorgefundenes Rechts-System' <sup>(72)</sup>.

L'assenza di contorni non è neppure la sua caratteristica peggiore, il lato più pericoloso per il suo accoglimento in terra di Germania è rappresentato dalla *Willkür* dominante nelle costituzioni imperiali: esse parlano la « unverbüllte Sprache des Despotismus », che non si peritava di elevare al rango di leggi generali « die in einzelnen Fällen durch Privatrücksichten motivierten, oft sogar erkaufte, Entscheidungen... »<sup>(73)</sup>.

Non si può allora che prendere *letteralmente* — cosa che non ci sembra sia stata sinora fatta, con non poco danno per la ricostruzione dell'intera vicenda — l'affermazione di Hugo di non essere un « cieco sostenitore del diritto romano », specialmente quando si leggono sulle Pandette giudizi come questo: « Gegen das römische Recht ist daher immer ein starker Einwurf, dass so erstaunend vieles darin eigentlich aus recht schlechten Zeiten ist. Wie vieles in den Pandecten pass nur in Verbindung mit dem, was in den letzten 300 Jahren vor Justinian sich verloren hat; wie

<sup>(70)</sup> G. Hugo in *Civilistisches Magazin*, II, (1812<sup>3</sup>), pg. 262.

<sup>(71)</sup> *Id.*, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, Berlin, 1815<sup>5</sup>, § 387.

<sup>(72)</sup> *Cfr. ibid.*, § 362.

<sup>(73)</sup> *Ibid.*, § 23 e *cfr. G. Hugo, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, Berlin, 1810<sup>4</sup>, § 330.

vieles passt nicht zu dem, was diese meist heillosen Regenten erst eingeführt haben »<sup>(74)</sup>.

Da una simile impostazione consegue in prima istanza con evidenza che non soltanto tutte le sezioni della codificazione giustiniana, ma persino le stesse Istituzioni sono ricolme di antichità, in grazia anche del fatto del prolungarsi della dominazione giustiniana per un lungo periodo successivo alla conclusione dell'opera, e all'efficacia innovatrice delle più tarde singole costituzioni<sup>(75)</sup>; ma inoltre che quasi nessuna dottrina nell'intero campo del sistema giuridico romano si può considerare libera da proposizioni giuridiche contraddittorie con i principi<sup>(76)</sup>.

La conclusione di Hugo è drastica, anche e soprattutto a critica del carattere politico e *pratico* della compilazione: « Triboniano ricevette l'incarico insieme ad altri sedici, in parte *Antecessores*, in parte avvocati, e poiché ogni riga doveva in un modo o in un altro essere messa in bocca ad uno qualsiasi dei 39 giuristi — i *Digesta* di Giustiniano sono stati paragonati, non del tutto a torto, con una commedia, nella quale l'autore non parla mai direttamente, ma al contrario si nasconde sempre dietro uno dei personaggi che agiscono sulla scena —; poiché una così grande e sorprendentemente numerosa quantità di cambiamenti si era verificata nel diritto romano (ed è il motivo per il quale poi anche il sistema alla fine del periodo precedente si chiamava già *ius antiquum*), ed i compilatori a Costantinopoli si preoccupavano tuttavia, giusto alla stessa maniera di quelli Visigoti, soltanto del lato pratico; poiché inoltre la stessa struttura veniva continuamente sottoposta a mutamenti, così [tenuto conto di tutto questo] *non vi può essere dubbio di sorta sul fatto che propriamente neppure ad un singolo passo di questa raccolta di excerpta possa attribuirsi dal punto di vista storico un qualsivoglia grado di attendibilità degno di nota*, e, che, nonostante tutti i tentativi, altrimenti così meritevoli, di collegare una testimonianza estratta dai *Digesta* con notizie di altro tipo, rimane sempre in sottofondo il dubbio: chi

<sup>(74)</sup> G. Hugo, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*<sup>5</sup>, cit., § 363.

<sup>(75)</sup> G. Hugo, *Juristische Encyclopädie*, Berlin, 1792<sup>1</sup>, § 223, pg. 107.

<sup>(76)</sup> G. Hugo, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*<sup>5</sup>, cit., § 361.

può sapere se questo è vero, se, per esempio, Ulpiano abbia in realtà detto quanto Giustiniano gli mette sulle labbra, o non invece con chissà quali limitazioni? Si contrassegnano alcuni di questi frammenti con l'epiteto: *Emblemata Triboniani*, forse per far credere che tutti gli altri siano rimasti invariati, *all'incirca nello stesso modo in cui Montesquieu dice che alcuni pazzi vengono rinchiusi, per mostrare che tutti i rimanenti sono savi* »<sup>(77)</sup>.

Certamente l'elemento veramente nuovo nel discorso del nostro è in ogni caso rappresentato dalla trasposizione a livello di teoria generale delle fonti di quanto la tradizione thomasiana della *Prudentia Legislatoria*, in virtù dell'ossequio alla struttura dello Stato territoriale, manteneva semplicemente confinato nel campo di una critica al 'Giustiniano legislatore': una trasposizione che potrebbe però forse anch'essa venire ricondotta agli intenti di Hugo di tener conto proprio dei mutamenti che quella nozione di Stato territoriale subiva, contribuendo a meglio comprendere e a modificare, laddove ce ne fosse bisogno, « das jetzige Hannoverische Recht »<sup>(78)</sup>.

Ma anche a questo proposito Hugo compie un passo *al di là* di Savigny. Il diritto positivo di ogni popolo si forma da se stesso — com'è noto (meno noto, e qui lo accenniamo soltanto, è il dato che non solo il diritto privato, ma entrambi, il diritto privato e quello pubblico, così si formano) —, proprio come la lingua, della quale costituisce anzi, ancora alla maniera di Condillac, una porzione integrante<sup>(79)</sup>.

In tal modo sorge una *determinata* situazione giuridica, *praeter* oppure *contra legem*; in ogni caso non solo per merito degli scienziati ma anche in forza dell'uso giurisprudenziale e avvocatizio: « *Auch bey dem PrivatRecht kommt es nicht darauf an, was für Gesetze nun einmahl da sind, ohne dass man sie förmlich aufgehoben hätte, sondern was die Richter, die Sachwalter, und die mündlichen und schriftlichen Lehrer von diesen, für jetzt gelten-*

(77) G. Hugo, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, Berlin, 1799<sup>2</sup>, pgg. 352-353 (§ 272; vedi anche la terza edizione, Berlin, 1806, § 288).

(78) G. Hugo, *Beyträge*, cit., Bd. 2, pg. 654.

(79) G. Hugo, *Die Gesetze*, cit., pgg. 116-121.

des Recht halten. Hoc jure utimur, steht gar oft in unsern Corpus Juris; auf *arrets*, auf *reports*, auf *Erkenntnisse der Gerichte*, auf die übereinstimmenden Zeugnisse der Schriftsteller sieht man überall. Kein Jurist wird zweifelhaft seyn, was er lieber für und wider sich haben wolle, ein ausdrückliches Gesetz, oder eine Menge Beweise, dass es ganz anders gehalten werde »<sup>(80)</sup>.

Che sia così — sostiene il professore gottinghese — non può essere confutato da nessuno ed una valutazione negativa di questa situazione non può avere alcun valore, data la sostanziale convergenza che esiste tra quanto si può presuntivamente ricavare dall'opinione realmente dominante di un qualsiasi popolo sulle verità giuridiche e ciò che invece si deduce « *aus dem Zweck alles positiven Rechts* ». Lo scopo più importante del diritto non è infatti — e in questo Hugo è d'accordo con Spittler — altro che « *Gewissheit, Zuverlässigkeit einer Regel, sie sey entstanden, wie sie wolle, und in den meisten Fällen sogar auch ohne Rücksicht auf ihren Inhalt; denn Sätze des PrivatRechts sind fast immer gut, so wie sie nun einmahl sind* »<sup>(81)</sup>.

Se così è, è anche ovvio che la maggiore certezza e la sicurezza *sociologica* della conoscenza di una norma non possono essere assicurate da leggi « nero su bianco », che la maggioranza della popolazione non ha mai letto o tanto meno potuto ritenere, ma unicamente dall'*uso quotidiano*, sul quale tutti i *Sachverständigen* sono sempre di un'unica opinione<sup>(82)</sup>. Il diritto infatti rappresenta per Hugo esplicitamente non altro che la 'règle du jeu': simile ad un gioco esso sorge mediante continue e numerose *Entscheidungen* che vengono tacitamente presupposte, « und wenn sich ein Fall eräugnet, den die Spieler noch nicht kennen, so tragen sie ihn am liebsten irgend einem unpartheyschen Dritten, etwa dem benachbarten Tische vor, und dessen Entscheidung wird dann Regel für künftige Fälle ». Non v'è la minima traccia d'irri-

---

<sup>(80)</sup> *Ibid.*, pg. 126.

<sup>(81)</sup> *Ibid.*, pgg. 127-128; cfr. per le concordanze e discordanze da Spittler le sue *Vorlesungen über Politik*, in *Id.*, *Sämmtliche Werke*, hrsg. von K. Wächter, Stuttgart und Tübingen, 1828, pgg. 215-216. Sul punto torneremo più oltre.

<sup>(82)</sup> G. Hugo, *Die Gesetze*, cit., pg. 127.

verenza o di ironia nelle espressioni del Nostro: Spirito del diritto (romano) e *Geist des Spiels* sono un'identica cosa<sup>(83)</sup>.

Secondo questi parametri teorici approntati da Hugo, si doveva allora concludere — contrariamente a quanto sosteneva, com'è noto, Savigny — che in Germania (od anche in ciascun suo singolo stato) fosse *già* presente un diritto veramente 'nazionale', formato mediante la stessa volontà del popolo ed in vista delle sue specifiche esigenze. Un presupposto di questo tipo poteva divenire comprensibile soltanto mediante una ulteriore lettura dell'atteggiamento di Hugo: ovvero a partire da una constatazione, che emergeva in ultima analisi nello stesso riferimento di ogni suo lavoro non alla classe dei giuristi (anche pratici) 'come tali', ma invece alla struttura di un corso universitario. Il giurista gottinghese sembrava ritenere infatti che il *Corpus iuris* si comportasse in funzione alla situazione giuridica del presente ponendosi nell'*identico* rapporto — e di conseguenza con la *medesima carica di validità* — nel quale assai verosimilmente era stato collocato da Giustiniano quando lo additava ai giuristi come norma del loro insegnamento scientifico: ovvero come fondamento e fonte della scienza giuridica, come '*corpus legitimaе scientiæ*', non propriamente come codice inteso in senso moderno<sup>(84)</sup>.

La coerenza del discorso presupponeva quindi che in Germania quest'ultimo tipo di codice — anche lasciando da parte la questione se il *Corpus iuris* in sé e per sé corrispondesse o meno ai canoni moderni del concetto di codice — non fosse disponibile, e che perciò si fosse in presenza soltanto di singole leggi contenute nelle *Reichs-und Landesordnungen*. Hugo pur dando ad intendere — del resto in un contesto fortemente ironico — di poter anche ritenere che Giustiniano avesse approntato, naturalmente nel momento di più profonda decadenza, « einen Auszug, unsere Pandecten... die das erste GesetzBuch,

<sup>(83)</sup> *Ibid.*, pg. 132.

<sup>(84)</sup> Si veda B. W. PFEIFFER, *Ideen zu einer neuen Civil-Gesetzgebung für Teutschen Staaten*, Göttingen, 1815, pg. 47; cfr. altresì E.F. VOGEL, *Untersuchungen über die Bestandtheile, Natur und wissenschaftliche Stellung des Pandektenrechts*, Leipzig, 1831, pg. 96 e vedi ancora G. HUGO, *loc. ult. cit.*, pgg. 101-103.

im Sinne der Neuern, waren, seit dem die Welt stand... », rileva tuttavia con altrettanta cura che né un Papiniano né un Ulpiano avevano mai pensato ad un codice, e che quindi, *prima* della decadenza — giusta l'identità di struttura tra medicina e giurisprudenza —, « ... gab es juristische Bücher, auch wohl Verordnungen über juristische Gegenstände, *wie es medicinische Bücher und medicinische Verordnungen* (Medicinal-Ordnungen, Hebammen-Ordnungen u. dergl.) gibt, aber um Gotten Willen Kein medicinisches Gesetzbuch, *aus welchem die Aerzte ihre CurArt nehmen sollten...* » <sup>(85)</sup>.

In chiusura della stessa recensione, tuttavia egli — certo con l'aria di spezzare una lancia in favore di Savigny e della sua « Behauptung, dass das Römische Recht für uns unentbehrlich sey », ma anche con la consapevolezza di aggiungere qualcosa di nuovo — solleva da se stesso l'obiezione che alcuni « entusiasti della codificazione » avrebbero potuto rivolgere a Savigny, opponendogli « die Engländer... die zwar jetz die vornehmsten Doctoren Desselben [il diritto romano] haben, aber im Uebrigen seit Jahrhunderten es gar sehr vernachlässigten »; la conclusione del Nostro ci pare abbastanza chiara nella sua singolarità: « so fragt Rec. Die Eiferer für ein GesetzBuch, *wo denn eben diese Engländer*, denen man in der That NationalSinn nicht ganz absprechen kann, *ein GesetzBuch haben?* » <sup>(86)</sup>.

Che Hugo assai più della 'figura' continentale del diritto comune abbia davanti agli occhi — ad un livello quasi formale, e non solamente di vago richiamo od analogia — proprio il modello e la suggestione della *common-law* inglese, potrà apparire ancora più evidente quando si rifletta su di un altro punto.

Infatti in astratto poteva essere di per sé giustificata o, se si vuole, anche scientificamente esatta l'osservazione che non ogni luogo o costituzione giustiniana, « die einen Rechtsatz ausspricht, ein Gesetz sey » <sup>(87)</sup>. Ma ciò non avrebbe implicato tuttavia immediatamente una conclusione sulla falsità dell'uso lin-

<sup>(85)</sup> G. HUGO, *Beyträge*, cit., Bd. 2, pgg. 214-215.

<sup>(86)</sup> *Ibid.*, pgg. 217-218.

<sup>(87)</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*<sup>5</sup>, cit., § 262.

guistico medesimo che utilizzava il termine *Gesetz* al posto di *Rechtssatz* nel sistema di un paese di *Jus commune* (come indubbiamente era la Germania del tempo), se non implicitamente postulando come altrettanto inadeguata l'opinione comune secondo la quale il *Corpus Iuris* « *seinem ganzen Inhalte nach, als Gesetzbuch oder Sammlung von Gesetze gilt* »<sup>(88)</sup>. Veniva così messa in questione la proponibilità stessa persino a livello di formulazione espressiva del principio che il *Corpus Iuris*, anche secondo il suo contenuto, avesse titolo ad assumere come tale forza di legge, o per essere considerato una raccolta di leggi.

Il complesso delle considerazioni sin qui avanzate viene ad essere sinteticamente riepilogabile con il riconoscimento della finalità che Hugo, nella sua prospettiva tutta peculiare, poteva in definitiva proporsi. Egli aspirava tendenzialmente a portare la scienza in una condizione che non era certo quella che Savigny riteneva la sola adeguata al tempo suo, auspicando « *die Beybehaltung der ganzen Masse des bisherigen gemeinen Rechts* », cui sarebbe stata da affiancare a sostegno una legislazione civile a carattere di intervento puntuale, settoriale (soluzioni di controversie o inventari di antiche consuetudini).

Bisognerà piuttosto ritenere che il suo ideale avrebbe trovato compimento solo in una *status* nel quale *al diritto romano fosse del tutto sottratta la sua forza di legge, senza tuttavia sostituirgli un'altra forma di codice*.

Si comprende da sé l'altissima valutazione che il Nostro in tal modo viene a proporre della scienza giuridica e di una consuetudine vista ancora, con occhi completamente illuministici, come costume, abitudine, *Gefühl*, nel senso di un'osservanza di massime la cui concordanza con la ragione non è stata ancora 'esattamente' determinata od esaminata; piegando così entrambe le nozioni a funzioni diverse da quelle che tuttavia Savigny avrebbe voluto veder loro assegnate.

L'immagine che lo stesso Gottinghese adduce è estremamente caratterizzante: « Una gran quantità di persone conosce esempi

---

<sup>(88)</sup> Cfr. B. W. PFEIFFER, *op. cit.*, pg. 49; G. HUFELAND, *Ueber den eigenthümlichen Geist des Römischen Rechts im Allgemeinen und im Einzelnen mit Vergleichen neuer Gesetzgebungen*, 1. Theil, Giessen, 1815, pg. 50 ss. e 145.

di testamenti che — ammettiamolo per un momento — erano stati confezionati davanti a sei testimoni, e della cui validità nessuno ha mai dubitato. Ora qualcuno riponendo il suo affidamento in questa situazione, fa un testamento simile, e muore. Si scopre adesso invece che v'è una disposizione od un decreto che richiede sette testimoni. Si dovrebbe forse auspicare che qui si desse applicazione al decreto, o non si dovrebbe al contrario piuttosto ritenere quest'ultimo come un semplice *pretesto*, se in questo caso singolo ci si comportasse in modo diverso di quanto è stato fatto sinora o in cento altri casi? »<sup>(89)</sup>.

Il tipico carattere di *case-law* che Hugo attribuisce alla funzione concreta della giurisprudenza è sottolineato e fatto ancor meglio risaltare dal continuo ricorrere del parallelo (non inteso metaforicamente) con la medicina; una parallelo del quale si serve in luoghi topici coessenziali alla tenuta stessa di tutto l'edificio argomentativo. Basti pensare al caposaldo della dottrina assolutistica delle fonti, la volontà tacita del sovrano come unico presupposto essenziale della validità del diritto consuetudinario, e alla critica radicale cui Hugo lo sottopone come frutto di una esagerata *sopravalutazione* di tutto ciò che è giuridico, utilizzando addirittura soltanto in via subordinata il più noto paragone con *Sprache und Sitte*: « In Ansehung des zweyten Punctes, der Herleitung eines GewohnheitsRecht aus dem stillschweigenden Willen des Gesetzgebers, konnte man glauben, *eine gar sehr übertriebene Vorstellung von der Wichtigkeit alles Juristischen* habe diese Ansicht hervorgebracht. Wo ist denn der Regent, der alle Sätze des PrivatRechts gegenwärtig weiss oder auch je gewusst hat, wornach seine Unterthanen Leben? Ein solcher ist gewiss eben so selten, und man hat nicht mehr Ursache es sich leid seyn zu lassen, dass er so selten ist, als ein Regent, der alle medicinischen Wahrheiten wüsste. Der gute Regent will freylich, dass seine Richter die Juristische Wahrheiten befolgen, er will aber auch desselbe in Ansehung der medicinischen von der Aerzten in seinem Lande. Wie jene Wahrheiten geworden sind und wie man diese Wahrheiten entdeckt hat, ist völlig gleichgültig; ein Rechtssatz den er selbst aufgestellt hat, ist ohngefähr einem Arzeneymittel

---

<sup>(89)</sup> G. Hugo, *Die Gesetze*, cit., pg. 128.

gleich zu setzen, von dessen Zuträglichkeit er durch seine Arzney-mittel überzeugt worden ist. Eine kleine Vorliebe bekommt er vielleicht gerade für diese; aber nie wird er darauf dringen, dass es gar keine andern gebe »<sup>(90)</sup>.

Se si accoglie questa interpretazione globale, si riuscirà forse a capire meglio, da un lato, come ad Hugo stesse tanto a cuore l'accettazione del suo nuovo modo di citare il testo giustiniano « nach Zahlen ». Egli lo vedeva in stretta connessione 'ideologica' con l'interezza degli sforzi sistematici, e non solo suoi<sup>(91)</sup>; ma di nuovo, e soprattutto, con la sua teoria della legge: « Tuttavia a ciò si aggiunga ancora una proposta, che in sé sarebbe indipendente da questo citare con i numeri, ma che molto bene vi si connette, anzi si traduce in un'unica variazione (es geht in einer Veränderung hin). Ed è quella che si rinunci del tutto al nome *lex* così altamente inadatto e fuori luogo, e che poi, con assoluta certezza — si dica ciò che si vuole in contrario —, porta con sé concetti collaterali del tutto falsi. Che vi si rinunci completamente, dacché chiamare *lex* parole come: *et loco*, notoriamente il passo più breve delle Pandette, fr. 2.D.47.9. oppure: *Partus pi-*

---

<sup>(90)</sup> *Ibid.*, pgg. 128-129: « In riferimento al secondo punto, la derivazione di un diritto consuetudinario dalla volontà tacita di un legislatore, si potrebbe credere che alla origine di una simile concezione abbia contribuito una ben esagerata rappresentazione dell'importanza di tutto ciò che è giuridico. Dove mai si può trovare un sovrano che abbia presenti attualmente tutte le proposizioni del diritto privato secondo le quali i suoi sudditi vivono, od anche le abbia mai avute in mente? Un tale sovrano è certamente altrettanto raro — e non si ha più motivo di lamentarne la rarità — di quel principe che conoscesse tutte le verità mediche. Il buon principe vuole certamente che i suoi giudici seguano e diano applicazione alle verità giuridiche, ma egli vuole l'identica cosa anche in riferimento alle verità mediche messe in opera dai medici nel suo paese. Come quelle verità siano divenute e come le si sia scoperte, è completamente indifferente; una proposizione giuridica che egli stesso abbia messo in vigore è praticamente da equiparare a un mezzo medicamentoso, della cui sopportabilità e convenienza egli è stato convinto dalla sua esperienza. Forse egli avrà certo una piccola dose di predilezione proprio per questo mezzo, ma non verrà certo mai a premere, perché non se ne dia alcun altro ».

<sup>(91)</sup> G. HUGO, *Ueber die Art, das Corpus Iuris zu citiren*, cit., pgg. 220-221, con specifico riferimento a Pütter.

*gnoratae ancillae in pari causa esse, qua mater est, olim placuit* in Codex, c. I. C. 8, 25., è tuttavia veramente qualcosa d'improprio. Alcuni olandesi avrebbero voluto chiamare ogni passo contenuto nelle Pandette *caput*, ma *et loco* non è appunto un *caput*, e certe narrazioni o discorsi come possono essere considerati il *caput* di una legge? Infatti che altro sono i luoghi nelle Pandette se non singoli *excerpta*, singole schegge, *Frammenti* di scrittori privati, le cui opere certo già nella tarda Latinità prima di Giustiniano erano state denominate *leges*? Ma i passi del Codex, anche se molti non superano quell'estensione, non sono assolutamente frammenti... » <sup>(92)</sup>.

Si comprenderà però ancora più facilmente — adesso che la posta in palio ci è meno oscura — il rifiuto di Savigny!

Un Savigny del quale ci possiamo agevolmente avvedere — se appena riprendiamo la celebre recensione alla *Rechtsgeschichte* — che non aveva accettato senza reagire il serrato corso delle riflessioni del Gottinghese, a suo dire troppo inquinate dalla storia politica.

Quegli infatti nel negare ogni attendibilità « in historischer Rücksicht » alle Pandette — che, non lo dimentichiamo, contengono secondo Savigny il diritto romano « das wir brauchen » — si era spinto un po' « troppo oltre. Vale a dire che puro arbitrio, senza alcuno scopo, non si lascia ammettere nel caso dei Compilatori, e dunque interpolazioni possono essere presupposte soltanto laddove esse divennero necessarie a causa e mediante la determinazione e destinazione pratica delle Pandette. Ma su questa necessità si può decidere, anche se non proprio sempre, tuttavia *spessissimo, con grande probabilità*. Ogni prova storica a partire dalle Pandette esige per conseguenza una critica del tutto peculiare, e non sarebbe immeritevole, se si illustrassero le regole di questa critica, spiegandole per mezzo dell'applicazione ad esempi significativi » <sup>(93)</sup>.

Per dirla con il Montesquieu di Hugo, Savigny esigeva allora non solo che si rinchiudessero alcuni pazzi, per lasciare tutto il

<sup>(92)</sup> *Ibid.*, pg. 226.

<sup>(93)</sup> F. C. von SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, V (1806), Berlin, 1850, pg. 32.

resto invariato, ma pretendeva inoltre che si fissassero — in conformità ad una tradizione che celebrava i suoi fasti anche in campo ermeneutico — le regole per chiuderli alla bisogna.

Abbandonato lo scherzo, bisognerà in ogni caso osservare — in quanto il passo implicitamente vi allude — come l'assunzione del carattere codicistico della compilazione giustiniana farà sì che il professore berlinese si schieri ancora una volta — metaforicamente, ma anche fuor di metafora — per così dire, 'dalla parte' di Thibaut su di un problema decisivo, divenendo anch'egli teorico dell'interpretazione<sup>(94)</sup>. Per non accennare nemmeno a teorie da una simile mancanza di dubbi ovviamente originate, come quella dei giuristi romani come persone fungibili. Anzi egli potrà proseguire imperturbabile, ma con tutta naturalezza e consequenzialità, a parlare di interpretazione delle leggi giustiniane nel loro complesso ancora nel *System*<sup>(95)</sup>.

Per Hugo invece il problema ermeneutico, impostato a fini pratici, non sarà solo un tema che non si sognerà mai neppur lontanamente di inserire in una qualsiasi delle edizioni del suo 'Sistema del diritto romano attuale'. Ma sarà un tema al quale inoltre, non attribuirà in generale alcun valore specifico, facendovi cenno casualmente e con enunciazioni pronunciate con evidenza 'obtorso collo'.

Il perché non può rimanere a lungo misterioso se si leggono le troppo sconosciute parole con cui un contemporaneo tratteggiava magistralmente la sua concezione: «Denn, wo dem Juristen ein bestimmtes Gesetz zur Seite steht, ist er der Prüfung überhoben, ob das, was gesetzlich ist, auch recht sey; ohne Gesetzbuch hingegen wird er alles aufbieten müssen, um durch eigenes Studium es so weit zu bringen, das er, verlassen von dem positiven Wegweiser, mittelst eignen Nachdenkens *jeden vorkommenden Rechtsfall richtig*, d.h. allgemein gültig, zu beurtheilen und zu entscheiden vermöge, wodurch die Rechtswissenschaft nothwendig bis zum Höchsten Grade ihrer Ausbildung gesteigert werden muss. Hugo's

<sup>(94)</sup> Cfr. sul punto G. MARINI, *Gustav Hugo*, cit., pg. 49.

<sup>(95)</sup> F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, Berlin, 1840, pg. 240 ss.

Vergleichung der Jurisprudenz mit der Heilkunde wäre in diesem Betracht vollkommen passend »<sup>(96)</sup>.

In una prospettiva di questo tipo veniva inevitabilmente a cadere la necessità che si rivelerà invece imprescindibile per l'ottica savignyana — e poi più ampiamente per l'intera 'Scuola Storica' —; e vogliamo far riferimento all'utilizzazione massiva della nozione di rapporto giuridico come elemento in certo modo catalizzatore. Per apprezzare meglio la distanza che sussiste tra la soluzione 'perorata' dal Gottinghese rispetto alle diverse proposte savignyane non ci pare che si offra via più piana di quella di sviluppare ed approfondire le intuizioni che facevano seguito alle significative affermazioni che abbiamo appena potuto leggere; intuizioni che formavano, d'altro canto, tutt'uno con il giudizio d'impraticabilità che colpiva in ultima analisi il tentativo hughiano: sarebbe oggi sin troppo agevole riconoscere retrospettivamente il carattere 'profetico' d'una simile valutazione.

Il prezzo da pagare per quel paragone non era modesto: la scienza giuridica non poteva essere infatti accostata all'arte terapeutica, proprio in quanto parlare, anche soltanto a livello pratico, esclusivamente di 'casi' giuridici avrebbe voluto significare il disconoscimento dell'esistenza di « stabili rapporti giuridici ». Solo questi ultimi, appunto in forza della loro durata ed efficacia generale, avrebbero permesso la formazione di *Grundsätze*, le quali avrebbero immediatamente rinviato ad una competenza concettuale che non poteva in ogni caso rimanere rinchiusa nell'ambito di un diritto pensato soltanto in veste di *case law*, o, rispetti-

---

<sup>(96)</sup> « Poiché laddove a fianco del giurista è dato trovare una legge determinata, egli viene esentato dall'esame volto ad accertare se ciò che è legislativamente fissato, sia anche di fatto diritto; in assenza di codice invece egli sarà chiamato a dover far di tutto per condurre così avanti, mediante il suo personale studio, la condizione del diritto che egli, abbandonato da ogni positiva guida, mediante il suo proprio riflettere si ponga in condizione di valutare e decidere giustamente — cioè con validità generale — ogni specifico caso giuridico che gli si pari dinanzi; mediante una simile attività senza dubbio la scienza giuridica dovrà essere elevata necessariamente fino al più alto grado della sua 'formazione'. Il paragone di di Hugo della giurisprudenza con la scienza medico-terapeutica sarebbe in questo caso assolutamente calzante » (B. W. PFEIFFER, *Ideen*, cit., pgg. 50-1).

vamente, di disciplina suscettibile di apprendimento scientifico-academico.

L'alternativa non doveva trovare espressione più acutamente calzante di questa avanzata — seppure in via di fatto e parzialmente — proprio da quell'(allora) famoso contemporaneo: non a caso fautore del partito della codificazione, un fautore che aveva l'unico difetto d'essere altresì annoverabile tra i cosiddetti 'giuristi pratici'. Ed un tale difetto era evidentemente sufficiente, nonostante la sua amicizia personale con Savigny, a far tuttavia sì che la memoria storica delle sue intuizioni dovesse andare perduta per la storiografia.

Alternativa, si diceva: *Rechtsverhältnisse* (Savigny) 'contro' *Fälle* (Hugo). Da un lato rapporti giuridici, sistema, come strumenti per 'dominare' la prassi; dall'altro *case-law* accanto a sistema come dato puramente dotto e scientifico, ovvero mezzo atto all'insegnamento.

Se si accetta l'interpretazione sistematico-globale fin qui proposta si potrà allora cogliere in tutta la sua pregnanza un dato significante: la divergenza sul rapporto teoria-prassi è divergenza che riemerge a tutti i livelli, diffusamente; non ha, in altre parole, carattere liminale o, peggio, puramente occasionale.

A chi trovi questa interpretazione globale pur tuttavia sempre troppo azzardata o troppo 'controcorrente' si potrà forse rispondere con un accenno ad una vicenda rimasta anch'essa, consequenzialmente, sepolta nella massa inesplorata delle testimonianze di cui tutto il *Cursus* nella sua dimensione progettuale è con dovizia circondato, e non esclusivamente dalla mano 'tutelatrice' del suo ideatore.

La vicenda è non altro che quella della presa di conoscenza da parte del nostro Gottinghese dell'interpretazione di cui per grandi linee si faceva parola.

Quel medesimo contemporaneo gli era infatti tutt'altro che ignoto: da lui Hugo ricordava significativamente d'aver ricevuto una confortante quanto per certi versi sorprendente conferma della sua imparzialità di non cieco sostenitore del diritto romano: « Von dieser Unbefangenheit erlebt er [der Rezensent] jetzt eine merkwürdige Anerkennung, indem ein sehr bekannter SchriftSteller, freylich auch einer seiner redlichsten Freunde, bey der Umar-

beutung eines Werkes gegen Savigny und ihn, dennoch gerade ihn zum Vertrauen gewählt hat »<sup>(97)</sup>.

Anzi l'autore del *Cursus* — in una lettera allo stesso Pfeiffer, che allo stato attuale deve ritenersi purtroppo perduta<sup>(98)</sup> — prendeva esplicitamente posizione, come stavamo ricordando appena un attimo fa, a proposito di quel tipo d'interpretazione. Si trattava di una presa di posizione difensiva, ma assai singolarmente (e adesso per noi sintomaticamente) non sul merito di essa o sulla consistenza del rilievo della divergenza da Savigny anche in tema di diritto romano.

Hugo mostrava invece di dissentire piuttosto soltanto su di un punto: egli si preoccupava infatti di negare che una tale concezione a lui ascritta — quindi implicitamente riconosciuta esatta —, potessero essere qualificata come *del tutto* peculiare, dal momento che in tempi recenti e passati altri a suo avviso l'avevano sostenuta. E questo pur in costanza di un testo che di là da ogni equivoco si preoccupava non della genesi culturale della teoria, ma soltanto di una divergenza attuale<sup>(99)</sup>.

Il fatto si è che anche il 'sistema' del diritto romano attuale di Hugo restava così fin dall'inizio consegnato alla più generale 'anomalia' del suo autore: bisognerà attendere cinquant'anni prima di riveder comparire, con un senso ormai nuovo, quella denominazione.

Ma al problema dell'attualità del diritto romano egli era riuscito tuttavia ad ancorare persino il dibattito a lui posteriore; un

<sup>(97)</sup> G. HUGO, *Recensione a N. T. VON GÖNNER, Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*, Erlangen, 1815, in Id., *Beyträge*, cit., Bd. 2, pg. 239. Il riferimento è appunto a Pfeiffer.

Per ulteriori notizie biografiche, soprattutto sotto il profilo della vicenda della sua amicizia con Savigny, vedi J. NOLTE, *Burchard Wilhelm Pfeiffer, Gedanken zur Reform des Zivilrechts*, Göttingen-Zürich-Frankfurt, 1969, spec. pgg. 13-17.

<sup>(98)</sup> Uno stralcio ce n'è stato fortunatamente conservato dallo stesso destinatario in *Ideen*, cit., pg. 46, nota. Sullo stato degli epistolari pfeifferiani vedi ancora J. NOLTE, *op. cit.*, pg. 13, nota 4.

<sup>(99)</sup> Di fatto basterebbe il riferimento, oltre al nome di Thomasius, alle medesime impostazioni del contemporaneo Hufeland: cfr. C. T. WELCKER, *Recensione a G. HUFELAND, op. cit.*, in *Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*, N. 50 (1844), pg. 785 ss.

dibattito, cioè, l'esclusione dal quale dovette pagare come prezzo bruciante.

Da quell'esclusione non riuscirà a sottrarsi neppure quando pubblicherà nel 1840 una lunga e significativa recensione proprio al primo volume del 'Systema' savigniano.

Valutando un'affermazione del più giovane berlinese, Hugo coglie forse per l'ultima volta l'occasione di rallegrarsi, anche se solo « in anticipo ». Il destino vorrà sottrargli possibilità più approfondite di verifica; ma le sue parole valgono tuttavia, pur prese in sé e per sé, come una sorta di esplicita 'confessione' dell'itinerario della sua vita e degli (di alcuni) intenti che la guidarono: come tali meritano d'esser lette ed interpretate.

Al Nostro sembra cioè di scorgere finalmente un barlume d'accostamento a qualcosa cui teneva non poco, « perché egli [il Recensore] è molto propenso alla teoria thomasiana del *non usus* (... *der Thomasischen Ansicht von dem non usus mancher Lehren sehr geneigt ist*) »<sup>(100)</sup>.

Un cerchio si chiude, per sempre: il tono 'retrodatato' di tutta la recensione lo lascia intendere. Ma forse si tratta di qualcosa di più dell'ultimo bagliore, degli ultimi fuochi della scienza giuridica settecentesca che muore. È un frammento di storia giuridica quello che Hugo ci propone, un cammino che è giunto, in silenzio e magari ai più inavvertito, fin dentro il cuore dello stesso Ottocento.

2. a) Il progressivo distacco da questo tipo di tradizione giuridica settecentesca non si rivelerà, com'è facilmente intuibile, processo semplice, e cade comunque anch'esso ben al di là della cesura temporale rappresentata dal principio del nuovo secolo, ve-

---

<sup>(100)</sup> G. HUGO, *Recensione* a F. C. VON SAVIGNY, *System*, cit., Erster Band, in *Göttingische Gelehrte Anzeigen. Der zweyte Band aus das Jahr 1840*, Göttingen pgg. 1012-1013.

La recensione che qui utilizziamo passa per solito, ancora oggi, sotto silenzio, anche per il motivo ch'essa non è ricompresa nella raccolta generale dei suoi interventi costituita appunto dai *Beyträge*: sulle successive prese di posizione anch'esse relative ai nuovi volumi del *System*, come pure sulla acuta recensione al *Gewohnheitsrecht* puchtiano (che ha subito la stessa sorte), avremo comunque occasione di soffermarci approfonditamente più oltre.

nendo anzi a costituire uno degli assi attorno ai quali si combatterà la battaglia tra 'scuola' hegeliana e scuola 'storica'.

Ad un tale processo di 'emancipazione' volevamo fare cenno intitolando la presente sezione alla 'depoliticizzazione' del diritto comune: l'espressione da noi scelta denuncia tuttavia, e lo vedremo, un risvolto tecnico ben preciso.

A nostro avviso, questo retroterra si palesa in ogni caso quale sintomo del medesimo sviluppo giuridico generale che trova un suo riscontro specifico anche sul piano della teoria del sistema. Si tratta in breve di quanto già in precedenza<sup>(101)</sup> abbiamo tentato di racchiudere nella formula espressiva di un trapasso dal sistema monoreferenziale ad una concezione 'a referenza binaria'.

Sul tema torneremo a più riprese nel corso della presente analisi. Sarà bene tuttavia farvi già fin da ora un puntuale riferimento, anche perché grazie ad esso saremo in grado di comprendere più compiutamente la posta in palio nelle discussioni relative alla funzionalità di un 'diritto romano odierno' ad essere organizzato in sistema, discussioni delle quali ci apprestiamo ora a seguire l'itinerario di là dalla 'cesura' del nuovo secolo.

La dimensione 'moderna' del diritto nella sua fase iniziale si caratterizza quasi come una 'impossibilità' di pensare il suo oggetto senza la distinzione tra sfera pubblica e sfera privata<sup>(102)</sup>: questa impossibilità dimostra tuttavia che la forma giuridica non

<sup>(101)</sup> Ci permettiamo di rinviare ancora al nostro *Systema iuris I*, cap. IV, par. 2, spec. pg. 358 ss.

<sup>(102)</sup> La più acuta percezione delle implicazioni che al livello medesimo dell'organizzazione dei corsi universitari erano ingenerate dal permanere nel solco segnato da questa *Zwangssystematik*, con la sua conseguente riduzione degli altri settori a meri « Nebengebiete », è quella consegnataci dalle risalenti riflessioni di J. W. HEDEMANN, *Das bürgerliche Recht und die neue Zeit. Rede gehalten bei Gelegenheit der akademischen Preisverteilung in Jena am. 21. Juni 1919*, Jena, 1919; cfr. spec. pg. 12 ss. e 22 ss. Hedemann era comunque ben consapevole della stretta interdipendenza sussistente tra questa che poteva a buon diritto apparire una forma di conoscenza « reinwissenschaftliche... bloss systematische » e il contesto socio-economico che vi si celava dietro: una consapevolezza che non va rifiutata a priori neppure ai 'pionieri' di un itinerario così ricco di risvolti ancora 'oscuri', nonostante la (o forse proprio a motivo della) sua incontestabile centralità nell'evoluzione della dimensione moderna della scienza giuridica.

si presenta allo stato puro. In altri termini il suo principio di identificazione è ricevuto, mutuato da quella distinzione di contenuto, che rinvia dal canto suo ad una organizzazione pratico-materiale dei soggetti empirici e della medesima struttura organizzativo-accademica dei saperi (<sup>103</sup>).

Un simile processo viene assai spesso descritto come un fenomeno di ascesa del ' formalismo giuridico ', una via aperta verso la massima astrazione realizzabile (<sup>104</sup>), tale da assurgere alla figura del diritto eguale.

Esprimere la nostra personale convinzione che ci inclina a ritenere questo tipo di *trend* interpretativo, così come è abitualmente proposto, quantomeno inadeguato ed in ultima analisi neppure eccessivamente dotato di un alto potenziale esplicativo, potrebbe sembrare a questo punto all'occhio dell'attento lettore forse null'altro che valutazione a dir bene impregnata di un troppo accentuato ' soggettivismo '. Né probabilmente il quadro muterebbe di molto se tentassimo di soggiungere, a mò di concretizzazione — pur necessariamente parziale —, che piuttosto dovrebbe parlarsi di emersione di un diritto privato ' speciale ', elevato al rango di una generalità in sé assai poco ' privatistica '; ed anzi, nelle sue più vistose manifestazioni scientifiche, altrettanto poco conforme ai pretesi canoni di una razionalità formale volta ad assicurare per via di analisi logico-deduttivistica la massima calcolabilità e stabilità del funzionamento del diritto, secondo una tentazione che la brillantezza di certe analisi weberiane non fa che irresistibilmente rafforzare (<sup>105</sup>).

---

(<sup>103</sup>) Cfr. P. BARCELLONA, *I soggetti e le norme*, Milano, 1984, pg. 125 ss.

(<sup>104</sup>) Tra i molti interventi in questo senso particolarmente interessante, perché fa capo ad un orizzonte solidale con la tradizione del ' realismo scandinavo ' e quindi non ad un tipo di critica ancora interno alla vicenda aperta dal ' formalismo ' pandettistico, appare F. SCHMIDT, *The German Abstract Approach to Law. Comments on the System of the Bürgerliches Gesetzbuch*, in *Scandinavian studies in law*, 1965, pg. 133 ss.

(<sup>105</sup>) Le migliori analisi esistenti del fenomeno pandettistico considerato nella sua globalità — ed intendiamo, ovviamente, riferirci ai lavori di Franz Wieacker — si muovono del tutto consapevolmente nei confini segnati dall'*auctoritas* di Weber. Non si tratta però soltanto di attirare l'attenzione sulla troppo marcata accentuazione weberiana del ruolo giocato dai fattori

Lascерemo più avanti alle parole di Thibaut il compito di illustrare con ben altra autorevolezza ciò che qui appare soltanto sottinteso, e con una dose eccessiva di azzardo.

Adesso quindi il problema va impostato altrimenti, interrogandosi sul 'come' si possa descrivere il campo di quel 'formalismo' del diritto.

La risposta più avvertita prenderà certamente le mosse dalla valutazione dell'impossibilità di definire quel campo a partire dalla forma medesima, concludendo, al contrario, per l'esistenza di un *quid* che la predetermini: che perciò 'definisca prima' il criterio del giuridico, delimitandolo rispetto all'irrelevante giuridico. Il che equivale ad evidenziare la *parzialità* di un simile criterio, che potrà essere soddisfatta, individuando appunto i campi sui quali la forma giuridica viene ad insistere.

Una tale risposta comprenderà in una prospettiva del medesimo tenore anche il passaggio successivo che in tal modo si rendeva possibile: « il diritto moderno si può decifrare soltanto se si capisce che il sistema delle diseguaglianze e delle differenze si riduce a diseguaglianze economiche e *l'economia diventa un affare privato*. Si può capire l'autonomia della forma giuridica solo se si assume che l'economia resta fuori dal campo delle forme giuridiche... [e] si riduce ad un affare privato, un 'affare contingente' »<sup>(106)</sup>.

---

*innerjuristische* nello sviluppo della 'razionalizzazione' in senso formale del diritto (cfr. sul punto le puntuali osservazioni di M. TOSCANO, *Evoluzione e crisi del mondo normativo: Durkheim e Weber*, Bari, 1975, pg. 198 ss.), quanto piuttosto sull'inadeguatezza di una utilizzazione indifferenziata di categorie analitiche volte a ricondurre sotto il comune denominatore dell'impero di un'impostazione 'logico-deduttiva' la pandettistica ottocentesca.

Si tratta, in altre parole, di porre esplicitamente la questione dello 'spessore' logico assunto storicamente dalle costruzioni della *Begriffsjurisprudenz*; o, a dirla ancor più chiaramente, di storicizzare la logica medesima impiegata da quegli operatori giuridici, non soltanto cercando di penetrarne il meccanismo interno, ma altresì cogliendo l'occasione di evincerne le più globali finalità socio-politiche racchiuse nella scelta dell'uno piuttosto che degli altri molteplici modelli logici disponibili. Un'invito in questo senso, assai stimolante nei suoi ulteriori svolgimenti, in J. RÖDIG, *Axiomatisierbarkeit juristischer Systeme*, in Id., *Schriften zur juristischen Logik*, hrsg. von E. BUND, B. SCHMIEDEL, G. THIELER-MEVISSSEN, Berlin-Heidelberg-New York, 1980, pg. 49-90.

<sup>(106)</sup> Così P. BARCELONA, *I soggetti e le norme*, cit., pg. 127.

Tuttavia esistono secondo noi alcuni dubbi sulla totale omogeneità, se non strutturale, almeno storico-culturale dei processi che hanno condotto nei due campi ai rispettivi risultati. Altrimenti detto lo sviluppo delle (nuove) categorie elaborate dalla scienza giuridica palesa una certa quale 'sfasatura' rispetto al movimento storico generale e alle concettualizzazioni con cui veniva restituito nei settori di rispettiva competenza<sup>(107)</sup>; non si colloca quindi con esso su di un piano di corrispondenza biunivoca.

Si badi bene che una simile conclusione non postula affatto necessariamente l'assunzione d'una arretratezza (temporale) di

(107) In particolare non appare convincente la parallelizzazione tra gli strumenti concettuali messi in opera negli studi giuridici dell'Ottocento, che paiono rivelarsi comprensibili sullo sfondo di una società di individui isolati (cfr. le interessanti risultanze di uno studio, apparentemente di mera storia dei 'dogmi', sul problema della responsabilità per danneggiamento non dipendente da colpa e per l'esercizio di attività pericolose, R. OGOREK, *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert*, Köln-Wien, 1975, spec. pg. 14 ss., 48 ss«), e la (pretesa) fondazione delle nuove categorie economiche sul paradigma dell'uomo isolato.

È da dire che quest'ultima diffusa interpretazione degli economisti classici — vedi per un buon panorama da ultimo A. I. IACONO, *Il Borghese e il Selvaggio. L'immagine dell'uomo isolato nei paradigmi di Defoe, Turgot e Adam Smith*, Milano, 1983, pg. 82 ss. — non è essa stessa del tutto convincente. In realtà le correnti di pensiero inglesi e francesi che la sostanziano avevano indirizzato la loro indagine proprio verso l'obiettivo di individuare le — e rendere ragione delle — interdipendenze oggettive che legavano individui apparentemente isolati e indipendenti, fino al punto di rendere indispensabile una loro collaborazione ed in ogni caso trascendendo le loro volontà individuali.

Si faccia capo soltanto a questo passo di Adam Smith e alla valutazione assai poco entusiastica del modello di cui si discorreva in esso contenuta: «*The unassisted labour of a solitary individual, it is evident is altogether unable to provide for him such food, such cloaths, and such lodging, as not only the luxury of the great but as the natural appetites of the meanest peasant are, in every civilized society, suppose to require...*» (A. SMITH, *Early Draft of Part of The Wealth of Nations*, Chap. 2, *Of the nature and causes of public opulence*, in ID., *Lectures on Jurisprudence*, Ed. by R. L. MEEK, D. D. RAPHAEL and P. G. STEIN, Oxford, 1978, pg. 562).

Sulla questione torneremo comunque a più riprese nel corso della nostra analisi.

quelle categorie. Non sono cioè valutazioni di questo tipo che ci premono adesso in modo particolare. Allo stato attuale si sarebbe anzi altrettanto bene legittimati a concludere per l'ipotesi contrapposta: ovvero quella di una anticipazione sui ritmi oggettivi medesimi dello sviluppo.

La asimmetria — e, tutto sommato, il carattere non immediatamente 'razionale-calcolabile', persino improbabile — di questo rapporto ci pare emergere appunto con trasparenza nella linea tendenziale di svolgimento che abbiamo ritenuto di scorgere nel passaggio (o meglio, nella sostituzione) dall'una all'altra concezione di sistema.

Vediamo di chiarire meglio questo profilo per quanto concerne la teoria del sistema stesso.

Se esaminiamo infatti le definizioni moderne di sistema a partire da Lambert cercando di stabilire verso quali tipi strutturali esse tendano, salta agli occhi soprattutto una differenza decisiva.

A tutti i tentativi può senz'altro considerarsi comune la capacità di introdurre una separazione nella serie dei disparati elementi da prendere in considerazione con la finalità di far sì che la classe così determinata sia in un secondo momento suscettibile di essere ricondotta ad unità.

Si fa luce altresì in alcuni casi un'altro dato di cui dovremo tener conto in maniera 'privilegiata', ovvero la tensione rivolta ad avvicinare l'unità così raggiunta alla realtà esterna. Prescindendo però adesso da una sfumatura di questo tipo, ci accorgiamo che è l'unità medesima da concretizzare che si diversifica essa stessa nella sua 'natura', a seconda del punto di vista ordinante, del principio o, per usare la terminologia di una delle più avvertite analisi della questione, del sistematificatore che viene prescelto<sup>(108)</sup>.

Di fatto una forma di unità sorge già nel momento in cui si stabilisce il principio secondo il quale elementi della stessa specie possono venir 'isolati' dalle diverse altre specie di elementi. In tal caso il sistematificatore racchiude in sé soltanto l'asserzione che

---

<sup>(108)</sup> Cfr. AA.VV., (Düsseldorf Gruppe), *System und Klassifikation. Versuch einer terminologischen und thematischen Klärung des Begriffsfeldes*, in A. DIEMER (hrsg.), *System und Klassifikation in Wissenschaft und Dokumentation*, Meisenheim am Glan, 1968, pgg. 49-56.

esplica di quale specie debba rivelarsi un elemento perché per suo tramite possa sorgere un sistema. Se volessimo considerare sotto un'altra angolatura l'identica configurazione, potremmo riesprimerla anche così; il punto di vista o principio ordinante contiene soltanto una asserzione determinata; in conformità di essa gli elementi vengono distinti e separati a seconda che soddisfino o meno all'esigenza che quell'asserzione rende manifesta.

Il sistema è allora caratterizzato soltanto dall'asserzione che afferma la suscettibilità o meno di un coordinamento, di una subordinazione nei riguardi di questo principio: come conseguenza della sua applicazione verrà a sorgere una 'serie' degli elementi separati.

Ma per il raggiungimento di un'unità si può ritenere altresì necessaria una ulteriore determinazione. Essa si rende disponibile solo non appena si affianchi all'asserzione di cui si discorreva, e sempre rimanendo nell'ambito del sistematificatore, una *seconda* asserzione che si contraddistingua per la fissazione *dei canoni secondo i quali le parti (Theile) ottenute mediante l'asserzione originaria debbano reciprocamente comportarsi*, ordinandosi in conformità a questo elemento aggiuntivo.

In un certo senso, può anzi affermarsi che l'unità raggiunta su questo livello di secondo grado 'tenga' maggiormente, fino a doversi pensare come unità nel vero senso della parola. Un sistema caratterizzato allora da un'unità intesa nell'ultima accezione lo definiamo a referenza binaria, proprio perché il sistematificatore contiene *due* asserzioni; l'altro verrà quindi a costituirsi con tutta naturalezza come sistema monoreferenziale (o associativo).

Per scendere sul piano di una concreta esemplificazione giuridica sembra ancora utile rifarsi al filo della più recente ed avvertita analisi in materia, proprio per la sua pertinenza rispetto al nostro attuale problema: poniamo che si tratti di distinguere norme giuridiche tra loro, considerandole come somma di diversi generi elementari. La suddivisione, che per prima non casualmente verrà alla mente e si mostrerà praticabile, sarà con tutta verosimiglianza quella in diritto privato e pubblico: il punto di vista ordinatore diviene allora, nel momento stesso in cui dobbiamo stabilire l'appartenenza di un istituto o norma all'uno dei due campi, una doppia domanda, ovvero diritto pubblico (-privato) sì o no. Se, oltre

alla affermazione positiva o negativa atta a legare l'elemento al principio ordinatore in questione, si farà luce, ad esempio, l'ulteriore necessità di determinare anche il *rango* delle norme o degli istituti, saremo invece di fronte ad un sistema 'binario' <sup>(109)</sup>.

Se però arrestassimo a questo punto l'analisi non riusciremmo tuttavia ad individuare concretamente la dimensione discronica cui accennavamo, poiché essa è connessa allo specifico carattere sociale che viene ad assumere la seconda asserzione determinante la funzionalità del sistema a referenza binaria. Non saremmo in una simile ottica neppure in grado di cogliere — per riferirci appunto al nostro ricorrente modello — le modificazioni di prospettiva che rendono significativo sul piano della struttura il richiamo all'impossibilità di pensare ormai l'oggetto diritto senza la distinzione tra sfera pubblica e privata.

Non è infatti la distinzione medesima presa di per sé che costituisce il fattore differenziale della dimensione 'moderna' del giuridico, ma il suo ruolo sistematico, come Hedemann aveva ben compreso. Al di là comunque dell'esempio 'empirico-paradigmatico' prescelto è il rapporto tra sistema giuridico e struttura sociale che viene ora in certo modo a rovesciarsi in un singolare chiasmo.

Possiamo richiamarci ancora una volta al rapporto Hugo-Nettelbladt per illustrare anche visivamente quanto andiamo sostenendo.

Si ricorderà che i detrattori del secondo lo avevano accusato di volere, in parole povere, unificare tutta la scienza giuridica secondo un'unico *Lehrbegriff*.

Hugo valutava l'istanza enciclopedica, racchiusa nella velata intenzione del brandeburghese, a lui culturalmente più consona persino della concreta analogia che ormai sappiamo sussistere sul piano del mero sistema delle Pandette. In conformità a questa sua convinzione egli ritiene doveroso fornire almeno una esempi-

---

<sup>(109)</sup> Sull'intera prospettiva si può rinviare a F. J. PEINE, *Das Recht als System*, Berlin, 1983, pgg. 40-41. Avremo occasione di approfondire ancora la problematica quando analizzeremo la presa di posizione polemica di Hugo nei confronti di Reinhold proprio sul carattere specifico che l'unità assume come fondamento del sistema.

ficazione del sistema enciclopedico del giurista wolfiano, rifacendosi alla *Propedeutica* del 1781 nella sua sezione relativa alla *iurisprudentia positiva Germanorum communis*; viene omessa però sintomaticamente la *Sciagraphia* — come l'autore medesimo aveva a nominarla — concernente la giurisprudenza pratica <sup>(110)</sup>.

Iurisprudentia theoretica			
civilis		criminalis	
secularis	ecclesiastica	generalis	specialis
allodialis		feudalis Long. Germ. Forensis	
publica germanica		privata Rom. Germ. Forensis	
publica germanica in specie sic dicta		gentium Europaearum ad Germanos applicata	

(110) Lo schema relativo alla giurisprudenza pratica — che Hugo non ritiene di dover riportare, offrendo un'altra implicita ma attendibilissima indicazione della direzione verso la quale indubbiamente s'incamminavano le sue simpatie (netta distinzione delle rispettive diverse sfere d'« influenza »; cfr. il già menzionato articolo *Nettelblatt*, pg. 46, nota \*) — riteniamo di offrirlo qui di seguito per comodità del lettore. Esso è ricavato, come il primo che abbiamo dato nel testo e che ci apprestiamo a commentare, dalla ricordata opera 'enciclopedica', *Systema elementare Doctrinarum Propaedeuticarum iurisprudentiae positivae Germanorum communis. Praemissae sunt Praecognitorum Eruditionis generalium Primae Linae*, Halae, MDCCLXXXI, rispettivamente alle pgg. 41 e 39.

Iurisprudentia practica			
civilis		criminalis	
publica	privata	in specie sic dicta	theoria processus criminalis
extraiudicialis	iudicialis		
in specie sic dicta	theoria processus civilis		

Per questa ripartizione ed il suo significato è altresì di notevole rilievo il rinvio operato nei confronti dell'altra sua opera capitale sull'argomento,

L'utilizzazione persistente della schematizzazione grafica meriterebbe da sola un lungo discorso, perché rimanda al versante rimasto per lungo tempo oscuro, specialmente in ambito giuridico, dell'esistenza medesima, accanto alle 'altre', di una *raison graphique*: essa andrebbe analizzata nell'interesse del suo percorso per le capacità selettive di riduzione dei campi considerati ad un reticolo omogeneo di gerarchizzazioni sociali, talvolta 'aggiuntive' rispetto a quelle in fatto esistenti<sup>(111)</sup>. Ci limitiamo per ora a segnalare un dato interessante: nella sua forma specifica questa 'tecnologia' dell'intelletto, produttiva di 'grammatiche' e 'macchine per pensare', sembra cessare di esercitare il suo predominio in campo giuridico, perlomeno in una forma così 'figurativamente' vistosa, proprio agli inizi dell'Ottocento.

Non vorremmo neppure, per il momento, approfondire gli interessanti aspetti contenutistici che la *Sciagraphia* appena riportata palesa: primo fra tutti quello relativo alla iniziale e basilare partizione, rispettivamente, in giurisprudenza civile e criminale, che andrebbe infatti proiettato sulle conclusioni savignyane secondo le quali diritto in senso vero e proprio è soltanto il diritto civile (ormai divenuto quasi esclusivamente privato) insieme al penale, ad esclusione del diritto pubblico. Ma di questo più avanti.

Ci interessa adesso invece disarticolare per un attimo lo schema all'apparenza unitario sotto il profilo formale: o, per esprimerci mediante le correlative coordinate spaziali, di farne una lettura orizzontale, dissolvendo la figurazione per parentesi graffe.

---

la *Abhandlung von der practischen Rechtsgelahrtheit überhaupt, deren Theilen, Quellen und Hilfsmittel, wie auch der Art und Weise dieselbe zu lehren und zu lernen*, Halle, 1764.

<sup>(111)</sup> Ci vogliamo riferire alla fondamentale ricerca di J. GOODY, *The domestication of the savage mind* (Cambridge, 1977), adesso accessibile assieme ad altri testi anche in edizione francese appunto con il significativo titolo *La raison graphique. La domestication de la pensée sauvage*, trad. par J. BAZIN et A. BENSA, Paris, 1979.

Si tratta di testi che stanno finalmente — è proprio il caso di dire — entrando 'in circolo' anche presso di noi; cfr. C. ROSSETTI, *Ragione, scrittura e storia. A proposito di «The domestication of Savage Mind»*, in *Intersezioni*, III (1983), n. 3, pagg. 609-633, spec. pg. 626 per le molteplici suggestioni che la prospettiva della «scrittura» e della «visualizzazione» grafica può offrire allo studioso di cose giuridiche.

In altri e più corretti termini, si tratta di isolare le strutture cellulari di cui il sistema è composto dal flusso verticale — dall'alto in basso e viceversa — per sottoporre ad analisi i loro dualismi opposizionali di base.

Come si accennava, il discorso implica però una caratterizzazione al contempo logica e sociale: più precisamente un'impostazione — qui la possiamo evidentemente tratteggiare solo con qualche sommarietà — che ci conduca nei pressi di una teoria della gerarchia e delle sue relazioni con gli strumenti di pensiero atti ad esprimerla storicamente.

Secondo le risultanze di una ricerca che non esitiamo a definire fondamentale non solo in generale <sup>(112)</sup>, ma specificamente per il prosiegua medesimo del nostro discorso sui destini della Pandettistica, una società a sfondo eminentemente gerarchico si basa su categorie di pensiero che non intendono tanto la gerarchia come una catena di comandi sovrapposti e neppure ne scorgono il *proprium* nella collocazione in dignità decrescenti dei suoi componenti, o nella sua forma di albero tassonomico. Molto di più si rende invece manifesto il carattere fondante di una relazione che possiamo in sintesi definire come l'*inglobamento del contrario* <sup>(113)</sup>.

(112) L. DUMONT, *Homo Hierarchicus. Le système des castes et ses implications*, Paris, 1966. Noi citiamo dalla riedizione aumentata, Paris, 1979.

(113) L. DUMONT, *Vers une théorie de la Hiérarchie* (1978), in Id., *op. cit.*, pg. 397. Il saggio appena ricordato costituisce un ampliamento ed in parte una rielaborazione dell'intervento *On Putative Hierarchy, and some Allergies to it* apparso in *Contributions to Indian Sociology*, n.s., V (1971), pgg. 61-81. Il luogo di radicamento originario della teoria in questione nulla toglie — sia detto in inciso per chi fosse indotto a mostrarsi scettico su di un approccio che parrebbe ricordare, non senza motivo, analoghe impostazioni gansiane in tema di utilizzazione dell'analisi comparativa per la comprensione del fenomeno giuridico a lui contemporaneo —, nulla sottrae, dicevamo, alla sua qualità 'generale' di teoria suscettibile di applicazione anche a campi di sapere diversi da quelli che l'hanno generata, come il testo subito di seguito rammentato rende manifesto al di là di ogni iniziale dubbiosità.

Soprattutto, come diremo, essa ci sembra offrire la possibilità di descrivere il passaggio storico che negli anni da noi presi in considerazione indubbiamente ha luogo tra due diverse concezioni di organizzazione sistematica,

Questa modalità categoriale e concettuale si pone in chiaro contrasto, per il suo carattere olistico, con il pensiero dell'eguagliamento che regge ed informa di sé la genesi ed il trionfo dell'ideologia economica come 'campo' autonomo, e di quell'*homo aequalis* che ne costituisce la risultanza più immediata<sup>(114)</sup>. Restiamo ovviamente in debito di una spiegazione: in che modo dovrà chiarirsi la questione della relazione inglobante-inglobato, richiamata con immediatezza dalla formula del pensiero gerarchico? Arriviamo subito al punto. A proposito delle differenti relazioni logiche configurabili tra due classi — si mantenga, per una migliore comprensione di quanto diremo, l'occhio rivolto all'opposizione pubblico-privato, come paradigma 'esemplare' — è infatti praticabile un completamento della classica trattazione di Eulero, che procedeva, com'è noto, sotto forma di cerchi posti nelle differenti posizioni relative; un completamento che faccia leva sull'introduzione della considerazione dell'universo di discorso<sup>(115)</sup>.

Sarebbe ovviamente interessante seguire ogni tipo logico per scorgere se ad ognuno di essi sia possibile far corrispondere immediatamente delle forme di interazione sociale, ma ci allontaneremo troppo dai nostri intenti attuali. Limitiamoci dunque ai casi dell'opposizione distintiva (monoreferenziale) e di quella gerarchica (una delle possibili concretizzazioni nelle quali può presentarsi la seconda asserzione del sistema 'binario').

Nel caso 'gerarchico' avremo allora che una categoria (la superiore) include l'altra (l'inferiore), che però a sua volta reci-

---

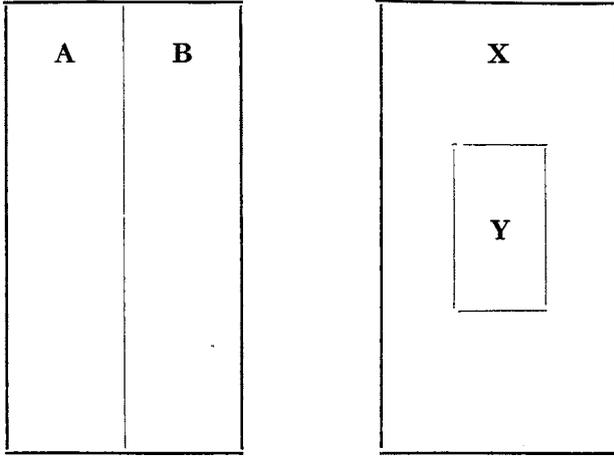
con un modello forse più rigoroso e storiograficamente fruttifero, rispetto a quanto era stato sinora il caso.

<sup>(114)</sup> Cfr. L. DUMONT, *Homo aequalis. Genèse ed Épanouissement de l'idéologie économique*, Paris, 1977. Poiché contrariamente a quanto deve ancora valere per il primo lavoro del Dumont precedentemente citato è divenuta nel frattempo disponibile la traduzione italiana (Milano, 1984), i richiami s'intenderanno d'ora in poi riferiti, salvo diversa indicazione, sempre a quest'ultima.

Si vedano inoltre le acute prese di posizione di A. O. HIRSCHMAN, *L'économie comme science morale et politique*, Préface de F. FURET, Paris, 1984, pg. 11 ss.

<sup>(115)</sup> L. DUMONT, *Vers une théorie*, cit., pg. 398.

procamente l'esclude. Ci aiuteremo anche noi mediante una raffigurazione grafica: l'universo del discorso può in tal caso essere riespresso da un rettangolo, diviso nelle due classi o categorie, senza residuo. Tutto dipende però dal 'come' questa divisione ha luogo: i casi possibili, che al contempo si rivelano significanti, sembrano ridursi a due.



Nel primo caso abbiamo un rettangolo diviso in parti giustapposte, ovvero in due figure della medesima natura geometrica, ma di dimensioni più ridotte, che prese insieme esauriscono l'universo di discorso. Se le consideriamo in relazione all'universo del discorso stesso le due categorie *A* e *B* potranno dirsi complementari; esse saranno tuttavia ancora definibili come contraddittorie nel senso che l'una esclude l'altra e che non è data una terza possibilità. Questa doppia 'facoltà' definitoria si connette cioè ai punti di vista sotto i quali ci si accosta la figura. Nel primo caso si considera infatti l'universo di discorso nel processo della sua costituzione, in una prospettiva, pertanto, strutturale; nell'altro si prende invece in considerazione essenzialmente una delle due classi e la sua relazione logica nei confronti dell'altra, o, se si vuole, la relazione tra le due classi *sic et simpliciter*: l'universo di discorso soggiacente rimane comunque solamente implicato sullo sfondo della relazione (prospettiva sostanziale).

Il rapporto gerarchico si differenzia ovviamente da una relazione distintiva come quella che abbiamo sin qui descritto, facendo riferimento alla figura di sinistra. Nel caso della gerarchia infatti una delle classi, che chiameremo *X*, è coestensiva all'universo di discorso, viene quasi ad identificarsi con esso: l'altra è differenziata *all'interno* della prima, proprio come appare dal rapporto che lega i rettangoli *X* e *Y*. In altre parole *Y fa parte di X, ma allo stesso tempo ne differisce*.

La formulazione più adeguata e chiaramente comprensibile si ottiene distinguendo e ricombinando due livelli. Al livello superiore vi è unità; al livello inferiore invece distinzione: in qualche modo si potrebbe dire di trovarsi di fronte, come nel primo caso preso in esame, ad una relazione di complementarità o contraddizione. La gerarchia consiste allora nella combinazione di queste due proposizioni avvertite come di livello differente; o, se si preferisce, nella dimensione peculiare al pensiero 'gerarchico' accade che la complementarità e la contraddizione vengono pensate come ricomprese e contenute in un'unità superiore.

Ritorniamo adesso con questi strumenti sul nostro oggetto 'sistema'; la conclusione comparativa più immediata e lineare che si affaccia alla mente parrebbe allora essere quella di una equivalenza tra forme di pensiero sistematico e forme di articolazione della contemporanea società: una simmetria che dovrebbe condurre a far corrispondere ad una società fortemente gerarchizzata, quale era la società assolutistico-cetuale che trovava il suo esponente in Nettelbladt, un sistema anch'esso basato sulla relazione gerarchica.

*A contrario* si potrebbe dedurre che lo sviluppo che condurrà al *System savignyano* renda conto della sua contemporaneità temporale con l'emersione della moderna società di soggetti depurata da valenze gerarchiche nel senso indicato. In realtà ci pare che le cose stiano ben altrimenti, e non a caso avevamo precedentemente parlato di chiasmo: la contemporaneità temporale non si traduce in contemporaneità intellettuale o culturale.

La nostra tesi suona allora altrimenti: il trapasso si svolge secondo noi piuttosto da una forma di sistema, che non ha bisogno d'altro che di relazioni di complementarità o contraddizione — perché la dimensione unitaria gli è garantita per vie diverse —, ad un sistema, quale quello della Pandettistica ottocentesca, che in-

vece paradossalmente prenderà il principio gerarchico stesso a suo irrinunciabile fondamento. La costruzione di una società liberata dai vincoli doveva avvenire non senza pagare questo prezzo occulto.

Se infatti leggiamo lo schema nettelbladtiano, anche soltanto nella sua dimensione genealogica (verticale o digradante), ci possiamo subito accorgere che esso nelle sue singole sezioni, come nella sua costruzione, rimanda *immediatamente* ad un ordine *esterno*. È proprio perché esiste la gerarchia sociale esterna, assai fedelmente rispecchiata nelle sue forme — i suoi soggetti giuridici laici ed ecclesiastici, od ancora appartenenti al ceto nobiliare; le sue terre allodiali o feudali, i suoi tribunali e le loro diverse giurisdizioni, e così via — che al sistema è garantita un'articolazione unitaria, al di là della sua medesima empiricità costruttiva.

L'empiria della società assolutistico-cetuale di ordini non viene celata, ma anzi esaltata dalla graficità dello schema, come denotano del resto sia il carattere irriflesso dell'accostamento di 'romano' e 'germanico', sia la collocazione subordinata e 'particolare' che compete alla distinzione tra sfera pubblica e privata.

La medesima gerarchia sociale esterna permette altresì che il rapporto opposizionale all'interno di ogni singola parentesi graffa, orizzontalmente considerata, si mantenga di tipo monoreferenziale; che non sia in altre parole necessario giungere immediatamente alla postulazione della *seconda* asserzione, in modo da determinare 'come' le due sezioni debbano reciprocamente comportarsi. Non ci sembra impossibile cercare di fornire una spiegazione di questa circostanza.

Non si tratta infatti di stabilire all'interno del sistema un primato della dimensione privata rispetto allo speculare settore riservato in via esclusiva al fenomeno pubblico, e neppure di stabilire il carattere fondante della dicotomia rispetto a tutta la genealogia verticale: in ultima analisi, le articolazioni dell'albero sistematico nelle loro relazioni sono tutte 'disponibili'. Nessuna di esse è inamovibile per natura; la gerarchia sociale è però abbastanza stabile da consentire un principio ordinatore, un sistematificatore a carattere monoreferenziale, 'egualitario' nella ripartizione delle dicotomie. Il riferimento sarà ai concreti rapporti empirici esistenti,

abbandonando in definitiva ancora all'intervento del (potere) *politico* una fissazione 'aperta' del criterio delle supremazie.

Il sistema enciclopedico manifesta così un carattere in qualche modo 'alfabetico'; il criterio della rilevanza o irrilevanza giuridica non è prefissato, neppure implicitamente, dal sistema medesimo: estremamente sintomatica ci sembra l'enucleazione — ad altro proposito operata<sup>(116)</sup>, ma che deve ritenersi comunque una costante basilare delle sue impostazioni — di una *pars politica* sia all'interno della *iurisprudencia privata* che di quella pubblica.

Questa *pars politica* costituisce in ambedue i casi la prima sezione di una sotto-ripartizione che prevede appunto una giurisprudenza politica, ecclesiastica e feudale, sia essa, vale ripeterlo, pubblica o privata. In generale la denominazione significa in primo

(116) L'enucleazione di una *Pars Politica* è riscontrabile sin dalla struttura del suo *Systema elementare universae iurisprudenciae positivae communis Imperii Romano-Germanici usui fori accomodatum...*, Halae, 1749.

#### Jurisprudencia

##### I. Theoretica

1. privata
  - a) politica
  - b) ecclesiastica
  - c) feudalis
2. publica (a-c allo stesso modo)
3. gentium (a-c allo stesso modo)
 

Appendice: *ad Imperantes applicata*

  - a) in genere
  - b) privata
  - c) publica
  - d) gentium

##### II. Practica

1. extrajudicialis
2. judicialis.

La struttura, come pure i riferimenti all'interpretazione di Landsberg di cui nel testo, sono tratti da ID., *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. 3, Halbband 1, Note pg. 196.

Del lavoro nettelbladtiano in questione abbiamo trattato più diffusamente in *Systema iuris I*, spec. pg. 374 ss.

luogo attinenza al diritto ecclesiastico o feudale: ma, mentre nell'ambito pubblico una simile aggettivazione, anche avuto riguardo alla sua utilizzazione nel senso attribuitole dalla tradizione classico-aristotelica, non sarebbe forse idonea a suscitare molto più di un moto di sorpresa ad un occhio moderno, diversamente staranno certo le cose per la strana *iurisprudencia privata politica*.

Eppure non si tratta di aver inteso male, o del fatto che Nettelbladt, come poteva ancora ritenere Landsberg, non sia in grado di meglio determinare in positivo, contenutisticamente, questa sua singolare articolazione. La determinazione in positivo Nettelbladt la fornisce ed anzi l'abbiamo già incontrata a proposito della suddivisione della *Juristische Classe* nel suo testo programmatico di riforma dello studio universitario: la giurisprudenza politica per quanto riguarda il settore privato non è altro che « die Pandecten, das ist die politische Privatrechtsgelahrtheit »<sup>(117)</sup>.

Siamo semplicemente di fronte ad un diverso tipo di concezione del diritto 'privato' nella sua dimensione di politicità immanente; è comprensibile che uno studioso come Landsberg, che si poneva ancora coscientemente nell'orbita delle concezioni della scuola savignyana, ritraduca il suo imbarazzo dinnanzi ad una simile postulazione in un'osservazione apparentemente neutrale, del tipo di un'assenza di determinazione scientifica.

La stessa progettualità riformatrice nettelbladtiana sta lì a dimostrare il contrario, proprio nel momento in cui viene a sublimare uno stadio nel quale il diritto comune pur avviandosi ad una razionalizzazione tecnica gradita e compatibile al processo di rifondazione dello Stato territoriale, (anche appunto per questo) non si presenta ancora in una dimensione depoliticizzata.

Si comprenderà a questo punto la paradossalità dello sviluppo che abbiamo creduto di intravedere: il sistema moderno a referenza binaria in tanto può prendere la forma del cosiddetto diritto eguale, in quanto ponga a fondamento costitutivo preliminare, internalizzi quasi, proprio la dimensione specifica di un pensiero riferibile ad una società per sua natura gerarchica.

La società degli individui 'eguali', che in quasi tutte le sue manifestazioni ha lavorato per neutralizzare dall'orizzonte del pen-

---

(117) D. NETTELBLADT, *Politische Vorschläge*, cit., pg. 107.

siero moderno l'idea di gerarchia — soprattutto a motivo del carattere di scandalo logico che in essa poteva venir ad assumere la confusione dei due livelli nei quali l'abbiamo vista suddistingueresi<sup>(118)</sup> — ha a suo modello una figura di sistema intimamente connotata, e proprio sotto l'aspetto logico, in senso gerarchico.

L'affermazione potrà risultare meno stridente quando si faccia riferimento a due soli fenomeni tra i molti.

Il primo: La tendenza verso un rapporto di tipo inglobante XY, dal punto di vista storico-culturale appare non estranea, anzi connessa in maniera assai più che superficiale con il trapasso che in quel torno d'anni andava verificandosi da una logica a caratterizzazione classico-aristotelica ad un'altra di forte coloritura idealistica(-dialettica)<sup>(119)</sup>.

Il secondo aspetto rimanda direttamente al primato del diritto privato e alla reale possibilità di dominazione attingibile da una rinnovata scienza delle Pandette.

Non è dubbio che lo stesso Hugo avrà ad occuparsi in prevalenza di diritto privato: poiché tuttavia egli configura ancora, come vedremo, quel rapporto 'costitutivo' sullo sfondo di uno schema di tipo AB, si rende sin da ora chiara la sua incapacità — meglio, la sua non-volontà — di collocarsi definitivamente al di là della tradizione settecentesca.

Soltanto con Savigny la distinzione privato-pubblico, acquistando carattere inglobante (e vedremo se) in favore del primo termine, potrà proporsi come il prototipo dell'ascesa del metodo giuridico, nonché della sua futura e, in questa prospettiva, naturale estensione alla giuspubblicistica.

Per divenire il tutto della società civile (*Stato?*) secondo la nota espressione di Franz Böhm, il diritto privato non poteva che far leva su di un sistema *olistico*-gerarchico, in altre parole sfasato proprio rispetto ai processi che chiamavano ad esistenza l'economia come disciplina e dominio sociale a sé stante. È questo trapasso che tenteremo di descrivere in alcune delle sue sfaccettature.

<sup>(118)</sup> L. DUMONT, *loc. ult. cit.*, pg. 400.

<sup>(119)</sup> Un'accenno solo di sfuggita a questo nodo centrale lo si poteva leggere già in T. VIEHWEG, *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, in A. DIEMER (hrsg.), *System und Klassifikation*, cit., pg. 104.

b) A questo punto si sarà comunque già compreso, perlomeno per via intuitiva, quanto vitale dovesse rivelarsi per l'enucleazione di questa seconda forma di relazione sistematica il concentrarsi dell'attenzione sui problemi relativi al diritto romano attuale, e ad una sua possibile od auspicabile riprivatizzazione e depolitizzazione sistematica.

È pertanto in relazione all'evoluzione per grandi linee appena tratteggiata che siamo posti adesso in una migliore condizione per capire come il tentativo di fornire una 'teoria', o comunque porre un 'principio' alla base della concettualizzazione del rapporto tra i due termini 'romano' e 'attuale' resti ancora, non senza fondamento, una costante della, a tratti, animosa discussione successiva.

Abbiamo più d'una volta accennato al fatto che l'incapacità di sistematizzazione del *Corpus iuris* dovesse ritenersi un momento dell'intero processo sociale piuttosto che attribuirlo a scarsa cognizione di causa o a deficienza di capacità intellettuali, secondo il ben noto verdetto savignyano, e non solo savignyano, sull'aridità della giurisprudenza del secolo da poco conclusosi: la consapevolezza di un fenomeno di tal fatta inizia a tralucere ormai con una certa decisione nelle analisi dei Gottinghesi.

Nella sua acre risposta al recensore francofortese Hofacker non avrebbe evidentemente potuto fare a meno di prendere posizione sui criteri medesimi con i quali questi procedeva alla 'radiografia' della struttura del suo nuovo progetto.

Pur nell'ingenuità o persino nella piattezza della sua analisi, espressa sotto forma di un canone critico che si riteneva soddisfatto di accertare o meno la recezione *in toto* delle materie così come erano state organizzate nel cosiddetto piccolo Struve od anche la solerzia con la quale *auctoritates* del tipo di un Brunnemann o di un Lauterbach erano state allegate, il modesto recensore individuava implicitamente il punto dolente del rapporto con la tradizione specifica dell'*Usus modernus* <sup>(120)</sup>.

Quanto per gli appartenenti al versante tradizionalista poteva emergere sotto forma di disagio non espressamente tematizzato a

---

(120) C. C. HOFACKER, *Nähere Entwicklung und Vertheidigung seiner systematischen Methode im Vortrage des römischen Rechts*, Göttingen, 1773, pg. 7.

livello dei fondamenti della costruzione sistematica, appare invece ad Hofacker chiaramente connesso alla riflessione esplicita su quest'ultimo aspetto, specialmente nella prospettiva relativa all'organizzazione del ' piano generale ':

« 1) Was hat er vor *allgemeine Grundregeln* zum Entwurfe des Systems angenommen? Ist System bey ihm blosse Nominalverbindung, oder Zusammenstellung der Materien, oder *zusammengekettete Progression vom einfachen zum zusammengesetzten, von Principien auf Principiata*, und warum hat er das eine oder das andere gewählt?

2) Wie hat er sein systematisches Grundprincipium ausgeführt,

a) *überhaupt* im Bezuge auf die *Eigenschaften seiner Ingredienzen*? Ist die *Fächerlage* willkürlich, oder aus der Natur der Sache und dem *eigenthümlichen Character der römischen Gesetzgebung herausgehoben*?...

b) *Inbesondere* aber ist er seiner *Maxime* beständig getreu geblieben?

1) Ist jede *Materie* in ihr gehöriges Fach eingetragen?

2) Sind die *Haupttheile des Systems* in ihre gehörige Verbindung zusammengestellt?... » <sup>(121)</sup>.

La risposta fondamentale alla impostazione moderna del quesito sistematico coinvolge immediatamente — anche se ancora solo indirettamente dal punto di vista ' politico ' — alcuni dei dati costitutivi della vecchia immagine di società, che invece Nettelblatt aveva risparmiato con la sua opera ad un tempo rispecchiatrice ed innovativa sotto i profili più peculiarmente tecnico-giuridici.

Così il principio essenziale sulle cui fondamenta innalzare il sistema non può essere, ad avviso di Hofacker, altro che quello volto a limitarne l'oggetto: in una fase a tal punto decisiva per la formazione delle future leve della burocrazia giudicante come pure più in generale di un ceto di operatori giuridici all'altezza delle tradizioni culturali della Georgia Augusta, quale

---

(121) *Ibid.*, pg. 8.

sola può esserlo la serie di lezioni introduttive all'intero corso di studi, non si dovrà allora trattare null'altro se non il *blosses römisches Recht*.

L'operazione non doveva restare, se consideriamo gli esempi addotti dall'autore medesimo, del tutto indolore, ma anzi veniva ad istituire una specie di selezione sociale delle problematiche irrilevanti, che come s'è veduto non assurgeva in precedenza ad un ruolo sistematico altrettanto centrale.

Non solo quindi venivano a cadere i riferimenti al diritto germanico e canonico, ma soprattutto non si doveva poter rinvenire in quel corso più nulla che ricordasse la tradizione del 'cosiddetto' *usus modernus* (... überhaupt nichts vom sogenannten *usus modernus*): i motivi addotti sono pur sempre riconnessi a problemi di funzionalità accademica, e alla necessità « di mettere in chiaro la terminologia nella fase iniziale dello studio del diritto romano », senza d'altro canto 'sradicare' le dottrine germanistiche e canonistiche dal loro *humus*, ma resta pur sempre vero che sono *certi* specifici elementi di una realtà quelli che vengono in questione, quando si tratta di esemplificare la funzione di 'disturbo' che si vuole d'ora innanzi attribuire alle sezioni così 'distaccate'.

In sostanza il processo di *Absonderung* di quelle materie, ed il rifiuto perlomeno 'temporaneo' del metodo di trattazione dell'*Usus modernus*, non soltanto portano all'eliminazione dei riferimenti al diritto canonico in intere dottrine, come nel campo del diritto matrimoniale<sup>(122)</sup>, ma altresì all'esclusione del diritto « der Leibeigenen » dall'ambito del titolo *de statu hominum*, laddove trovava la sua collocazione a preferenza della stessa dottrina romanistica della schiavitù<sup>(123)</sup>: un primo sintomo che le condizioni giu-

(122) Sulle vicende e le fortune del rapporto tra scienza privatistica e quella porzione del sistema giuridico materiale del diritto vigente in Germania rappresentata dal diritto canonico possiamo tranquillamente rinviare a U. WOLTER, *Ius Canonicum in iure civili*, Köln-Wien, 1975, pg. 176 ss.

(123) Cfr. sul punto G. HUFELAND, *Einleitung in die Wissenschaft des heutigen Deutschen Privatrechts nebst einem Entwurfe einer vollständigen Darstellung derselben*, Jena, 1796 (Neudruck, Glashütten im Taunus, 1973), pg. 166 ss. Il riferimento alla esclusione della dottrina romana della schiavitù è in J. H. BOEHMER, *Exercitationes ad Pandectas ad D.T.I. de iure et statu hominum priorum*, pg. 2 (cfr. op. prima cit., pg. 167 sub n. 1).

ridiche relative alla configurazione esistente delle terre, ai 'rustici' e al loro rapporto con i ceti feudali iniziavano a non poter più essere prese in considerazione quali componenti irrinunciabili di una sezione giuridica 'generale' dedicata alla dottrina della capacità<sup>(124)</sup>.

Il senso di marcia dell'operazione appena iniziata risultava ancora più palese nel rimodellamento al quale veniva necessariamente sottoposta la teoria e la stessa materia del titolo *de legibus*; in una parola non vi poteva essere più spazio per una analisi « von der Gewalt des Kaisers und Reichs-Gesetze, Privilegien... zu geben »<sup>(125)</sup>. Non a caso il problema della ridefinizione del concetto di privilegio costituirà, sia qui detto per inciso, uno degli assi portanti della critica trattazione di Thibaut sulle più diffuse partizioni della teoria delle fonti, che avremo più avanti occasione di prendere in considerazione.

Naturalmente tutto ciò non doveva assumere un significato puramente scientifico: ad un difensore della tradizionale impostazione sarebbe stato fin troppo facile attirare l'attenzione sul dato che anche romanisti 'puri', come Heineccius, non avevano manifestato alcuna remora ad inserire dosi non trascurabili di *Usus modernus* appunto persino nelle loro *Institutiones*. Non si trattava, in altre parole, di una aspirazione, ancora più esacerbata di quanto essi medesimi avrebbero ritenuto scientificamente opportuno, verso un puro diritto romano; e magari fino ad auspicare il ritorno di un'epoca nella quale ai principi elettori si attribuiva la qualifica di « praefecti praetorio » e alle *Landeshoheiten* si assegnava la definizione di « merum imperium ».

Il problema è in realtà la messa in dubbio del carattere di 'necessarietà' dell'appartenenza al quadro sistematico delle 'Partikeln von *usus modernus*', il 'differimento' della esigenza sociale da questo portata avanti in zone limitrofe ed ormai periferiche rispetto al nucleo in via di consolidazione del nuovo sistema<sup>(126)</sup>.

---

<sup>(124)</sup> Cfr. A. M. HESPANHA, *Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique*, in *Ius Commune* X (1983), pgg. 1-48.

<sup>(125)</sup> C. C. HOFACKER, *op. cit.*, pg. 10.

<sup>(126)</sup> *Ibidem*.

L'*Usus modernus*, se anche avesse ragione nel rivendicare l'insostituibilità delle sue cognizioni, potrebbe cioè pur sempre far capo al collegio pratico al quale è riuscito a ridurre il secondo corso di lezioni sul diritto romano: ma nulla toglie che a livello teorico il differimento accademico della sua pretesa suoni altresì 'declassamento' — almeno in prospettiva — della medesima funzione sociale che veniva a competergli.

Si sarà comunque notato che il Nostro nel corso della polemica si attesta su posizioni ancora per certi versi distanti da una formula che vincoli il processo di separazione prevalentemente ad una sola dimensione del diritto romano: la globalità dell'orizzonte assunto da un Nettelblatt non è ancora ripensata in tutta la sua radicalità.

L'espressione moderna appare invece poco dopo con completa chiarezza in Hugo, che intitola il suo lavoro sistematico nella prima edizione « Istituzioni del diritto romano attuale »<sup>(127)</sup>.

Hugo, consapevole sotto questo profilo della novità del suo tentativo, ritiene che sia ormai necessario procedere ad una rifondazione del corso di studi e delle lezioni che giunga alla radice del problema, con l'intenzione « das Ganze des heutigen Römischen Rechts einzuprägen, hauptsächlich 'das Größte im Gesetz' recht *anschaulich* zu machen »<sup>(128)</sup>.

Per lui non v'è ormai più dubbio possibile sul fatto che l'abitudine di premettere allo (e 'condire' lo) studio della scienza attuale (con) informazioni riguardanti tutti i mutamenti ch'essa ha subito, vada rigettata nella maniera più netta: in nessuna altra scienza si è mai tentato di portare a compimento il progetto di illustrare in occasione dell'analisi di ogni singola dottrina tutte le sue trasformazioni. In coerente continuità con la sua concezione generale di scientificità il maestro gottinghese non scorge alcuna controindicazione nel proporre questa volta un'equivalenza tra i collegi relativi alle Istituzioni e alle Pandette ed i corsi introduttivi nelle discipline geografiche: come nessun geografo moderno potrebbe ritenere di dover scegliere i testi di Strabone, per poi

---

<sup>(127)</sup> G. HUGO, *Institutionen des heutigen Römischen Rechts*, Göttingen, 1789, pg. 8.

<sup>(128)</sup> *Ibid.*, pg. 5.

‘aggiungervi’ l’attuale situazione del paese preso in considerazione in qualità di *Usus modernus*, così identicamente dovrà accadere in materia di diritto.

Per raggiungere la meta prefissa questa constatazione non appare tuttavia sufficiente, specialmente ad un autore come Hugo, che ammetteva di buon grado d’essere giunto al problema partendo dalla storia del diritto romano all’epoca dei giuristi classici<sup>(129)</sup>, quindi ovviamente da una prospettiva diversa da quella primariamente dogmatica di Hofacker.

Nel raggiungere lo scopo non ci si può dunque limitare ad un’operazione di separazione del diritto romano dall’elemento non romano: « Al di fuori della separazione, sulla necessità della quale adesso si può dire sussista abbastanza diffusamente un’unica opinione, all’infuori della distinzione, dicevamo, di diritto romano e non romano, io ne ritengo necessaria un’altra nell’ambito del corso di lezioni (non certo nella persona medesima dell’insegnante) ed essa è altrettanto naturale: la separazione della totalità dell’antico diritto romano dal diritto privato oggi applicabile »<sup>(130)</sup>.

La motivazione è tuttavia forse altrettanto interessante: è assolutamente necessario concentrare l’attenzione sul diritto romano *privato* oggi applicabile con l’esclusione della totalità dell’antico diritto romano proprio perché all’apprendimento di quest’ultimo con difficoltà potrebbe essere sufficiente dedicare uno specifico corso separato; esso in ogni caso renderebbe manifesta la superfluità dei « unter das heutige Recht gemischten *Fragmente* des alten »<sup>(131)</sup>.

In altri termini anche a questo proposito emerge l’anomalia o peculiarità del discorso di Hugo, che del resto non fa che dar conto più direttamente delle parole con le quali poco dopo riaffermerà che il sistema del diritto romano attuale, pur costituendo l’unica sezione del suo progetto globale a poter essere definita immediatamente pratica, non giungerà tuttavia ad essere così pratico da soddisfare le esigenze dei giuristi positivi.

<sup>(129)</sup> G. HUGO, *Beyträge*, cit., Bd. I, pg. 110.

<sup>(130)</sup> G. HUGO, *Institutionen*, cit., pg. 6.

<sup>(131)</sup> *Ibid.*, pg. 12.

Hugo non arriva — e già sappiamo che non poteva comunque arrivarvi per questa via — a valutare la commistione di ciò che non appare « *Zusammengehöriges* » come « la colpa ereditaria dei civilisti » sulla base di un giudizio sull'effettivo stato di crisi della prassi civilistica. È piuttosto un giudizio di carattere quasi estetico sul diritto romano antico come qualcosa da salvaguardare nella sua originaria purezza — assegnandolo però esclusivamente a studiosi che se ne occupino sotto il profilo storico-scientifico — che lo induce alla scoperta di un nuovo metodo separatistico, e drasticamente separatistico: esso deve essere distaccato completamente dal diritto pratico, che riveste ai suoi occhi, più o meno consapevolmente, un carattere residuale<sup>(132)</sup>.

La riforma così come Hugo la pensava richiede allora forse un'interpretazione delle Istituzioni del diritto romano attuale a partire dalla prospettiva aperta nel quasi contemporaneo *Lehrbuch und Chrestomathie des klassischen Pandektenrechts* (1790), del resto sintomaticamente non giunto a compimento<sup>(133)</sup>. Sia come sia, il concetto veniva confermato nella sua centralità e connessione inscindibile con la problematica sistematizzatrice, ed anzi assunto da giuristi alieni dalle complesse preoccupazioni culturali del Nostro: la ripubblicazione sotto le vesti di Istituzioni del suo « *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts* » operata nel 1814 da parte di un Mackeldey ne costituisce buon sintomo<sup>(134)</sup>.

Non molto tempo è però trascorso a partire da queste date che già si fa innanzi la questione se il diritto romano attuale, proprio in quanto è portato avanti dalla Pandettistica, possa essere considerato alla metà del secolo identico a quello proposto nel 1789 o nel 1814; se quindi la scienza delle Pandette in quanto tale abbia subito un processo di mutazione così consistente, che in esso, per dirla con Jhering, si possano riscontrare degli 'stadi di sviluppo': da una Pandettistica 'inferiore' ad una 'superiore'. La formula viene in sostanza sottoposta a critica per la sua incapacità di espri-

---

<sup>(132)</sup> G. Hugo, *Beyträge*, cit., Bd. I, pg. 81 ss.

<sup>(133)</sup> G. Hugo, *Lehrbuch und Chrestomathie des classischen Pandecten-Rechts, zu exegetischen Vorlesungen*, Erster Band, Göttingen, 1790.

<sup>(134)</sup> Apparso in prima edizione a Giessen nel 1814, ma giunto persino ad una dodicesima edizione.

mere la complessità della vicenda della 'germanizzazione' <sup>(135)</sup> cui il diritto romano sarebbe andato incontro fin dal momento dell'acquisizione di validità nel territorio tedesco.

È bene rilevare che questo mutamento di accento, pur recando alcune tracce evidenti della polemica con i Germanisti, è frutto tuttavia di una profonda revisione interna — o comunque estremamente attenta anche ai suoi presupposti interni — alla stessa scienza del diritto romano attuale, il cui quadro non è affatto così unitario come la presuntiva identificazione di essa con la Scuola Storica può far ritenere.

Solitamente questa *Wendung* viene collocata attorno agli anni '50 e non del tutto a torto, sebbene con una certa dose di semplificazione.

La tendenza a rimettere in discussione alcuni fondamenti della scienza civilistica, infatti, aveva in ogni modo già offerto le prime avvisaglie — dato non sfuggito all'occhio attento di Windscheid <sup>(136)</sup> — intorno alla seconda metà degli anni Trenta e nei primi anni Quaranta, con lavori come la « *Wissenschaft der Römischen Rechtsgeschichte* » di Christiansen (1838), la « *Theorie des gemeinen Civilrechts* » di Kierulff (1839), le stesse opere di Puchta e Stahl, la recensione di Lorenz von Stein al *System* di Savigny (1841), la 'Antrittsrede' di Leist (1846), la « *Theorie und Methodik des Bürgerlichen Recht* » di Reinhold Schmid (1848), i lavori di Georg Bruns, e il prender piede di una troppo trascurata « *praktische Pandektenwissenschaft* » <sup>(137)</sup>.

<sup>(135)</sup> Cogliamo qui l'occasione per ringraziare di cuore il Professor Walter Wilhelm, che ci ha gentilmente concesso la visione di un suo interessante articolo inedito sui profili che cercheremo anche noi di mettere a fuoco.

<sup>(136)</sup> B. WINDSCHEID, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, hrsg. von P. OERTMANN, Leipzig, 1904, *Das römische Recht in Deutschland* (originariamente in *Sammlung wiss. Vorträge*, Braunschweig, 1858), pg. 42.

<sup>(137)</sup> Di tutto il processo la migliore e più acuta descrizione resta a tutt'oggi significativamente, quella di un contemporaneo, J. E. KUNTZE, *Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft. Ein Beitrag zur Orientierung über den gegenwärtigen Stand und Zielpunkt derselben*, Leipzig, 1856. Su di lui si veda brevemente S. GAGNER, *Zielsetzung und Werkgestaltung in Paul Roths Wissenschaft*, in *Festschrift für Hermann Krause*, hrsg. von S. GAGNER, H. SCHLOSSER und W. WIEGAND, Köln-Wien, 1975, pgg. 317-319.

Sarà compito dei prossimi capitoli darne più distesamente conto. Qui preme per ora unicamente palesare che su questo sfondo è da intendere quel rinnovato interesse critico quale ad esempio viene espresso in forma icastica da un Pandettista come Edward Böcking, del resto affatto appartato, anzi in certa misura quasi più vicino al metodo di un Hugo che a non quello di Savigny<sup>(138)</sup>; a suo avviso l'uso linguistico col quale in Germania viene designato l'oggetto delle 'unsere heutige Pandekten' è da rifiutare, in quanto del tutto contraddittorio: considerato dal punto di vista del diritto romano si tratta di un diritto romano spurio, 'impuro'; considerato dal punto di vista del diritto vigente in Germania non si tratta affatto di diritto romano, ma al contrario del diritto proprio della Germania, con la precisazione che esso si è sviluppato *in parte* sotto l'influsso di esperienze giuridiche straniere e, tra queste, specialmente di quella romana.

Il compito della Pandettistica è pertanto di considerare il diritto romano « als unser eigenes Deutsches Werk »<sup>(139)</sup>.

La concezione che il diritto romano recepito abbia cessato di costituire un diritto straniero e sia divenuto diritto tedesco la si incontra del resto frequentemente in questo periodo espressa con formule generali, in Sintenis<sup>(140)</sup>, Puchta<sup>(141)</sup>, più tardi presso Bekker<sup>(142)</sup> e Wächter<sup>(143)</sup>.

<sup>(138)</sup> Cfr. E. LANDSBERG, *Geschichte*, cit., Abt. 3, 2 Halbbd, *Testo*, pg. 479.

<sup>(139)</sup> E. BÖCKING, *Introduzione alle Pandekten des römischen Privatrechts* (Bonn, I, 1843), che recano anche il titolo aggiuntivo *Institutionen des gemeinen deutschen Zivilrechts*, qui citate secondo la riedizione del 1852 (pg. V).

<sup>(140)</sup> C. F. F. SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht. Erster Band: Allgemeine Lehren und das Sachenrecht*, Leipzig, 1844. Su di lui non si può finora rinviare a niente di più del solito E. LANDSBERG, *loc. ult. cit.*, pg. 600-601. Cfr. inoltre per qualche ulteriore accenno R. SCHMIDT, *Die « Rückker zu Hegel » und die strafrechtliche Verbrechenslehre*, Stuttgart, 1913, pg. 27.

<sup>(141)</sup> G. F. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1850<sup>5</sup>, pg. 5 ss.

<sup>(142)</sup> E. I. BEKKER, *Ueber das gemeine deutsche Recht der Gegenwart und dessen Behandlung*, in E. I. BEKKER, T. MÜTHER (hrsg), *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, Bd. I (1857), pg. 1 ss.

<sup>(143)</sup> Cfr. C. G. WÄCHTER, *Gemeins Recht Deutschlands, insbesondere deutsches Strafrecht*, Leipzig, 1844; *Erörterungen aus dem Römischen*,

Wächter in particolare cerca una formula mediatrice che renda giustizia anche alla peculiarità delle fonti e sostiene — quasi riallacciandosi alle sistematizzazioni, fatte proprie dal tardo *Usus modernus*, di una *jurisprudencia romano-germanica* — che il diritto delle Pandette deve essere denominato 'diritto romano-tesco'.

Il tentativo di Wächter — storicamente assai attento alla connessione di diritto comune e forme statuali, fino a negare che dopo la caduta del *Reich* del 1806, in Germania si desse ancora un diritto comune tedesco in senso formale<sup>(144)</sup> — non era destinato a restare senza eco, ma ad essere ripreso da Windscheid, che giunge in qualche modo alla definitiva cristallizzazione scolastica della materia del contendere: il diritto delle Pandette come « das gemeine deutsche Privatrecht Römischen Ursprungs »<sup>(145)</sup>.

Ma che questa fosse una soluzione più apparente che reale e non toccasse fundamentalmente la sostanza del problema non poteva sfuggire alla acuta percezione di Lorenz von Stein<sup>(146)</sup>, che

---

*Deutschen and Wüttembergischen Privatrechte*, Stuttgart, 1845. Su questa figura di notevole esponente di una Pandettistica che tendeva a sottrarsi largamente agli influssi savignyani esistono numerose testimonianze biografiche: cfr. soltanto O. V. WAECHTER, *C. G. Wächter. Lebensbild eines deutschen Juristen*, Leipzig, 1881. Si veda più avanti anche il lusinghiero giudizio di Windscheid.

<sup>(144)</sup> Cfr. *infra*, pg. 121 ss.

<sup>(145)</sup> B. WINDSCHEID, *loc. ult. cit.*

<sup>(146)</sup> Su Lorenz von Stein esiste ormai un'ampia letteratura alla quale è d'obbligo rimandare. Una contribuzione qualitativamente significativa da ultimo in R. SCHNUR (hrsg.), *Staat und Gesellschaft. Studien über Lorenz von Stein*, Berlin, 1978. Se si eccettua però il saggio di F. DE SANCTIS, *Eigentum und Arbeit in der Steinschen Wissenschaft der Gesellschaft*, ivi, pg. 304 ss. (del medesimo autore vedi anche l'importante *Crisi e scienza. Lorenz von Stein alle origini della scienza sociale*, Napoli, 1976), praticamente nessun contributo sembra anche soltanto sfiorare le problematiche privatistiche, processualistiche e di metodologia della storia del diritto (anche romano) affrontate dal Nostro in una serie di recensioni e nella sua prima opera di rilievo: la *Geschichte des dänischen Civilprocesses und das heutige Verfahren. Als Beitrag zu einer vergleichenden Rechtswissenschaft*, Kiel, 1841.

Eccezione a questo quadro la offre invece M. FIORAVANTI, *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, che prende

proseguendo nella Verwaltungslehre degli anni Sessanta<sup>(147)</sup> nell'analisi critica<sup>(148)</sup> della scienza pandettistica — correttamente individuata come la principale avversaria della scienza sociale da lui propugnata<sup>(149)</sup> — ne coglieva ad un tempo tutta la consapevole contraddittorietà<sup>(150)</sup>, eppure anche tutta la conseguente tensione verso un adeguamento al presente.

« Il diritto romano quale oggi si presenta non è altro che un sistema giuridico scientifico nel quale tutti i concetti e i principi sono tedeschi, e tutte le citazioni e la casistica sono romanistiche. Questa configurazione del diritto romano tuttavia non è sorta improvvisamente, ma come risultato di un lungo lavoro dei giuristi tedeschi, che ha però trovato il suo compimento e la sua prima definitiva realizzazione soltanto con la scuola di Göttingen, e più precisamente con Heyse e Hugo »<sup>(151)</sup>.

È certo, in ogni caso, che il programma di un diritto romano già disponibile, per così dire, nella sua *attualità*, doveva, ciò non di meno, sul trapasso dal diciottesimo al diciannovesimo secolo e persino nei successivi due decenni del nuovo secolo, trovarsi assai distante anche soltanto da una prima realizzazione.

L'appello di Gustav Hugo suonava infatti, e, sulla base delle premesse che abbiamo messo in luce, non poteva non suonare che come una perorazione rivolta a favorire un ritorno alle fonti; la sua infaticabile attività in tal senso doveva porsi del resto a modello delle generazioni successive proprio quasi soltanto sotto quest'unico profilo.

---

anzi in esame, con un'angolatura diversa dalla nostra, la recensione al *System* savigniano (pg. 82 ss.). Come lo stesso Fioravanti sottolinea manca a tutt'oggi un'analisi approfondita sotto questa angolatura del più tardo *Gegenwart und Zukunft der Rechts-und Staatswissenschaft Deutschlands*, Stuttgart, 1876, specialmente per quanto concerne il primo dei due oggetti la cui trattazione è annunciata fin dal titolo.

<sup>(147)</sup> L. VON STEIN, *Verwaltungslehre*, Stuttgart, 1864.

<sup>(148)</sup> Di quest'analisi costituisce un capitolo fondamentale, ma sinora sfuggito all'attenzione dei più, la lunga recensione alla già citata *Wissenschaft der Römischen Rechtsgeschichte* del giurista hegeliano Christiansen (Altona, 1838), della quale avremo ad occuparci nei prossimi capitoli.

<sup>(149)</sup> Cfr. L. VON STEIN, *Gegenwart und Zukunft*, cit., pg. 118 ss.

<sup>(150)</sup> *Ibid.*, pg. 132 ss.

<sup>(151)</sup> *Id.*, *Verwaltungslehre*, cit., pg. VI ss.

Tuttavia la sua concezione peculiare dell'inutilità della storia giuridica ai fini della prassi, accompagnata dalla tendenziale convinzione che lo stato del diritto fosse *già* conforme alle specifiche esigenze nazionali, lo sottraeva per buona parte alle aporie ricorrenti nella dialettica tra romano (antico- ' moderno ' ) e attuale, pur collocandolo in una posizione di splendido isolamento.

La savignyana esigenza, poco più tardi manifestata, di dedicarsi, in primo luogo, tramite la mediazione di un ' metodo rigorosamente storico ' ( *streng historische Methode* ), ad un paziente lavoro di recupero e selezione che ponesse in grado il giurista positivo di individuare ' ciò che è vivo e ciò che è morto ' nella congerie del diritto romano tramandato, era al contrario di per sé in condizione di ingenerare in ogni scienza del diritto vigente uno stato di profondo imbarazzo e difficoltà, proprio per la sua molto più netta sottolineatura del carattere formale di legge competente al diritto romano, e ancora per la sua dichiarata insoddisfazione nei confronti della drastica separazione tra storia e diritto pratico, così com'era perorata e difesa dal Gottinghese.

Il dare attuazione ad un simile progetto — sia pure concepito come un primo stadio necessario, ma limitato nel tempo, di una più ampia rifondazione della scienza — comportava infatti dal punto di vista tecnico un rilevante corollario: accanto e *contemporaneamente*, in luogo di un presupposto di validità formale — di un fondamento certo arbitrario, ma storicamente e puntualmente ricostruibile senza un faticoso esame di singole fattispecie —, subentrava un fondamento di validità *materiale*, che, oltre a ciò, si presentava come altamente indeterminato.

L'aver prefissato un concetto di ' scienza ' teorica — ben differentemente, del resto, anche da quello che era il tenore complessivo della proposta di una scienza ' comparativa ', che sfociasse in una *critica* (filosofia) del diritto positivo, propria alle analisi di un Hugo — in correlazione al tema della prassi <sup>(152)</sup>, nel senso che il carattere « *der theoretischen Rechtswissenschaft besteht darin, dass sie entweder Anwendung hat, oder haben kann und*

---

(152) Rimandiamo sul punto alla lettera savignyana già esaminata in sede di parallelo tra le diverse specifiche forme di comprensione del diritto nella storia, in *Systema iuris I*, pg. 291, nota 312.

*sollte* »<sup>(153)</sup>, paradossalmente costringe la scienza romanistica ad involversi in definitiva in aporie simili a quelle che precedentemente avevano dovuto affrontare i giuristi che tentavano di enucleare 'scientificamente' un « *allgemeines Teutsches Privatrecht* ». In relazione alle fonti: analisi storica dell'origine e del continuo progresso dei 'puri' istituti del diritto tedesco<sup>(154)</sup> — non è un caso che in questo torno di tempo e nell'ambito delle polemiche determinate dall'identica difficoltà nel compito di cogliere un principio di validità materiale, faccia il suo ingresso in modo massiccio il concetto di *Rechtsinstitut*<sup>(155)</sup> —, o deduzione astratta, dal concetto o principio superiore, « *eines (Teutschen) Rechtsinstitutes* »<sup>(156)</sup>, ricavato dall'esame e dalla comparazione di norme particolari. In relazione all'applicabilità: tenersi fermi a principi che al momento attuale non possono essere applicati direttamente, ma solo come mezzi sussidiari storici e teorici, o cercare di fornire al giurista solo principi che si rivelino 'immediatamente' applicabili, sia questa applicabilità ipotetica oppure concretamente provata, notoria o comunque dimostrabile; o infine come ultima alternativa una 'reine Theorie'?

In ogni caso, assunto un punto di vista 'materiale', in questo momento storico di un diritto romano attuale non poteva parlarsi se non 'ad impossibilia': di fatto esso non era più presente, né vi era ancora la possibilità che di nuovo uno se ne desse: non più, poiché la Scuola Storica aveva respinto, almeno espressamente, i risultati dell'*Usus modernus*, la cosiddetta 'neuere Praxis'; d'altro canto, faceva per il momento difetto proprio il

---

(153) L. J. ULRICH, *Versuche einer Kritik der von Hufeland und Feuerbach behaupteten Deduction der Principien des heutigen Teutschen Privatrechts*, Marburg, 1804, pg. 3.

(154) W. G. TAFINGER, *Ueber die Bestimmung des Begriffs der Analogie des Teutschen Privatrechts und der Grundsätze dasselbe zu bearbeiten*, Erster Theil, Ulm, 1787, pg. 93.

(155) Si potrebbe in proposito anche ipotizzare una comune origine del concetto di *Rechtsinstitut* proprio a partire da questi tentativi germanistici di fine del secolo decimoottavo. È comunque cosa nota la familiarità che Savigny palesava nei confronti di Hufeland.

(156) G. HUFELAND, *Giebt es ein allgemeines deutsches Privatrecht im juristischen Sinn?* in *Id.*, *Beyträge zur Berechtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften*, Jena, 1792, pg. 53 ss.

risultato dell'accertamento storico da essa avviato sul corpo del diritto tramandato.

Nel 1827, rilevando ad un tempo un periodo di crisi di identità della Scuola Storica in quanto tale, Eduard Gans scendeva sul terreno proprio di quest'ultima, la costruzione sistematico-dogmatica del diritto romano<sup>(157)</sup>, portando un pesante e acuto attacco alla situazione di stallo nella quale l'elaborazione romanistica si era venuta a trovare.

Attacco che tanto più si fa sentire in quanto Gans esclude recisamente che il difetto risieda nell'aver posto ad oggetto della scienza il diritto romano in sé: da un lato, coloro che, in qualità di 'Historiker', — termine impiegato non senza una venatura dispregiativa — sulla base della predilezione per la crescita 'organica' dei diritti germanici, lamentano una manchevole analisi dell'elemento specifico in essi contenuto, non hanno nel modo più semplice compreso nulla, neppure 'das Princip des Germanischen Leben'; dall'altro — e ben più significativamente — il presente con le sue esigenze tipiche di un'epoca che, dopo la perentesi medievale di faticosa e vana negazione dei principi romani della *PrivatLeben*, ha raggiunto 'die Zeit zu freier Bewegung', neppure sulla base di un richiamo al *Volk* e ai suoi elementi storici costitutivi potrebbe manifestare una vocazione a dar veste ad un 'nuovo' diritto civile<sup>(158)</sup>.

L'intonazione liberal-progressista delle riflessioni gansiane sul corso storico si fa innegabilmente luce nel paventare dietro la riproposizione di una convivenza tra diritto germanico e diritto civile (romano) l'appoggio ad un permanere immobilistico presso un modello ideale gerarchico-cetuale<sup>(159)</sup>.

---

(157) E. GANS, *System des römischen Civilrechts im Grundrisse nebst einer Abhandlung über Studium und System des römischen Rechts*, Berlin, 1827, pg. 140. Del noto allievo (più liberale di Hegel, nato nel '98 e morto nel 1839, non ci sembra per il momento necessario addurre altre notizie, che saranno offerte a suo luogo quando affronteremo direttamente la sua figura; ad ogni buon conto si veda W. R. BEYER, *Gans' Vorrede zur Hegelschen Rechtsphilosophie*, in *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, XLV (1959), pg. 257 ss.

(158) E. GANS, *op. cit.*, pg. 146.

(159) *Ibid.*, pg. 143.

Ma la condivisione dell'insostituibile valore e significato del diritto romano come diritto civile, non costituisce per Gans altro che un punto di partenza che rende ancor più intricato il compito di identificare la 'posizione' che ad esso compete e deve essere attribuita nel 'nuovo sistema' del diritto vigente.

Infatti, qui si misura, pur sul comune terreno, tutta la distanza che separa il giurista hegeliano — con la sua visione del diritto privato come 'relativo' e determinato dalla precisa connessione in cui viene a trovarsi di fronte alle altre componenti della vita giuridica e sociale, fino a poter divenire strumento interpretativo della stessa realtà dello Stato; e non senza significato sono ripresi qui, in un nuovo contesto, toni che erano stati propri della funzione che la 'römische Staatsgeschichte' aveva iniziato a svolgere nel tardo Settecento — dalla concezione, non meno statualisticamente impregnata, dei giuristi 'storici': « *il diritto civile ha perduto presso di noi il suo valore assoluto; esso ha dovuto coordinarsi e sottoordinarsi, e deve sottostare al potere di più elevati interessi, deve accogliere la forma e il colore che tale sottoordinazione comporta.*

Nell'epoca imperiale romana invece il diritto civile configurava esso stesso il più elevato interesse: *in esso si rispecchiava la totalità della vita dello Stato romano; esso aveva in se stesso tutti i tratti di questo e valeva di per sé come il più potente mezzo di spiegazione e comprensione della realtà dello Stato* »<sup>(160)</sup>.

Si capisce allora come i due punti di vista sotto i quali il diritto romano può essere preso in considerazione e che trovano entrambi astrattamente una completa giustificazione nella sua 'doppia' funzionalità (« *in der doppelte Stellung und Bedeutung* »), in realtà nascondono due posizioni ideologicamente assai distinte; l'una volta ad individuare cosa del diritto romano sia trascorso in qualità di substrato del diritto civile nelle attuali circostanze ed istituzioni — diritto civile e diritto romano divengono così in concreto tendenzialmente eterogenei —; l'altra invece, nel sottolineare che pur tuttavia il diritto attuale trova le sue fonti 'esterne' e la sua chiarificazione altrettanto 'esterna' nelle opere e nei testi promananti dallo 'Spirito' romano, trasforma questa osser-

---

(160) *Ibid.*, pg. 144.

vazione filologicamente corretta in una concezione storiograficamente unilaterale perché tende a ricercare ‘anche’ la giustificazione interna degli istituti in quella qualificazione esteriore; tentando un ben diverso tipo di attualizzazione, una attualizzazione ‘diretta’.

Questo procedere ‘unpraktisch’ si fonda sul pieno disconoscimento del dato che un istituto romano nel presente possa essersi trasformato ‘zu etwas ganz Anderem’; allo studio storico viene cioè attribuita quella funzione correttiva consistente nel « *das verkehrte Institut nach vorangegangener Anleitung zurück zu romanisieren* »<sup>(161)</sup>.

Questa romanizzazione non costituisce dunque per Gans una operazione puramente storico-filologica, ma nasconde il tentativo di riproporre un’articolazione delle materie giuridiche che restituisca al diritto privato una posizione ‘sovraordinata’ ormai perduta, in modo che in esso si rispecchi ogni sfumatura dello Stato non più romano ma moderno, « come se senza la storia del diritto non si potesse più governare »; tuttavia nel momento in cui la tensione scientifica necessariamente cade, come sua concreta sedimentazione resta unicamente l’effetto di depauperamento della determinatezza del diritto pratico attuale, staccato sempre di più dalla sua reale validità<sup>(162)</sup>.

La letteratura giuridica del periodo immediatamente successivo, in non casuale coincidenza, quando non si pone esclusivamente al servizio di una espressione del diritto romano ‘puro’<sup>(163)</sup>, pare quasi caratterizzarsi come una scuola ‘esegetica’ nella scienza delle Pandette, lavorando principalmente secondo quei canoni che Schwegge nella *Vorrede* del 1828 descrive in modo estremamente accurato. In quella sua opera, originariamente dedicata al diritto romano ‘nella sua attuale applicazione presso i tribunali tede-

---

<sup>(161)</sup> *Ibid.*, pg. 146.

<sup>(162)</sup> *Ibidem.*

<sup>(163)</sup> Cfr. i lavori citati da Puchta nelle sue *Pandekten*, cit., pg. 13, nota g (e tutti in attesa di una ancora sia pur sommaria valutazione): MEISTER, *Ius romanum privatum idque purum* (1813); L. A. WARKÖNIG, *Commentarii iuris romani priv.* (3 Bd., 1825 ss.); HAIMBERGER, *Ius rom. privatum idque purum* (1829 ss.).

schi ' (164), egli aveva stabilito a proprio oggetto, — concordando di fatto con l'indirizzo di Hufeland (165) —, il diritto romano ad esclusione non solo degli istituti del *Particularrecht*, ma di tutto ciò che riposasse su fonti germaniche e non fosse soltanto ' modificazione ' di figure romanistiche (166).

Ma il dato controverso poteva naturalmente essere costituito unicamente da queste ultime: nel caso che, nell'analisi dei particolari dogmatici, sorga questione se la loro collocazione sistematica debba essere portata a termine secondo il punto di vista teorico romano (« nach der römischen Ansicht »), o invece secondo le modificazioni che il diritto romano subisce nella sua applicazione attuale, è sempre da preferire il primo principio, poiché l'idea romana dell'istituto costituisce il vero fondamento, mentre l'applicazione attuale deve essere ridotta al rango di semplice supplemento esterno (Zugabe); inoltre perché, se si dovesse seguire l'opposto procedimento, « die römische Farbe gar zu sehr verwischt worden wäre » (167).

Il vero bisogno del presente è costituito quindi dalla necessità di « ricavare i materiali di nuovo senza mediazione dalle fonti »; questa ' quellenmässige Behandlung ' si ritraduce in una nuova scissione, nella praticabilità della separazione della terminologia romana da quella moderna e nella più precisa determinazione dell'uso linguistico romano, che acquista tutta la sua rilevanza, a sua volta, in una funzionalizzazione alla interpretazione delle fonti (168).

---

(164) Elaborata con una certa indipendenza dal sistema proposto da Hugo, l'opera doveva d'altro canto inaugurare anche, almeno stando alle iniziali intenzioni, quel filone di Pandettistica pratica, che vedremo poi proseguito dal Seuffert, dal Sintenis, dal Wächter. Essa aveva già veduto la luce nel 1814 sotto il titolo *Das Römische Recht in seiner Anwendung auf deutschen Gerichte*; la quarta edizione, dalla quale citiamo, fu corredata da una significativa introduzione e ampliata a 5 volumi, per darle forma più simile ad un manuale: A. SCHWEPPE, *Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung*, Göttingen, 1828.

(165) Cfr. *ibid.*, Introduzione, pg. X.

(166) *Ibid.*, pg. V.

(167) *Ibid.*, pg. XV.

(168) *Ibid.*, pgg. XI-XII.

Tra l'elemento 'pratico' pur così inteso, e l'elemento storico sussiste tuttavia sempre un profondo iato: a Schweppe non resta che sottolineare il 'bisogno del nostro tempo' a che la *Rechtsgeschichte* costituisca sempre più il punto di riferimento di ogni manuale; e la aspirazione — da lui portata avanti mediante l'omogeneizzazione delle opere istituzionali e storico-giuridiche — che consenta che si possa « *Lehre für Lehre geschichtliches und practisches Recht vergleichen und zu einen Gähzen verbinden* ».

Certo, rimane affidato al futuro — in un'affermazione che pare quasi costituire il programma del *System* di Savigny — la possibilità che il collegamento dell'elemento storico con quello pratico venga perseguito per linee interne e in una sola trattazione, poiché a tutt'oggi il pregiudizio contro l'utilizzabilità pratica della *Rechtsgeschichte* è ancora troppo forte<sup>(169)</sup>.

Come si può agevolmente osservare sarebbe erroneo imputare a questa tendenza 'esegetica' un arido tecnicismo; piuttosto è significativa la lucidità con la quale, accanto all'elemento 'tecnico' di un rinnovamento che, pur proponendosi scopi direttamente pratici, si rovescia in una 'disattualizzazione' consapevolmente guidata, viene individuato nella *Rechtsgeschichte*, in un diverso modo di portare a termine la storia del diritto romano rispetto al secolo precedente, l'elemento 'politico' atto a guidare il processo storico: saremmo quasi tentati di affermare che è in quest'ultima che va ricercato il progetto politico — espresso sempre come 'discorso indiretto' — proprio di questi giuristi: non diritto romano attuale e storia del diritto, ma storia 'attuale' del sistema del diritto romano.

Veniamo in tal modo guidati nuovamente dal lato teorico e da quello *pratico* sul terreno del diritto romano 'puro', nella forma che assume nella compilazione giustiniana « *mit Ausschluss dessen, was früher war, oder sich wohl gar erst später unter den Griechen bildete* »<sup>(170)</sup>.

La situazione verrebbe rispecchiata in misura tuttavia insufficiente e parziale se ci limitassimo ad esaminare questo tipo di letteratura.

<sup>(169)</sup> *Ibid.*, pg. XVI-XVII.

<sup>(170)</sup> *Ibid.*, pg. XIII.

Se infatti ci riallacciamo al contesto, precedentemente preso in esame, del rinnovamento scientifico prospettato da Hugo nel 1789, possiamo con sufficiente sicurezza renderci conto che, tra gli elementi differenziali che lo caratterizzano nei confronti di analoghe esigenze, quali erano ad esempio espresse da A. Weber, uno spicca tra gli altri: il progressivo ritrarsi della 'nuova' scienza giuridica — ritrarsi confermato anche successivamente dall'attività del giovane Savigny — e concentrarsi sull'attività propriamente universitaria ed accademica; in altre parole un mutamento dei destinatari.

Fruitore della teoria non è più immediatamente il giudice o il giurista in quanto abbia a che fare direttamente con la giurisdizione, anche se questo tipo di rottura non si traduce a livello sistematico se non in misura parziale<sup>(171)</sup>.

La metodologia e la procedura seguita nell'insegnamento del diritto delle Pandette in questo particolare momento rimane consegnata ad uno specifico e singolare genere letterario, il 'Grundriss', il sommario per il corso di lezioni sul Digesto.

Benché di tradizione più risalente<sup>(172)</sup>, questo genere ricevette una definitiva consacrazione — ma la si potrebbe anche e più correttamente, come vedremo, assumere a sua vera e propria data di nascita — con un'opera che a buon diritto merita di essere definita 'epochenmachend': il « Grundriss eines Systems des Gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandektenvorlesungen » di Arnold Heise, che non senza significato era stato nel periodo im-

(171) L'accenno di cui sopra nel testo voleva essere abbastanza scoperatamente un'allusione al problema del permanere all'interno della sistematica civilistica di intere sezioni 'processualistiche'; di ciò più approfonditamente nel prosieguo. Da ultimo ha manifestato di nuovo un qualche interesse per questo fenomeno chiave delle sistematiche ottocentesche, W. SIMSHÄUSER, *Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellen Recht und Prozessrecht seit Savigny*, Bielefeld, 1965.

(172) Naturalmente non limitati esclusivamente al settore romanistico (ad esempi in questo ultimo campo potevano valere già i succitati lavori di Habernikkel, o anche quelli di un Haubold): C. HÜFFER, *Grundriss zur Vorlesungen über Naturrecht*, Münster, 1785; F. H. M. KERSTEN, *Skelet des Natur-, Staats- und Völkerrechts*, Dresden, 1776. Cfr. A. B. SCHWARZ, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, cit., pg. 7, nota 25.

mediatamente precedente professore a Göttingen, opera che appare a Heidelberg nel 1807 <sup>(173)</sup>.

Come è noto, Heise fece propria, mutuandola dal volume delle Istituzioni del 1789 di Gustav Hugo, una nuova schematizzazione del materiale giuridico romano ormai indipendente dall'ordine legale, che divenne il fondamento per l'insegnamento delle Pandette, e più tardi fu accolta dalla maggior parte dei trattati e dei manuali, legittimandosi semplicemente come il sistema delle Pandette.

Questo tipo di ' sommario ' contiene, racchiusa nella cornice delle partizioni principali: dottrine generali, diritti reali, diritti di obbligazione, diritti di famiglia (nelle prime due edizioni denominati sul modello kantiano diritti reali-personali), diritto delle successioni, una suddivisione condotta fin nei minimi particolari all'interno di ciascuna sezione; ma per il resto soltanto annotazioni a piè di pagina che enumerano e spesso riproducono per esteso i luoghi corrispondenti delle fonti romane.

La cosa che era in sé e per sé destinata ad essere impiegata soltanto come traccia delle lezioni, si trasformò sul modello fornito dallo Heise, in una specie di genere letterario, di notevole rilevanza per ricostruire la genesi dei trattati sulle Pandette <sup>(174)</sup>.

Per cercare di comprendere, se non appieno, perlomeno più da vicino, il senso e la funzione acquisiti da un tale genere letterario, la cui importanza — atta persino a fondare di per sé sola la fama scientifica di un autore, come appunto nel caso di Heise <sup>(175)</sup> — può apparire ad occhi moderni nella migliore delle ipotesi frutto di una indebita ipervalutazione, bisogna innanzitutto far riferimento, anche se per ora brevemente, proprio a quella tradizione più risalente nella quale questo fenomeno getta le sue radici, e valutarla nell'ottica dell'epoca.

---

<sup>(173)</sup> Pubblicato ad Heidelberg poco dopo la sua chiamata in quella Università patrocinata da Savigny stesso. A Göttinga dove era sino ad allora attivo in qualità di straordinario, aveva studiato con Pütter, Martens, Hugo e Martin. Non va tuttavia dimenticato che nel precedente periodo jeneso era stato allievo di Feuerbach e soprattutto di Hufeland.

<sup>(174)</sup> Cfr. F. BLUHME, *op. cit.*, infra sub nota 183, pg. XIII.

<sup>(175)</sup> Cfr. E. LANDSBERG, *Geschichte*, cit., Abt. 3, 2 Halbb., *Testo*, pg. 89 ss.

Un tentativo del genere si rende possibile soltanto accennando qualche passo in direzione di una storia dei generi letterari che è ancora tutta da scrivere; ovvero mediante una più precisa caratterizzazione strutturale che trascorra attraverso una distinzione storico-funzionale tra i vari significati attribuibili ai termini *Compendium*, *Lehrbuch* (*Handbuch*), e *Grundriss* <sup>(176)</sup>. Non a caso è proprio in questo momento di trapasso che il richiamo all'esperienza romana 'classica' si rivela ancora una volta elemento costitutivo di un autoriferimento della coscienza scientifica <sup>(177)</sup>.

Il fatto che la 'materia' giuridica di tempo in tempo acquisita dalla scienza venga per così dire riassunta e sintetizzata in sommi e 'libri di testo' non si rivela (in questo momento) necessario solo per una retta configurazione della lezione universitaria, ma invece per la scienza medesima. « Auf das wirkliche Bedürfnis beschränkt, und mit selbständigem schöpferischen Geiste ausgeführt, kann *auch diese Richtung, nicht allein* — in Beziehung auf System, innere Durchdringung des Stoffes, und künstlerische Ausbildung der Form — *die Wissenschaft fördern, sondern selbst zur Blüthe und Spitze derselben werden* » <sup>(178)</sup>.

Quest'ultimo era stato appunto il caso dei 'compendi' dei giuristi classici; ma nel momento stesso in cui lo spirito 'creativo' vien meno, un simile genere letterario si riduce ad una mera esterna compilazione di ciò che tempi migliori sono stati in grado di produrre: i Compendi divengono la « forma vuota, nella quale ancora soltanto una parvenza di scienza trova il suo compimento », esattamente come nel caso della più tarda giurisprudenza bi-

---

<sup>(176)</sup> Per quanto segue ci riferiamo soprattutto ad un testo che non ci risulta utilizzato in letteratura, se si fa eccezione per una fuggevole segnalazione di W. SCHÖNFELD, *Grundlegung der Rechtswissenschaft*, Stuttgart, 1951<sup>2</sup> (1943<sup>1</sup>), pg. 117, che tuttavia non è in grado di rispecchiare l'effettivo contenuto della medesima analisi ivi condotta.

Si tratta di una rilevante *Recensione* al *Lehrbuch der Pandekten* von Georg Friedrich Puchta, Leipzig, 1838<sup>1</sup>, von Herrn Oberappellationsgerichts-rath (già questa qualifica rende la recensione un attendibile banco di prova per il rapporto teoria-prassi) Dr. von SCHRÖTER, apparsa nei *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft*, hrsg. von A. L. RICHTER und R. SCHNEIDER, 4. Jahrg., 7. Band, Leipzig, 1840, pg. 289 ss.

<sup>(177)</sup> A. W. SCHRÖTER, *loc. cit.*, pg. 289.

<sup>(178)</sup> *Ibid.*, pg. 290.

zantina, che serve così da modello ' classicistico ' per una valutazione negativa di quella quantità di compendi che in Germania, a partire dalla fine del XVII secolo per giungere sino al « primo periodo » del XIX avevano costituita la « forma predominante dell'elaborazione scientifica » (179).

Diviene allora fenomeno comprensibile che, nel momento in cui ci si sente vocati a rimettere in onore ' la ' scienza contro quella tradizione — pur se non si riesca al di là delle negative valutazioni, a spezzarla completamente —, cominci ad insorgere una certa diffidenza verso il genere letterario del Compendio in sé preso; ed al contrario subentri una predilezione per il puro e semplice « Grundriss ». È vero del resto che questi ultimi si adattavano perfettamente ad una situazione di trapasso: essi infatti non manifestavano solamente l'esigenza di una ricostruzione su nuove basi del sistema giuridico, ma rendevano per la prima volta possibile un fluido e libero interscambio tra ciò che costituiva il risultato delle nuove ricerche e quell'elemento tradizionalmente più consolidato rappresentato dalla dottrina tramandata nell'ambito delle lezioni accademiche.

In tal modo risalta tuttavia con maggiore evidenza il carattere di strumento quasi di ' emergenza ' rivestito da questo singolare genere, a metà tra anello di congiunzione e schermo protettivo; un carattere dettato dalla necessità impellente che la ' nuova ' scienza fosse messa in primo luogo in condizioni di rinvenire un *materiale* giuridico atto ad essere restituito a più degna forma. Anche se esaminato sotto il profilo di una storia dei generi letterari, il problema di un ripristino a dignità scientifica del diritto romano attuale si manifesta sempre come nodo decisivo.

Quando invece questa generale ' crisi di coscienza ' sembrò essere entrata in una fase conclusiva, o quantomeno di temporanea ' sospensione ', nel momento cioè in cui si ricominciò a ritenere che le singole indagini monografiche avessero di nuovo portato a maturità il materiale giuridico, il bisogno di una visione più vasta e comprensiva rese finalmente possibile che si tentasse ancora una volta la via del *Lehrbuch*.

---

(179) Cfr. *infra* nel testo quanto verremo esponendo sull'efficacia bivalente connessa alla diffusione del *Grundriss* di Heise.

Accadde allora un fenomeno per certi versi singolare, che va certamente ricondotto alla sequenza temporale appena scandita: i nuovi *Lehrbücher* si vedono in ogni caso quasi necessitati a modellarsi sia per forma che per contenuto sull'esempio fornito da Heise, non soltanto con il suo *Grundriss*, ma nelle stesse sue lezioni. Proprio questa circostanza rende però il processo medesimo in un certo senso equivoco. Vediamo di spiegarci.

Alla pubblicazione dello Heise seguirono infatti i *Grundrisse* di Unterholzner 1817<sup>(180)</sup>, Burchardi 1823<sup>(181)</sup> Gans 1827<sup>(182)</sup>, Bluhme 1829<sup>(183)</sup>, Göschen 1831<sup>(184)</sup>, Puchta 1832<sup>(185)</sup>, Rudorff 1843<sup>(186)</sup>, Böcking 1845<sup>(187)</sup>. Se ci limitiamo per il momento ad una sommarissima valutazione di questi *Grundrisse* dal punto di vista materiale, induttivamente basata sulla specificazione delle fonti e della letteratura da essi addotta, possiamo giungere alla conclusione che secondo il modello prospettato da questi autori unicamente il diritto romano contenuto nella compilazione giustiniana formasse oggetto dell'insegnamento universitario.

Da questo quadro tuttavia proprio il lavoro di Heise fuoriesce per più versi. Infatti l'autore — suscitando qualche sorpresa, se solo si pensi che nel corso delle varie edizioni (e non aveva difficoltà ad ammetterlo)<sup>(188)</sup>, molte delle numerose variazioni furono

<sup>(180)</sup> C. A. D. UNTERHOLZNER, *Entwurf zu einer Lehrgebäude des bei den Römern geltenden Rechts*, Breslau, 1817.

<sup>(181)</sup> G. C. BURCHARDI, *System des Römischen Rechts im Grundrisse zum Behuf civilistisch-dogmatischer Vorlesungen*, Bonn, 1823.

<sup>(182)</sup> Cfr. *supra*, sub nota 157.

<sup>(183)</sup> F. BLUHME, *Grundris des Pandektenrechts. Mit einem Quellenregister*, Halle, 1829.

<sup>(184)</sup> Quella citata nel testo rappresenta l'ultima edizione del lavoro di J. F. L. GOESCHEN, che appare essere stato pensato inizialmente solo dopo il suo arrivo a Göttingen e che colà sperimentò dal 1823 quattro edizioni; cfr. E. LANDSBERG, *loc. ult. cit.*, Note, pg. 118.

<sup>(185)</sup> G. F. PUCHTA, *System des gemeinen Civilrechts*, München, 1832.

<sup>(186)</sup> A. F. RUDORFF, *Grundriss zu Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, Berlin, 1843<sup>2</sup>.

<sup>(187)</sup> Noi abbiamo visto comunque la quarta edizione di questo *Grundriss*, E. BÖCKING, *Pandekten. Grundriss eines Lehrbuches des gemeinen auf das römische Recht gegründete Civilrechts*, Bonn, 1852.

<sup>(188)</sup> A. HEISE, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts*

apportate su suggerimento dello stesso Savigny, il quale, è cosa nota, anche dal punto di vista del metodo delle citazioni, non pareva tener gran conto della letteratura dell'*Usus modernus* — nell'ambito di entrambe le sue attività (scientifica e accademica) mantenne un'ampia base di riferimento nei confronti della letteratura giuridica presa nella sua globalità, con particolare riferimento a quella dei tre secoli precedenti. Un'analisi delle diverse edizioni della sua fortunatissima opera sembra bastantemente confermarlo.

Nella sua prima edizione infatti, la meno elaborata e corredata di annotazioni, Heise sembra fare ampio riferimento principalmente ad alcuni autori che potrebbero per comodità definirsi *lato sensu* appartenenti ad un'area kantiana, come Hugo, Hufeland ed ancora Thibaut; nella seconda<sup>(189)</sup> troviamo tuttavia di nuovo frequentemente citati persino autori del tardo *Usus modernus*, senza che tali riferimenti tendano in seguito a diradersi.

Ma proprio questo suo ampio e globale riferimento alla letteratura giuridica farà sì che anche quei primi tentativi di nuovi manuali complessivi, più che presentarsi come « libera creazione a partire dalle fonti », rimanessero ad esse strettamente ancorati; che non riuscisse quindi loro — appunto a causa della mancanza di approfondimento di concetti come quello di rapporto e fattispecie<sup>(190)</sup> e delle conseguenti manchevolezze nello sviluppare i vari rapporti giuridici « aus ihrem Grundwesen »<sup>(191)</sup> — di venire ad incarnare una reale alternativa al metodo più tradizionale perseguito ad esempio da un Thibaut.

È bensì vero che le intenzioni di Heise divengono, di edizione in edizione man mano più chiare, fino ad istituire una specifica gerarchia di valori proprio tra le diverse categorie di fonti chiamate a conferma: « Bey der seit der zweyten Ausgabe hinzugefügten Literatur war meine Absicht darauf gerichtet, die Zu-

---

zum Behuf von Pandecten - Vorlesungen, 3<sup>e</sup> verbesserte Ausgabe, Heidelberg, 1819, Vorrede, pg. XII.

<sup>(189)</sup> Cfr. A. HEISE, *Grundriss*, cit., 2. Aus. (1816), pg. 33 ss.

<sup>(190)</sup> Cfr. E. I. BEKKER, *Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung*, Berlin und Leipzig, 1910, pg. 63 ss. e H. COING, *Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem*, in *Von deutschen zum europäischen Recht. Festschrift für Hans Dolle*, Bd. 1, Tübingen, 1963, pgg. 25-40.

<sup>(191)</sup> A. W. VON SCHRÖTER, *loc. ult. cit.*

hörer sowohl mit den vorzüglichsten Werken über das gesammte Civilrecht und über die einzelnen Lehren, als auch selbst mit den bedeutendsten Abhandlungen über einzelne Punkte und Streitfragen bekannt zu machen: dabey aber nicht auf Reichtum, sondern vielmehr auf eine sorgfältige Auswahl des Besseren zu sehen, und sie, vorzüglich zum Behuf ihres ferneren eignen Fleisses, auf die bessere exegetischen Arbeiten der älteren Juristen zurückzuführen, die jetzt nur gar oft über den dogmatischen und practische Schriften einer neueren schlechteren Zeit vergessen werden »<sup>(192)</sup>.

Vicinanza 'nostalgica' al metodo esegetico e allo stesso tempo lontananza, che conferma però l'analisi sin qui svolta: soltanto con i manuali di Mühlenbruch — dalla 'Doctrina Pandectarum' al 'Lehrbuch des Pandekten-Rechts'; ma è senz'altro dato da tener presente che tra la prima edizione del *Grundriss* di Heise (1807) e la corrispondente edizione dell'opera di Mühlenbruch siano trascorsi quasi vent'anni<sup>(193)</sup> —, e soprattutto con le *Pandette* di Puchta (1838) fu operato in questo senso un decisivo passo avanti. Cosa che è del resto testimoniata, ad ulteriore riprova del carattere 'sperimentale' del genere letterario *Grundriss*, collegato a questa specifica fase di crisi e di crescita del diritto romano attuale, dal diradarsi del suo interesse scientifico dopo i primi anni trenta.

Si può così scorgere in questo metodo di insegnamento in definitiva il tentativo di gettare un ponte a collegare la pretesa sistematizzatrice con il ritorno all'analisi delle fonti; in ogni caso si tratta però di un nesso inteso in un senso che, come abbiamo visto, resta per ora esteriore, non giungendo a cogliere e neppure a presentire — nonostante « eine immer grössere Entfernung von der exegetischen Methode »<sup>(194)</sup> — una intima unità di forma e contenuto corrispondente al 'Geist der Sache'<sup>(195)</sup>: il sistema si presenta come 'attuale', ma non — o meglio non ancora — il diritto romano che è preso a materiale della trattazione.

---

<sup>(192)</sup> A. HEISE, *op. ult. cit.*, pg. XIII-XIV.

<sup>(193)</sup> Cfr. *Allgemeine Deutsche Biographie*, Bd. 22, Leipzig, 1885, sub voce *Mühlenbruch* (siglata Mejer), pg. 463 ss.

<sup>(194)</sup> G. F. PUCHTA, *Pandekten*<sup>5</sup>, § 9 a, pg. 10 ss.

<sup>(195)</sup> *Ibidem*.

Ancora Gans meglio di ogni altro è capace di cogliere, con l'assoluta sicurezza del critico che tuttavia con altri mezzi è impegnato nella stessa opera di costruzione<sup>(196)</sup>, il momento di acuta crisi e tensione — quasi il punto di rottura tra l'esigenza e i rapporti sociali nuovi che urgono e la mancata identificazione delle forme idonee a soddisfarli — che è proprio di quella « neo-nata » scienza romanistica.

Una scienza che misconosce l'obiettivo difficoltà della cosa stessa<sup>(197)</sup>, poiché « kein heutiges römisches Recht kennt », nella convinzione che la conoscenza e la descrizione del puro diritto romano costituiscano il mezzo necessario e sufficiente a risolvere i problemi, pratici e scientifici, dell'oggi, nella misura in cui le ' odierne ' particolarità vengano distrutte a favore di quelle ' classiche '.

Così quello che viene proposto non è altro, dopo tutto questo parlare di scientificità, che il contrario di essa: « noi tuttavia che distinguiamo precisamente il diritto romano attuale e il diritto del popolo romano, e che vogliamo saperli distinguere, noi non possiamo disconoscere la difficoltà del nostro compito. Per noi il diritto romano in generale è valido solo come fondamento del diritto civile, che però deve adattarsi e conformarsi secondo il nostro punto di vista; dunque è da trattarsi e da porre secondo i *nostri* concetti e punti di vista nel sistema del nostro spirito e del nostro Stato. Poiché però le fonti e gli inizi di questo diritto giacciono

---

<sup>(196)</sup> Sarà compito dei prossimi capitoli mostrare come, nonostante tutto, vi fosse più di un punto di contatto tra le sistematiche e le impostazioni di Gans e Puchta. Era stato non a caso lo sguardo acuto di Gustav Hugo a scorgere sin dall'apparizione del *Gewohnheitsrecht* (Bd. 1, Erlangen, 1828) la funzione che di fatto Puchta perseguirà lungo tutto l'arco della sua vita non certo lunga, ma ricca tuttavia di influenze: « [egli] collega, come non riuscirebbe facilmente ad un altro [Savigny?], la formazione ricevuta alla scuola di Hegel, ancora a partire dall'epoca nella quale il professor Hegel non ' viveva ' all'Università, con ciò che perlomeno il Recensente colloca ancora molto più in alto per quanto abbia attinenza al settore civilistico » (G. HUGO, *Recensione*, cit., in *GGA*, 1828, pg. 1731). Hugo mostrava quindi una consapevolezza degli sviluppi in atto, quale invece appartenenti alla Scuola Storica sembravano assai per tempo — in questo seguiti pedissequamente dalla successiva storiografia — aver volutamente perduto od occultato.

<sup>(197)</sup> E. GANS, *op. cit.*, pg. 141.

altrove, ci sono molte dottrine da noi esteriormente recepite (e pertanto come tali da prendere in esame), che si sono così poco presso di noi inradicate, al punto di non poter essere separate da quelle fonti e da quegli inizi da cui ancora continuativamente traggono lo loro forza vitale.

*Il tentativo di coordinare questi elementi estranei, che sono coerenti ad una visione da lungo tempo priva di vita, in un sistema scientifico del diritto civile attuale è perciò di per se stesso il principio non scientifico in questa scientificità* »<sup>(198)</sup>.

Nella constatazione della contrapposizione tra la scienza, da una parte, come portatrice di un principio non scientifico e il diritto stesso, dall'altra, che « nicht in der Gegenwart seinen Wohnsitz hat, sonder so-gar die Gegenwart selbst ist... »<sup>(199)</sup> il discorso non trova in ogni caso il suo termine: con questa aporia della sottoordinazione del dato romano eterogeneo, frutto di rapporti ormai estinti, in un sistema attuale, non si potrà tuttavia venire a capo delle difficoltà « auf keine Weise... als dass man das particularrömische Institut nach irgendeinem Ähnlichkeitsverfahren, bei einer analogen Lehre unseres Systems unterzubringen und zu beherbergen sucht »<sup>(200)</sup>.

Se oggi, cioè, è necessario occuparsi dell'*Actio publiciana*, perché essa appartiene ancora all'edificio giustiniano, oppure dell'infamia<sup>(201)</sup> o della *constituta pecunia*, allora non si presenta altra alternativa che collocare queste dottrine, che si sono certo formate in una vivente connessione con la storia dello Stato romano, ma alle quali nel nostro tempo non corrispondono più concreti rapporti, *laddove* esse possano meno esercitare un effetto di disturbo sul sistema del diritto attuale, creando una sorta di *nicchia storico-giuridica*, nella quale soltanto possono essere tollerate.

« Dies aber ist *die objektive Schwierigkeit des Gegestandes* von der ich im Eingage gesprochen habe; hier tritt sie als die Forderung auf, *ein System aufzubauen, das teils die vernünftigen*

<sup>(198)</sup> *Ibid.*, pg. 147.

<sup>(199)</sup> *Ibid.*, pg. 157.

<sup>(200)</sup> *Ibid.*, pg. 148.

<sup>(201)</sup> Cfr. sul punto L. ARNDTS, *Gesammelte Civilistische Schriften*, Stuttgart, 1873, Bd. 1, *Zur Literatur des Pandektenrechts*, pgg. 3-16.

*Anforderungen des heutigen Geistes erfülle, teils eben so einem äusserlichen Material den Zutritt gestatte. Wer gern streng gegen sich selbsts ist, wird von solcher äusseren Notwendigkeit gepeinigt werden... »* <sup>(202)</sup>.

3. a) Non è allora senza motivo se sul finire degli anni '30 — nel momento stesso in cui si registra una nuova fioritura di studi all'interno della Scuola Storica che sta appunto subendo un processo di parziale rinnovamento e di crescita — ci si trova di fronte nuovamente e con forza alla domanda di come si possa determinare l'elemento della vigenza dell'attuale diritto delle Pandette. In questi nuovi lavori sistematici assistiamo ad una scissione del problema in due distinte questioni, scissione che si manterrà viva fino a tutti gli anni '80, come ci è testimoniato da Bekker <sup>(203)</sup>.

Inizialmente si viene affrontando il tema sotto l'angolatura storica per delineare il profilo sotto il quale il diritto romano è stato recepito; si passa poi ad esaminare la questione 'pratica', che dalla prima consegue e dalla quale viene ampiamente condizionata, delle vesti sotto le quali ancor oggi si assuma una sua validità.

In questo senso e con questa finalità si dedica ampio spazio e una dettagliata attenzione alla situazione storica quale si è configurata dopo la recezione. Ancora nel 1803, e nelle successive edizioni del suo manuale di Pandette <sup>(204)</sup>, Thibaut attribuiva invece al problema una rilevanza del tutto marginale, risolvendolo in poche notazioni nella sezione dedicata alle leggi positive: « tutte queste raccolte di leggi recepite, (il diritto giustiniano, il diritto canonico, i *Libri Feudorum*) valgono semplicemente e nella loro totalità come diritto comune in Germania fintantoché le leggi patrie e la loro analogia non vengano a contraddirle, ed in ogni caso in quanto il loro oggetto come tale sia ancora esistente. Il fatto che il fondamento del diritto recepito sia adesso venuto meno, o

<sup>(202)</sup> E. GANS, *loc. ult. cit.*

<sup>(203)</sup> E. I. BEKKER, *Ueber das gemeine deutsche Recht*, cit., pg. 6 ss., 20 ss. e cfr. *infra* nota 361.

<sup>(204)</sup> A. F. J. THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*, Jena, 1. Bd., 1834<sup>8</sup>, §§ 12, 13, 14, pgg. 10 ss. Cfr. la prima edizione, Jena, 1803, pgg. 29-31.

che la nostra condizione richiede leggi atte agli scopi da questa postulati, non costituisce peraltro dal punto di vista giuridico ostacolo all'applicazione di un tale diritto recepito »<sup>(205)</sup>.

Per quanto ciò possa a tutta prima suonare paradossale, se poniamo mente alla novità dell'adozione di un ordine sistematico in parte appoggiato alle suddivisioni delle Istituzioni, ma in larga parte originale, e alle non meno significative innovazioni dogmatiche, la spiegazione deve far capo alla loro diversa collocazione nei rispetti della tradizione dell'*Usus modernus*, e, più in generale, conseguentemente, dell'ermeneutica giuridica. Per Thibaut, che si viene a trovare *sotto questo profilo* ancora completamente *all'interno* di questa tradizione, e anzi fornisce col suo *System* uno dei canali privilegiati tramite i quali le è offerta per tutto il XIX sec., ma principalmente nella sua prima metà<sup>(206)</sup>, la possibilità di una durevole sopravvivenza, i fondamenti di validità del diritto romano recepito sono un problema da gran tempo deciso, scontato<sup>(207)</sup>.

Non così stanno le cose per Puchta, Savigny, Sintenis, Vangerow, Arndts: la maggior parte di loro fornisce una precisa esposizione dei criteri 'ricevuti' dalla recezione; alcuni autori<sup>(208)</sup> giungono persino ad elencare nei particolari i singoli testi non glossati e che come tali, anche a voler prescindere dal loro pratico valore<sup>(209)</sup>, non sarebbero stati recepiti. Si dibatte quindi e si accerta il fenomeno della recezione *in complexu*, la questione se sia stato recepito il diritto romano 'puro' o la teoria e la prassi 'italiane'; qualche volta viene altresì diffusamente analizzato il problema dell'applicabilità del testo greco delle Novelle o della così

<sup>(205)</sup> A. F. J. THIBAUT, *System*<sup>8</sup>, cit., pg. 11.

<sup>(206)</sup> Cfr. R. SCHEUERMANN, *Einflüsse der Historischen Rechtsschule auf die Oberstrichterliche gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis bis zum Jahr 1861*, Berlin, 1972, pg. 11.

<sup>(207)</sup> Cfr. la pubblicazione, non autorizzata per ovvi motivi dal Nostro, ma contenente appunto *Nachschriften* dalle sue lezioni, curata da I. R. BRAUN, *Erörterungen über die bestrittensten Materien des Römischen Rechts in Zusätzen zu Thibauts Pandecten-System*, Theil 1., Stuttgart, 1831, pg. 23.

<sup>(208)</sup> Tra questi, per esempio, Arndts, Sintenis, Vangerow.

<sup>(209)</sup> C. F. F. SINTENIS, *Das Praktische*, cit., Bd. 1, pg. 12 esclude che la carenza di glosse sia dovuta ad un giudizio preventivo dei glossatori medesimi sulla scarsa significanza pratica dei rispettivi luoghi.

detta *versio vulgata* <sup>(210)</sup>, come pure si affronta la delicata questione se, in virtù del riconoscimento di un cosiddetto « mittelbarer Gebrauch », al diritto romano fosse inoltre consentito un influsso nella trattazione dottrinale e nella ‘ ergänzende Fortbildung ’ degli istituti ‘ puri ’ del diritto tedesco <sup>(211)</sup>.

A paragone della precedente l'esame della seconda questione — quella riferita alla ‘ prassi ’ — si presenta, e non senza ragione, come abbiamo veduto, in modo più modesto: le opinioni cominciano inoltre a farsi qui divergenti, tanto che si può iniziare a scorgere quasi una continuità nello svilupparsi di un filone pandettistico sotto alcuni profili autonomo.

Questa tendenza diviene subito chiara già nella mancanza di accordo sulle *modificazioni* che il diritto romano recepito ha subito tramite le deformazioni ad esso apportate dalla cosiddetta nuova prassi.

Nella prefazione al *System*, Savigny, cercando di ricondurre ad unità, peraltro con dubbio successo <sup>(212)</sup>, i due concetti di diritto romano attuale e di diritto comune alla Germania, riconosce l'esistenza soltanto di una « Angeblich abändernde Praxis der neueren Zeit »; secondo la sua opinione quelle modificazioni sono da ricercare quasi esclusivamente nelle leggi dell'Impero <sup>(213)</sup>, e sono di poco conto perché tutte le importanti deviazioni dal diritto romano puro (« von *reinen* römischen Recht ») — come ad esempio l'azione

<sup>(210)</sup> Cfr. ad es. F. C. VON SAVIGNY, *System*, cit., Bd. 1, pg. 71.

<sup>(211)</sup> C. F. F. SENTENIS, *loc. ult. cit.*, pg. 16, nota 32; pg. 17 (dove si discute il problema degli *Hobeitsrecht*); pg. 18 (*Allgemeine Vertragslehre*).

<sup>(212)</sup> Lo stesso Böcking aveva ben compreso ed espresso fin dall'intitolazione delle sue *Pandette* l'itinerario storico che avrebbe condotto in ultimo alle affermazioni di un Windscheid o di un Bruns (cfr. *infra*); prendendo ad oggetto il ‘ sistema del diritto privato romano puro ’, egli si limita al contempo a denominarlo « *Institutionen* des gemeinen deutschen Civilrechts »; poiché esso deve servire come opera di preparazione e di introduzione per la diversa scienza civilistica del diritto romano attuale, siamo di fronte allora ad un'opera che non soltanto, come accadeva nel caso dei manuali istituzionali romani, diverge dal punto di vista formale e metodologico, ma bensì, più in profondità, sotto il profilo materiale e secondo il contenuto non ha più molto a che fare con il cosiddetto diritto romano attuale e se ne differenzia sostanzialmente. Cfr. L. ARNDTS, *Zur Literatur*, cit., pg. 3.

<sup>(213)</sup> F. C. VON SAVIGNY, *System*, loc. cit. (trad. it.), pgg. 33-34.

ammessa per tutti i contratti senza che vi sia luogo a stipulazione, la più estesa importanza attribuita alla *bona fides* — non hanno costituito particolarità caratteristiche dell'impero germanico, ma furono riconosciute ugualmente dovunque nell'Europa moderna il diritto romano abbia trovato applicazione<sup>(214)</sup>. Dal punto di vista scientifico era però la stessa opinione savignyana ad essere in qualche modo riduttiva della prospettiva, poiché pretendeva di assumere per sé sola la capacità di una necessaria conciliazione di teoria e prassi, 'togliendo' così le contraddizioni e le incertezze esistenti anche tra gli autori che non tendevano a mettere in discussione la totalità del patrimonio culturale della Scuola Storica. In questa ottica ci parrebbe sotto due profili fuorviante assumere questa o quella data di metà secolo a simbolico segnale della definitiva 'dissoluzione' della Scuola; ciò verrebbe a significare non aver colto già precedentemente i sintomi di disagio e di rinnovamento interno alla stessa corrente, ed in secondo luogo assumere la *Wendung* a cui più volte abbiamo accennato esclusivamente come punto di rottura e non anche come un processo di integrazione, di spostamento d'accenti tra due correnti diverse ma non definitivamente opposte: un offuscamento di prospettiva che deriva in parte dalla mancata analisi del ruolo centrale svolto dal rapporto tra Savigny ed Hegel. La complessità di questo tormentato momento di trapasso ci sembra allora ben dimostrata dalla quasi contemporanea concorrenza di tesi come quelle di Arndts e Brinz<sup>(215)</sup>.

Secondo il primo addirittura tra tutte le rimanenti fonti del diritto comune sarebbe la prassi odierna sicuramente fissata — non meglio illuminata concettualmente nei dettagli reali della sua esistenza — ad avere senz'altro la preferenza; Brinz assai più cautamente<sup>(216)</sup> osserva che siamo dinnanzi alla mancanza in fatto di una chiara e approfondita visione che ci consenta di distinguere tra quella che è soltanto applicazione del diritto romano e ciò che invece ne costituisce innovazione e modificazione, e, tra queste ultime, che cosa in realtà si manifesti come *recepta sententia* e *usus modernus*.

<sup>(214)</sup> *Ibid.*, pg. 34.

<sup>(215)</sup> Cfr. ALOIS BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Bd. 1, Erlangen, 1873<sup>2</sup>, pg. 20 ss.

<sup>(216)</sup> *Ibidem*, pg. 9, cfr. anche pg. 114 ss.

In ogni modo, veniva così lentamente a diffondersi il termine 'pratico' per designare il diritto 'applicabile', il diritto romano attuale, denominazione il cui contrario è propriamente costituito dal punto di vista terminologico dalla nozione di 'non-pratico'. Benché vanamente si sia tentati di ricercare una migliore esplicazione informativa a livello generalissimo in quegli autori che dedicano espressamente i loro scritti alla rappresentazione del diritto applicabile, tuttavia proprio il diffondersi di questa abitudine di *unificazione* linguistica, permette ora di scorgere con più chiarezza un processo che aveva avuto ben prima i suoi inosservati (o non molto osservati) inizi: il costituirsi di un filone di *Pandettisti pratici*.

Infatti nel 1820, nel dare alle stampe le sue 'Civilistische Erörterungen' <sup>(217)</sup>, Seuffert le proponeva all'attenzione dei lettori come un *programma*; ad esso appartiene innanzitutto la riduzione o meglio la ricollocazione — sulle orme di quanto già si riteneva venisse affermando Thibaut <sup>(218)</sup> — della *Rechtsgeschichte* nel campo delle 'juristische Hülfswissenschaften' <sup>(219)</sup>, giungendo inoltre a negare tendenzialmente la sua appartenenza alla sfera della scienza giuridica <sup>(220)</sup>.

La teoria del diritto giunge a determinare conseguenze ed effetti a livello di dover essere soltanto se elabora giuridicamente gli scambievoli rapporti della vita sociale (« Wechselverhältnisse des geselligen Lebens »); il giurista, che ha come fine un diritto vigente che sia forma ordinante della vita (« als ordnende Form des Lebens »), deve per prima cosa aver sondato a fondo la natura stessa di questo diritto vigente, e a tale scopo deve « purtroppo » dominare una massa quasi illimitata di erudizioni antiquarie: ma non può perdere di vista — Seuffert in tal modo riecheggia, rovesciandolo, un concetto proprio di Hugo <sup>(221)</sup> — che « die echte

---

<sup>(217)</sup> J. A. SEUFFERT, *Civilistische Erörterungen. Ein Programm*, Würzburg, 1820.

<sup>(218)</sup> Cfr. in ogni caso *Systema iuris* I, Cap. III, passim.

<sup>(219)</sup> Sul problema vedi altresì l'introduzione di L. GELDSETZER, alla ristampa anastatica della *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts* (1806<sup>2</sup>) dello stesso Thibaut, Düsseldorf, 1966, pg. XIII ss.

<sup>(220)</sup> J. A. SEUFFERT, *op. cit.*, Vorwort, pg. 3.

<sup>(221)</sup> Cfr. *supra*, § 1.

Wissenschaft des Rechts hat es immer *nur* mit dem ' *unmittelbar anzuwendenden* ' zu tun » (222).

E non si tratta di un programma che venga lasciato sulla carta; quattro anni più tardi l'autore dà veste di manuale (223) al suo desiderio di portare in primo piano quel nucleo giuridico di ' immediata applicabilità ' ; un manuale che contiene soltanto proposizioni dogmatiche del diritto vigente « ohne Vermischung mit Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer », perché è tutto finalizzato al tentativo di ' isolare ' il *risultato* pratico di quella ricerca civilistica che si serve invece dell'esegesi e della storia del diritto come di suoi elementi costitutivi (224).

Si profila qui già, sia pure in misura rudimentale, quel principio di ' purificazione ' del diritto romano come garanzia della sua rinnovata proponibilità ad adeguare i rapporti vigenti nelle categorie della scienza, e quella scissione tra i concetti e i contenuti del diritto romano attuale e del diritto comune tedesco, che troveranno la loro più approfondita espressione, pur senza una rinunzia alla centralità del diritto romano, attorno agli anni '50.

Sulla scia del modello offerto dal ' Praktisches Pandekten Recht ' — ma con una ben più rilevante capacità di analisi teorica quale gli era ora offerta anche dalla possibilità di tener conto ormai della messa a frutto per l'ambito giusprivatistico di concetti hegeliani ad opera di Kierulff ed in parte di Puchta — si pone anche il Sintenis (225), con il suo « das Praktische *gemeine* Civilrecht ' (226), che sin dal titolo preannunzia la sua intenzione di superare la ' misera e incompiuta, più che breve ' trattazione che i tradizionali manuali e trattati di Pandette hanno dedicato al di-

(222) J. A. SEUFFERT, *loc. cit.*, pg. 7; sottolineatura nell'originale.

(223) J.A. SEUFFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, Bd. 1, Würzburg, 1824.

(224) J. A. SEUFFERT, *Civilistische Erörterungen*, cit., pg. 7.

(225) Su Sintenis (1804-1868), che mostrava in tutti i suoi lavori di rilievo un senso particolarmente spiccato per le necessità della prassi, pur senza minimamente trascurare una elaborazione concettuale alle volte estremamente raffinata e di difficile dominabilità, si vedano le puntuali osservazioni di Mühlenbruch in occasione della recensione del celebre *Handbuch des gemeinen Pfandsrechts* (Halle, 1835), in *Hallische Allgemeine Literaturzeitung*, Jahrg. 1835, spec. pg. 574 ss.

(226) Cfr. *supra*, nota 140.

ritto comune tedesco, tratteggiando « das und nur das... was bei uns Rechtens ist »<sup>(227)</sup>.

Per Sintenis è però necessario precisare più a fondo queste differenze giungendo a fissare delle regole direttive generali (Hauptregeln) che determinano in modo più chiaro la divergenza degli scopi: « zuest, das alles Unpraktische aus dem Text wegzuweisen war. Das ist meist geschehen, ohne seiner zu gedenken, nur wenn es zum Verständnis und Zusammenhang ganze Lehren gehört, so wie um ausdrücklich die Nichtanwendbarkeit mancher wohl für praktisch gehaltener Sätze Erkennen zu lassen, war die Berührung des unpraktisch gewordenen unvermeidlich »<sup>(228)</sup>.

Già da queste prime annotazioni tende ancora una volta a farsi luce — in assenza di un criterio formale — la latente contraddizione insita nell'accettare e nel respingere allo stesso tempo<sup>(229)</sup> un concetto di diritto comune che si assuma separato da quello del diritto romano attuale (puro); in realtà Sintenis riesce a sfuggire parzialmente all'ambiguità<sup>(230)</sup> e non soltanto grazie alla sua assidua frequentazione e utilizzazione a livello dogmatico degli autori germanisti<sup>(231)</sup>, ma soprattutto perché mutua da Kierulff, inserendolo poi appieno all'interno stesso del concetto di diritto comune, un principio informatore ben diverso da quello che fino a quel momento stava alla base dei manuali di Pandette: « l'uomo è collocato con la libertà del volere e con il bisogno di una vita in comune con i suoi simili in questo mondo. Quest'ultima cosa si rivela possibile *soltanto* se le espressioni della libertà del volere del singolo vengono *così ampiamente limitate*, che esse possano entrare in consonanza colla volontà di tutti gli altri »<sup>(232)</sup>.

(227) C. F. F. SINTENIS, *Das Praktische*, cit., Vorrede, pg. IV.

(228) *Ibidem*.

(229) Cfr. *supra*, § 1; e vedi *ibid.*, pg. VII.

(230) Un'ambiguità che riposava in ultima analisi su di una non chiara consequenzialità nel portare ad effetto il principio, pur tuttavia accettato, di una generale vigenza 'legale' del *Corpus iuris* nella sua intera 'massa'. Vedi ancora ivi *Vorrede*, pg. IV.

(231) Cfr. soltanto il continuo colloquio con le tesi di BESELER (*loc. cit.*, pg. 33 ss., nota 21).

(232) La figura di Kierulff è figura particolarmente rilevante, anche se egli è praticamente autore di una sola opera, per di più rimasta allo stadio di primo volume (*Theorie des gemeinen Civilrechts*, Altona, 1838). Innanzi-

Questa volontà generale (*Gesamtwille*), o, per esprimersi con altre parole, la libertà del volere *generalmente riconosciuta*, costituisce il diritto, e il vivere comune ordinato secondo questo principio è lo Stato.

Il diritto è dunque « *erst mit dem Staate und in demselben entstanden und der Zweck des Staates ist die Verwirklichung der Rechts-idee. Alles Recht also ist positiv* »<sup>(233)</sup>.

Si comprende allora come su questi fondamenti idealistico-hegeliani il tentativo di riportare in primo piano quel concetto di hughiana memoria, 'l'immediatamente applicabile'<sup>(234)</sup>, acquisti una legittimazione teorico-dogmatica assai forte, approdando ad ulteriori acquisizioni, che non debbono condurre tuttavia in ogni caso ad accreditare l'ipotesi che possa venir messa in discussione a livello formale la forza vincolante del *Corpus Iuris*.

Così per quanto attiene al ruolo assolutamente secondario che viene assegnato ai fondamenti storici delle dottrine proposte: se la finalità è costituita dalla descrizione di questa sezione del diritto come un « tutto organicamente articolato », non di come e perché esso è divenuto ma perché e come esso in realtà si presenta, allora i suoi sviluppi storici e dogmatici e la loro esposizione sono senz'altro da evitare<sup>(235)</sup>; tuttavia ciò che più urge — e vedremo tra breve che qui Sintenis non sta affatto come un'isolata voce nell'esprimere questa esigenza — è di finalmente dare accoglimento alla possibilità « *viele römische Begriffe überhaupt zu*

tutto la sua familiarità con gli stilemi hegeliani non gli impedisce di rielaborarli autonomamente. Ma la sua stessa posizione accademica nella Facoltà di Kiel merita sin da questo momento di venir sottolineata, per le possibilità di rapporto culturale che così gli vengono inopinatamente aperte. I nomi dei suoi colleghi Stein e Jhering possono da soli costituire in questo senso tutto un programma.

<sup>(233)</sup> C. F. F. SINTENIS, *Das Practische*, cit., pg. 3 e nota 1; cfr. J. F. KIERULFF, *Theorie*, cit., pg. 1.

<sup>(234)</sup> Cfr. ancora *supra* specialmente pg. 38 ss. Seuffert per parte sua si richiamava a G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen gelehrten Geschichte*, § 417, pg. 506; il riferimento è palesemente al sesto volume del Corso civilistico « *welcher die Geschichte des Römischen Rechts seit Justinian oder die civilistische gelehrte Geschichte enthält* » (Berlín, 1818<sup>2</sup>).

<sup>(235)</sup> C. F. F. SINTENIS, *loc. cit.*, pg. VII.

*verdeutschen* »<sup>(236)</sup>. Certamente nei volumi che trattano del diritto romano puro, così come nei manuali senza distinzione, il tenersi fermi all'uso linguistico delle fonti, in generale e nei particolari, è inevitabile e si mostra al contempo un mezzo necessario al raggiungimento dello scopo; ma, dal punto di vista del diritto comune pratico, alla terminologia romanistica, dovunque non v'è il pericolo di incorrere in fraintendimenti, può essere concessa solo una posizione subalterna e si deve « den deutschen Ausdrücken den Vorrang einräumen dürfen ».

Fin dagli anni '40, dunque, si preannuncia la formulazione di quel principio che troverà solo con Windscheid il suo ingresso definitivo a livello di pandettistica ufficiale: e ciò appare tanto più significativo perché, connesso sul piano sistematico ad una nuova concezione del rapporto diritto pubblico-diritto privato<sup>(237)</sup>, giunge a trasfondersi in una critica puntuale dell'usuale procedimento di costituzione della parte generale: « mantenendo davanti agli occhi il compito che mi ero prefissato, ho dovuto di conseguenza liberarmi da molto di ciò che, in misura maggiore o minore, ha finora mantenuto il suo posto abituale nei manuali sistematici di Pandette, soltanto per il fatto che la tendenza dei precedenti autori ad orientarsi secondo il metodo legale offriva occasione ad accogliere nel disegno sistematico *praticamente tutte le discipline giuridiche senza eccezione* »<sup>(238)</sup>.

In tal modo risultano inconferenti, benché sulla base di diverse considerazioni, in questa stretta connessione di pratico e sistematico, sia quella specie di enciclopedia del diritto<sup>(239)</sup> che veniva solitamente premessa, sia la trattazione dettagliata delle regole di *ermeneutica giuridica*<sup>(240)</sup>; come pure le « Staatsrechtlichen und Rechtsgeschichtlichen Lehren » sulla pubblicazione delle leggi,

---

<sup>(236)</sup> *Ibid.*, pg. V.

<sup>(237)</sup> Esso costituisce già, dal punto di vista storico, il sottofondo di tutta la discussione; cfr. *ibid.*, pg. 4. Su ciò diffusamente *infra*, al capitolo secondo.

<sup>(238)</sup> *Ibid.*, pg. VI.

<sup>(239)</sup> *Ibidem.*

<sup>(240)</sup> Si ricorderà che un simile problema costituiva un importante punto di discriminazione tra le visuali di Hugo e Savigny (cfr. quanto osservavamo *supra*, § I).

la loro durata e forza obbligatoria, la dottrina dei privilegi etc.; ma non il problema delle lacune del diritto o del rapporto tra le fonti e delle loro parti costitutive tra loro <sup>(241)</sup>.

Se scendiamo però sul terreno dell'applicazione dei concreti criteri di « Absonderung », ci accorgiamo che viene a mancare in certa misura la consequenzialità: l'autore non trae tutte le debite conseguenze dalla crescente centralità del concetto di ' norma ' — nonostante l'affermazione netta della statualità del diritto, siamo assai distanti da un pensiero che positivisticamente identifichi diritto e legge — e dalla considerazione che alla scienza più che un influsso produttivo in senso positivo, più che una « rechtserzeugende Thätigkeit und Ausfüllung von Lücken », sia da attribuirne uno negativo, consistente nella ' potatura ' delle parti invecchiate e nella « Bereitung des Brauchbaren » <sup>(242)</sup>; perciò anche quei primi rudimenti del principio della ' Verdeutschung ', in connessione con i nuovi presupposti a livello di teoria delle fonti, rimangono così alquanto sullo sfondo.

Tutto quanto riguarda la vita pubblica e l'organizzazione dello Stato, dei suoi poteri e mezzi come pure delle sue articolazioni, e *dunque anche degli Stände*, è rimasto estraneo al diritto romano, così che una sua applicazione in un tale campo sarebbe basata su di un completo disconoscimento del tenore di questi rapporti: rimane tuttavia la possibilità di distinguere sotto questo profilo due classi di proposizioni giuridiche romane; quelle di carattere propriamente statuale che — eccezion fatta per un periodo risalente nel tempo — non hanno possibilità in alcun caso di trovare applicazione, e quelle invece di carattere statual-privatistico, la cui applicazione può essere ancora attuale allorché in virtù del reale o apparente carattere dei soggetti che vengono a concludere i rapporti in questione, essi assumano un'inflexione ' puramente ' o perlomeno prevalentemente privatistica. Si vuole così fare riferimento al cosiddetto ' Privatfürstenrecht ' <sup>(243)</sup>, ed inoltre a quelle

<sup>(241)</sup> C. F. F. SINTENIS, *op. cit.*, pg. 50 e cfr. anche pg. 51, nota I.

<sup>(242)</sup> *Ibid.*, pg. 11.

<sup>(243)</sup> Cfr. *ibid.*, pg. 17, nota 36, per la critica della configurazione che a quegli istituti aveva dato Pütter. Non si deve dimenticare in ogni caso come sia proprio mediante la discussione di queste istituzioni strettamente connesse alle realtà ' vecchio tedesche ', che inizia a farsi strada la consape-

controversie giuridiche — che riproducono le antiche controversie tra *Stände* davanti al *Reichsgericht* — dei membri del *Bund* ' vor der deutschen Bundesversammlung ', nonché al subentrare dello Stato in quanto titolare di diritti privati di contro a pretese di carattere privatistico; mentre resta escluso il caso degli *Hobeitsrechte*.

Il secondo criterio concerne invece « tutte le determinazioni di carattere privatistico che riposano su istituzioni, punti di vista e costumi popolari peculiari, e a noi rimasti estranei; per le quali in sostanza siano presso di noi del tutto carenti i presupposti dell'applicazione; oppure questi, anche se di fatto ancora sono presenti, tuttavia non posseggono più il significato loro attribuito dal diritto romano e sono pertanto rimasti estranei all'uso »<sup>(244)</sup>. Qui principalmente vengono in questione aspetti più propriamente processuali<sup>(245)</sup>: benché quindi questo secondo principio sia espresso in forma così generale, non si ricava da esso una diretta e formale qualifica di ciò che è applicabile e di ciò che diviene invece ' unpraktisch '. Per conseguire un simile risultato — come del resto lo stesso Sintenis deve ammettere<sup>(246)</sup> — non resterebbe perseguibile altra strada che quella di una « enumerazione completa di tutte le proposizioni giuridiche romane che attualmente rivestono carattere non pratico ».

Siamo fondamentalmente ancora di fronte perciò — al di là delle rilevanti dichiarazioni di principio, che già fanno intendere come la soluzione della contraddizione vada ricercata sul piano del metodo sistematico — ad un criterio esemplificativo<sup>(247)</sup>, di ca-

---

volezza della necessità di una revisione della tradizionale comprensività di categorie come pubblico e privato; si veda ad es.: D. NETTELBLADT, *Ueber die rechte Einrichtung eines Lehrbuches der Staatsrechtsgelahrtheit der Deutschen*, in *Id.*, *Sammlung*, cit., pg. 382 ss. Ci sia consentito ancora un rinvio al capitolo immediatamente susseguente.

<sup>(244)</sup> C. F. F. SINTENIS, *op. cit.*, pg. 18.

<sup>(245)</sup> *Ibid.*, pg. 18, nota 39.

<sup>(246)</sup> *Ibid.*, pg. 18, nota 37 (non sorprenda la frequente citazione delle note di questo manuale Pandettistico; esse spesso sono più ampie e ricche di contenuti, degni di attenta considerazione anche per le prospettive di storia letteraria che aprono, che non il testo medesimo).

<sup>(247)</sup> *Loc. ult. cit.*, nota 37.

rattere esegetico, che consente al massimo una graduazione puntuale atta a distinguere tra istituti ormai del tutto assenti, istituti desueti, istituti solo parzialmente recepiti ed ancora come tali in uso.

Maggiore interesse raggiungono tuttavia — proprio in forza di una lunga consuetudine con i problemi del diritto tedesco — le sue considerazioni sui rapporti tra i principi del diritto romano e gli istituti del diritto tedesco<sup>(248)</sup>, quindi su criteri discretivi fra queste due branche del diritto privato; e si tratta di un punto del massimo rilievo perché è proprio in questo momento che va crescendo tra gli stessi pandettisti la consapevolezza che una considerazione isolata del sistema delle Pandette concreterebbe un grossolano errore prospettico, tale da causare un fraintendimento della funzione sociale e culturale della scienza giuridistica nel suo complesso.

b) Quella di Sintenis, non per caso — e proprio in ciò che di più nuovo le appartiene —, non è teoria destinata a restare senza seguito: negli stessi anni si registrano le prese di posizione di un Georg von Wächter anch'esse significativamente assunte nel più vasto quadro del riesame dei presupposti costitutivi e delle finalità essenziali che lo scienziato giurista deve proporsi.

Per Wächter la scienza giuridica ha come finalità lo sviluppo sistematico del contenuto delle fonti giuridiche. Coerentemente con queste premessa — incurante dell'autorevole opinione savignyana<sup>(249)</sup> che, pur sottolineando la stretta connessione tra la

<sup>(248)</sup> *Ibid.*, pg. 19, nota 43.

<sup>(249)</sup> L'opinione espressa da SAVIGNY in *System*, cit., vol. I, trad. it., § 2 e nota a pg. 33 era ovviamente più che drastica: « Parecchi scrittori, quando l'impero germanico si sciolse, sostennero che il diritto comune insieme con la sua base, ch'era la sovranità imperiale, aveva perduto anch'esso il suo valore ».

Un'opinione simile, ad avviso di Savigny, non poteva che essere basata « su di un errore circa la natura del diritto ».

Non è difficile neppure a priori immaginarsi in che cosa dovesse consistere un tale sviamento della prospettiva, anche se la conclusione savignyana, volta ad istituire un parallelo immediato tra la natura erronea dell'interpretazione e la sua mancanza di efficacia sullo 'stato reale del diritto', non appare logicamente molto più rigorosa: la falsa idea che guidava quei giuristi non poteva, in altre parole, non essere rappresentata dall'assunzione

speciale Costituzione dell'impero germanico, produttiva di un fenomeno di doppia sovranità, e il concetto di diritto comune, affermava la falsità dell'idea secondo la quale lo sciogliersi dell'Impero avesse avuto una qualche ripercussione sulla vigenza di quest'ultimo — egli giunge a sostenere <sup>(250)</sup> che nel tempo presente non vi sia più luogo ad alcun vivente diritto comune tedesco, conservando il 'Deutsches gemeines Rechts' per il giurista ormai un interesse *meramente* storico, ma non più *pratico* significato: « Ein Recht ist verschiedenen Bezirken juristisch gemein — *nich blos materiell sondern auch formell gemein* — wenn die Gemeinsamkeit des Recht sich auf einer für die verschiedenen Bezirke gleichmässig bestehende *juristische Notwendigkeit gründet* » <sup>(251)</sup>.

Ma la 'necessità giuridica' atta a formare un diritto anche « formalmente » comune è in realtà caratterizzata da quello che Savigny chiamava « un errore circa la natura del diritto positivo » <sup>(252)</sup>.

A due anni dalla pubblicazione del *System* — e avendolo quindi ben presente — Wächter abbozzava un'analisi del concetto di diritto in generale che *in nuce* già indicava le autonome strade che egli avrebbe in seguito percorso; analisi imperniata sul concetto di norma, esemplato e generalizzato sulla raffigurazione dell'attività normativa statale: « Rechtsgesetz, Juridiches Gesetz in weiteren Sinne ist der allgemeine Name für die sämtlichen Entste-

---

« che con il *venir meno di una sovranità politica* debba perire tutto ciò che si è formato per essa o sotto la sua influenza ».

Le opinioni di Wächter furono comunque espresse nella loro forma compiuta soltanto più tardi. Sulla vicenda si veda l'acuta indagine del Pandettista 'eretico' G. BRUNS, voce *Gemeines Recht*, in *Ersch und Grüber's Encyclopädie*, Erste Section, LVII (1853), pgg. 208-220, in *Id.*, *Kleinere Schriften*, Bd. 1, Weimar, 1882, pg. 46, che osservava come in realtà « *erst in neueren Zeit hat man angefangen* die Existenz eines gemeinen Rechts seit der Auflösung der Reiches in Zweifel zu ziehen », in tal modo evidentemente dando espressione ad un disagio che andava al di là della questione teorica contingente (e delle sue soluzioni) e che proprio in quel torno d'anni veniva manifestandosi con impellenza.

<sup>(250)</sup> Cfr. G. VON WAECHTER, *Gemeines Recht Deutschlands*, cit., passim.

<sup>(251)</sup> *Op. cit.*, pg. 171 ss.

<sup>(252)</sup> Cfr. *supra*, nota 249.

hungsgründe des Rechts. In engeren Sinne bedeutet Gesetz einen der Hauptstehungsgründe des Rechts, die Festsetzungen der höchsten gesetzgebenden Gewalt im Staate über das Recht »<sup>(253)</sup>.

Da qui una scelta scientifica che è portata a privilegiare in grande misura la legge tra tutte le altre fonti giuridiche<sup>(254)</sup> — *Gewohnheitsrecht compreso*<sup>(255)</sup> — anche e soprattutto in quanto essa si presenta come un limite di quell'autonomia privata che costituisce l'essenza, la fonte legislatrice, sia pur sottordinata, del diritto privato, sulla base della considerazione rivolta « al bene e all'interesse del tutto o di *singole classi* dello stesso »<sup>(256)</sup>.

<sup>(253)</sup> C. G. VON WAECHTER, *Handbuch des im Königsreich Württemberg geltenden Privatrecht*, Bd. 2, Allgemeine Lehren, Stuttgart, 1842, pg. 3.

<sup>(254)</sup> Un esempio sintomatico della distanza che sussiste tra le posizioni di Savigny — e sia pure il Savigny del *System* —, e quelle peculiari al Waechter è costituito dall'interpretazione del passo in C, 1, 14, 5 relativo alla regola ermeneutica secondo la quale ad ogni legge cogente deve esser sempre sottintesa la nullità dell'atto da essa proibito.

Savigny, sulla base anche delle sue osservazioni intorno al valore pratico dei principi del diritto romano relativi all'interpretazione (§ 49, pg. 317 ss.), conclude doversi considerare una tale prescrizione come « del tutto positiva », meramente positiva: a suo dire non può darsi quindi che quella regola costituisca né un precetto né un modello per le nostre interpretazioni (§ 37, pg. 245 ss.).

Per Waechter invece è del tutto chiaro che essa dia corpo ad una regola interpretativa generale proprio perché coglie la natura e lo scopo per i quali una legge cogente viene posta: « Denn durch das Gebot spricht das Gesetze aus, dass es das Gegentheil verwerfe; dem aber, was es verwirft, kann es in der Regel seinen Schutz und die rechtlichen Folgen, welche dem gesetzgemässen Handeln zukommen, nicht gewahren. Hieraus folgt, dass das, was (um so weit es) gegen ein gebietendes Gesetz geschieht, in der Regel rechtlich wirkungslos, nichtig ist » (*Handbuch*, cit., pg. 7 e 9; si veda anche il rilievo che Waechter attribuisce alla distinzione tra *Gesetz* e *Verordnung*, *ibid.*, cap. 2, pg. 30 ss.).

<sup>(255)</sup> Sul problema, da ultimo, rilevanti considerazioni in H. H. JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts*, Padeborn-München-Wien-Zürich, 1983, spec. pg. 57 ss. Sul tema torneremo giocoforza *expressis verbis* al cap. III, allorché si tratterà di affrontare il tema posto con lucidità da Hugo proprio nei confronti di Puchta (vedi *supra* nota 196).

<sup>(256)</sup> *Handbuch*, cit., pg. 7; pare manifestarsi qui la persistenza di una tendenza a ricollegarsi alla tradizionale immagine del *Wohlfahrtsstaat*,

Diritto consuetudinario compreso: ed infatti da una consuetudine, sia essa *consuetudo obrogatoria* o *desuetudo*, che si ponga in contraddizione con le disposizioni di una 'Landesgesetz', non può originarsi alcun valido 'diritto consuetudinario' <sup>(257)</sup>.

Da questa scelta traggono origine anche la nitidezza e la consequenzialità dell'argomentazione con cui viene risolto il problema di che cosa determini quella necessità sulla quale soltanto può basarsi in senso giuridico la « *Gemeinsamkeit des Rechts* ».

Essendo venuta meno con la caduta del *Reich* tedesco « *die staatsrechtliche Notwendigkeit* » che prima sussisteva in Germania, e poiché nessun'altra, fosse a base statuale o a base internazionalistica, ve n'era stata susseguentemente introdotta, da quel momento il 'cosiddetto' diritto comune tedesco ha cessato del tutto di costituire « un diritto comune statualmente fondato e pertanto formalmente comune » <sup>(258)</sup>.

Potrebbe sembrare a prima vista semplicemente un contrasto di valutazioni storiche su di un evento che tuttavia — pur accentuando, ed in questo senso Wächter poteva trovare adesione anche fra i suoi contraddittori, la 'parcellizzazione' del diritto comune — non dovesse esercitare un'azione determinante sulla scienza privatistica, e sull'applicazione del diritto.

Ma si trattava invece di ben altro. La precisazione terminologica non sembrava implicare nulla di particolarmente rischioso: si voleva soltanto che anche la teoria fosse in grado di prendere atto della circostanza, apparentemente di puro carattere fattuale, che in assenza di un fondamento formale — una volta cioè stabilita la predominanza sul piano della dottrina delle fonti del diritto inteso come *Gesetzrecht* — non potesse darsi altro che una mera concordanza *materiale* dei diversi diritti basata sulla casualità.

Una simile pretesa aveva però la ben rilevante conseguenza di dislocare la « *innere Notwendigkeit* », la qualità 'magica' della dimensione giuridica, secondo il nuovo verbo che era risuonato da non molto in terra germanica, in una zona a dir poco inusitata:

---

certo connessa con la scelta di Wächter a favore del diritto territoriale, scelta che — è bene ribadirlo — acquista carattere di proposta 'generale'.

<sup>(257)</sup> *Handbuch*, cit., pg. 36 ss. (cap. 2, § 9).

<sup>(258)</sup> C. G. VON WAECHTER, *Gemeines Recht Deutschlands*, cit., pg. 205 ss.

ormai solo la ' statualità ' era in grado di assicurarla proprio sotto il profilo teorico-conoscitivo.

Si tratta però anche (soprattutto) di un punto di grande rilevanza pratica, tale addirittura da coinvolgere il primato e la stessa configurazione della scienza giuridica in una serie di conseguenze concatenate.

Secondo la tesi di Wächter non può più parlarsi infatti dopo il 1806 di nuove formazioni di masse di « diritto consuetudinario » che possano al contempo fregiarsi della qualifica di diritto comune.

Se tuttavia — e in tesi ciò a livello di diritto comune ' materiale ' non può essere negato — il ' diritto consuetudinario ' anche a quella data non è rimasto immobile, questo svolgimento a livello scientifico può essere espresso solo facendo riferimento ad un diritto consuetudinario bavarese, sassone; in sostanza unicamente sul piano dei diritti particolari.

Di conseguenza il giudice di uno qualsiasi dei piccoli Stati tedeschi non sarebbe più legittimato a portare ad applicazione alcuna nuova proposizione giuridica, se di questa — per una sorta di reviviscenza di una *fundata intentio* <sup>(259)</sup> — non possa essere provato un riconoscimento ' consuetudinario ' all'interno del proprio *Land*; le massime pregiudiziali (*Präjudicien*) dei tribunali più elevati dovrebbero trovare applicazione esclusivamente nell'ambito delle rispettive circoscrizioni.

La conclusione da trarre è delle più gravi per l'ottica ' ortodossa '; infatti: « *la scienza giuridica tedesca non potrebbe esercitare sul diritto tedesco vigente nessun tipo di influsso* », dovendo limitarsi all'elaborazione dei singoli diritti particolari <sup>(260)</sup>.

Si tratta, come si può agevolmente osservare, di affermazioni estreme; nel loro rigore non saranno del tutto seguite neppure dall'autore stesso <sup>(261)</sup>: tuttavia esse, oltre a sottolineare con nettezza di contorni alcuni fra i punti più dibattuti di questo mo-

<sup>(259)</sup> W. WIEGAND, *Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel « habere fundatam intentionem »*, in *Festschrift für Hermann Krause*, Köln, 1975, pg. 126 ss.

<sup>(260)</sup> E. I. BEKKER, *Ueber das gemeine Deutsche Recht*; cit., pg. 5.

<sup>(261)</sup> Cfr. H. DERNBURG, *Carl Georg von Wächter. Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft Berlins*, Halle, 1880, pg. 8, 14 ss.

mento di trapasso, segnano una tappa importante nel tentativo di fissare un nuovo quadro (e nuove soluzioni) al problema del diritto romano attuale. Wächter non rinunciando affatto a fornire contributi nel campo dell'ormai 'cosiddetto' diritto comune, cerca di fissare, analogamente a Sintenis, una regola generale che consenta di sceverare accuratamente fra istituti romanistici applicabili e non: la sua critica non coinvolge immediatamente i nuovi interessi filologico-critici propri della Scuola Storica, ma la tendenza ad esagerare l'importanza pratica che le nuove scoperte nel campo dell'antico diritto romano possono assumere: « così, per addurre soltanto un esempio, per la comprensione teorica del diritto romano, dello stesso nuovo diritto romano, è di grande importanza la dottrina della consunzione processuale che noi proprio ora da circa un paio di decenni conosciamo più da vicino grazie alla scoperta di Gaio; ma proprio a quest'istituto da alcuni civilisti viene attribuito in sovrappiù anche un significato pratico che di fatto ormai non possiede, *mentre invece soltanto una più precisa conoscenza degli istituti non pratici e delle loro conseguenze è in grado di renderci possibile di riconoscere e dimostrare presso alcune dottrine ancora applicabili molti luoghi delle nostre fonti, apparentemente d'importanza pratica, come assolutamente non pratici* » <sup>(262)</sup>.

Questa regola generale — lo studio delle fonti e dello sviluppo storico-dogmatico degli istituti e delle loro conseguenze come pietra di paragone della loro immediata applicabilità — acquista ora una ben diversa finalizzazione: il criterio non è più semplicemente esegetico-materiale, ma può appoggiarsi ad un dato formale preciso: Wächter — compiendo un deciso mutamento di rotta rispetto ad una 'prassi' scientifica ufficiale prevalente da quasi mezzo secolo, affaticata a puntigliosamente separare, sulla base di metodi storico-critici sempre più affinati l'elemento romano, il germanico, il *canonistico*, il locale —, afferma <sup>(263)</sup> la necessità, per una scienza che voglia corrispondere alle sue pretese, di trattare questo diritto in quella forma stessa in cui esso si è sto-

<sup>(262)</sup> C. G. VON WAECHTER, *Erörterungen*, cit., Vorrede, pg. V.

<sup>(263)</sup> C. G. VON WAECHTER, *Handbuch*, cit., Bd. 1, Stuttgart, 1839, Vorrede.

ricamente costituito, come un tutto organico, naturalmente nel riconoscimento dello stile di conoscenza proprio di ciascun elemento. È quindi la formale unità statualmente assicurata al continuo intersecarsi e fondersi di diritto sussidiario e diritto locale che porge il punto di riferimento necessario al criterio discretivo.

Lo stesso Windscheid<sup>(264)</sup>, nel notare come in realtà il 'System' di Wächter — collocabile 'quasi' accanto a quello savignyano, dopo una sua più lenta e tuttavia costante diffusione iniziale — si differenziasse da quella certa tradizione nella trattazione del diritto romano attuale propria della Scuola Storica « welche bei aller Selbständigkeit der Einzelnen... doch in ganzen eine gewisse Gleichförmigkeit hervorbrachte », individua una delle cause della sua originalità nello specifico perdurare dell'influsso della « *Thibaut'sche Schule* »<sup>(265)</sup>.

Alcune testimonianze sulla sopravvivenza di una 'praktische Schule' o meglio di una tendenza pratica, che facesse proprie esigenze vive per tutto il periodo del tardo *Usus modernus*, sono inclini a metà secolo a delinearne un'immagine in qualche modo 'calante': anche Seuffert nel fondare l'« Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte » destinato, insieme alle susseguenti edizioni delle sue *Pandekten* che da esso si alimenteranno, a costituire un'importante cinghia di trasmissione tra elaborazione teorica e lavoro minuto dei pratici<sup>(266)</sup>, manifesta un rassegnato scetticismo, osservando una sempre crescente propensione delle 'forze migliori' a trascurare quel 'diritto immediatamente applicabile'.

Dal canto suo J. Emil Kuntze, in un'interessante prefazione all'opera di un altro pandettista che può essere annoverato in questa corrente, annotava che l'autore si era appunto inserito nella scuola « *der sogenannten Praktiker, welche in Glück Scheweppe, Seuffert und Heimbach sen. ihre letzten Vertreter gefunden [hat]... und kann mithin gewissermassen als ein Ausläufer des Usus Modernus betrachtet werden* »<sup>(267)</sup>.

---

(264) Autore anch'egli — ed è significativo l'omaggio congiunto di due così autorevoli esponenti del mondo pandettistico — di un saggio celebrativo: C. G. von Waechter, Leipzig, 1880.

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

(266) *Ibid.*, pg. 35.

(267) J. E. KUNTZE, *Vorwort*, in R. S. HOLZSCHUHER, *Theorie und*

Tuttavia questo dato non può essere accolto nella sua immediatezza senza ulteriore riflessione<sup>(268)</sup>.

Se infatti, come abbiamo veduto, dal lungo dibattito non emergeva un'univoca presa di posizione sul punto focale della determinazione concettuale non pure di un criterio del diritto romano attuale come diritto pratico, ma nemmeno di quale via fosse di per sé idonea all'identificazione dell'elemento « non-pratico », non bisogna però trascurare la precisa convergenza di risultati analitici e di tematiche con quel processo anche interno di revisione — questa volta di carattere più accentuatamente teorico — al quale la scienza civilistica veniva sottoponendosi in quegli stessi anni.

c) Sintomatica<sup>(269)</sup> si rivela a questo proposito la critica che L. von Stein tempestivamente<sup>(270)</sup> esercitò nei confronti dei primi due volumi del *System* savignyano appena usciti<sup>(271)</sup>.

È degno di rilievo anzitutto che per Stein i due concetti di 'heutige Rechtswissenschaft' e di scienza 'des Gemeinen Pri-

*Kasustik des römischen Rechts*, Bd. I, Leipzig (1843<sup>1</sup>), 1850, pg. III ss.; non è un caso che lo stesso KUNTZE (*op. cit.*, *supra*, *sub* nota 137, pg. 11 ss.) nel proporre un raggruppamento tipologico dei tentativi di riforma a partire dai primi anni '30, ritenga necessario, ancora nella seconda metà degli anni '50, offrirne una rappresentazione assai dettagliata e caratterizzare « die praktische Tendenz » ben diversamente che come fenomeno rivolto esclusivamente al passato, ma adesso anzi come fermento vivo e operante (e basterebbero i nomi di Delbrück e Otto Bähr).

<sup>(268)</sup> Cfr. L. ARDNIS, *Gesammelte Schriften*, cit., pg. 9.

<sup>(269)</sup> La recensione di Stein è stata già presa in considerazione, in particolare, da M. HAHN, *Bürgerlicher Optimismus im Niedergang. Studien zu Lorenz Stein und Hegel*, München, 1969, pg. 203 ss. e M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit., pg. 74 ss. ma sotto angoli di osservazione diversi rispetto al nostro; in questa particolare prospettiva, anzi, essa risulta esprimere — assai meno isolata di quel che non sembri nel panorama dell'epoca — un *trend* interpretativo che assume un rilievo notevole anche per autori che in qualche modo continueranno a dichiararsi appartenenti alla Scuola Storica.

<sup>(270)</sup> Si tratta, se non ci inganniamo, di una delle prime reazioni di quale rilievo cui il *System* va incontro; per quelle di Sintenis e Puchta cfr. *infra*.

<sup>(271)</sup> L. VON STEIN, *Zur Charakteristik der heutigen Rechtswissenschaft, System des heutigen römischen Rechts, von F. C. von Savigny*, B. 1-4 Berlin 1840 u. 41, in *Deutsche Jahrbücher für Wissenschaft und Kunst*, n. 92-100 (1841), hrsg. von A. RUGE und T. ECHTERMEYER, pg. 365 ss.

vatrechts' siano interscambiabili e coprano vincendevolmente uno stesso campo semantico: sia Savigny che Stein sono apparentemente d'accordo nel riconoscere un pregiudizievole stato di separazione tra teoria e prassi, ma, diremmo, si tratta di un accordo terminologico più che sostanziale <sup>(272)</sup>.

Non si comprenderebbe il tenore complessivo della critica steiniana e neppure la sua proposta di risoluzione, se non si avesse ben chiaro che in realtà egli parte da un concetto di teoria essenzialmente distinto da quello savignyano.

Ad una lettura comparativa non sfuggono infatti alcune considerevoli somiglianze — riconducibili in parte alla comune matrice hegeliana, in parte al comune magistero, per quanto attiene alla storia del diritto romano, di Christiansen <sup>(273)</sup> — con l'impostazione che sta alla base del concetto di una 'Theorie des gemeinen Civilrechts' avanzata appena due anni prima da J.F. Kierulff <sup>(274)</sup>.

Le premesse teoriche di Stein si fanno palesi fin dal tentativo, che assume a tratti toni sarcastici, di chiarirsi in che cosa consiste — nel senso affermato da Savigny — la separazione, l'allontanamento tra teoria e prassi; l'espressione « Entfernen » (l'allontanamento) può difatti significare soltanto che la prassi non utilizza più il contenuto della teoria.

Ma questo contenuto della teoria nella scienza giuridica cos'altro può essere se non il 'diritto vigente'? « Se subentra ora una

<sup>(272)</sup> Cfr. *ivi*, pg. 365, col. I.

<sup>(273)</sup> J. CHRISTIANSEN, *Die Wissenschaft der römische Rechtsgeschichte im Grundrisse*, Altona, 1838. Al collega di Facoltà a Kiel Stein dedicherà una significativa recensione stranamente passata sotto silenzio; cfr. *infra*, cap. III.

<sup>(274)</sup> Coma sappiamo pubblicata l'anno successivo. È interessante osservare che nei medesimi *Hallische Jahrbücher* appare anche di questa *Theorie* di Kierulff (unitamente ad un'analisi della *Rechtsphilosophie* di Warnkönig) una recensione siglata S.; né F. DE SANCTIS, *Appendice bibliografica*, in *Crisi e scienza*, pg. 196 ss., né M. MUNDING, *Bibliographie der Werke Lorenz von Steins*, in R. SCHNUR (hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, cit., pg. 562 ss. — nel loro genere tra i lavori più esaustivi — ricordano il saggio in questione. La conclusione definitiva sulla paternità steiniana di questa analisi andrà lasciata allo specialista. In ogni caso ci sembrano rimarchevoli la contestualità e le affinità stilistiche.

separazione tra teoria e prassi, questa non può essere altro che una separazione dell'applicazione del diritto dal diritto vigente stesso, cioè dalla legge. Una prassi che si lasci addebitare una simile scissione a colpa, tende perciò a non dare più applicazione alla legge, ma bensì a qualcosa d'altro, come potrebbe essere una soggettiva inclinazione; essa è quindi una prassi contro la legge (*ungesetzliche*) »<sup>(275)</sup>.

Ci muoviamo qui già sul piano che sarà in parte di Sintenis, e poi più decisamente di Wächter e Bruns; benché Stein riduca in seguito *ad absurdum* una simile possibilità d'interpretazione delle parole di Savigny — di esse non si dà spiegazione plausibile dall'interno del loro stesso contesto di discorso —, non di meno, e proprio a livello di prassi, laddove maggiormente entrava in gioco l'occasione di una sua applicazione, non si fa parola di una qualsiasi distinzione tra *Gesetz* e *Gewohnheits-Recht*; implicitamente conferendo alla fonte legislativa la virtuale prevalenza.

Questo punto di vista si fa ancora più accentuato nel momento in cui Stein ritiene necessario, per comprendere il volto del diritto civile e della sua 'teoria', di non contentarsi dell'interpretazione della condizione attuale in cui esso versa, ma di analizzare lo sviluppo della 'vita statale' tedesca. Il diritto è nella sua essenza « ein Theil in dem Organismus des Staatslebens, es bildet sich daher *nach ihm* »<sup>(276)</sup>, ed il suo valore dipende totalmente dall'esistenza o meno di una armonia tra i suoi principi e le sue particolarità, e la forma statale di volta in volta esistente.

In questo senso risulta che il rapporto contraddittorio tra singoli stati sovrani e il *Reich* come Stato di Stati forma lo spirito dello 'Staatsrecht' del vecchio Impero tedesco; ma è questa contraddizione, che pure non è mai stata valutata nella sua importanza per il diritto civile, che ci permette di cogliere il senso della separazione tra diritto comune e diritto privato tedesco: « es ist die Gleichgiltigkeit des Reichrechts gegen die Geltung seines Inhalts »<sup>(277)</sup>. Poiché il concetto di diritto comune acquista la sua realtà solo attraverso il concetto di *Reich* tedesco, esclusivamente

<sup>(275)</sup> L. VON STEIN, *Zur Charakteristik*, cit. (d'ora in poi solo il numero della pagina e la rispettiva colonna), pg. 369, col. 1.

<sup>(276)</sup> Pg. 377, col. 2.

<sup>(277)</sup> Pg. 378, col. 1-2.

il fatto che lo stesso *Reich* fosse una pura idea può spiegare come si sia potuto recepire ed insegnare l'intero *Corpus iuris* con poche marginali eccezioni.

Ormai tuttavia il *Reich* non esiste più, non c'è più posto né per le leggi imperiali né per il diritto dell'impero; e se solo in virtù di una completa confusione di concetti si potrebbe sostenere la contemporanea scomparsa anche del contenuto materiale del diritto comune, ancora maggiore incomprendimento mostrerebbe chi volesse credere che tutto debba restare come prima: per una serie di Stati completamente autonomi nella loro sovranità si può parlare al massimo di diritto comune come diritto vigente solo nel senso « eines *Gemeinsamen Rechts* »<sup>(278)</sup>, di un diritto comune puramente materiale.

Ciò avrebbe tuttavia postulato due condizioni: in primo luogo che si fosse considerato oggetto della scienza giuridica la totalità di quanto costituisce in realtà diritto vigente in 'tutti' gli Stati; sarebbe stato necessario « aus dem deutschen Privatrecht dasjenige zu sich herüberzuziehen, was für das deutsche Volk allgemeines und Volksthümliches Rechts gewesen ist und noch gegenwärtig ist ».

Secondariamente si sarebbe dovuto lasciar cadere tutto quello che non aveva mai raggiunto in Germania lo stadio della concreta applicazione, particolarmente con riguardo al contenuto del *Corpus iuris*: la medesima esigenza che faceva valere in modo estremamente deciso Kierulff quando affermava che non si trattava, in relazione ad un simile problema, di limitarsi alla banale osservazione che « noi oggi giorno non siamo più in presenza né di schiavi né di decurioni romani, o a simili annotazioni poco significative, ma che, tutt'al contrario, ci è necessaria quasi per ogni dottrina contenuta nel *Corpus iuris* la più grande attenzione, per poter distinguere la sostanza romana e le sue conseguenze dal contenuto pratico, senza affaticarsi inutilmente in approfondite ricerche »<sup>(279)</sup>.

Ecco allora che lo stesso far riferimento, come a coronamento di tutto lo sviluppo, ad una categoria di un 'diritto romano attuale', si rivela contenutisticamente contraddittorio e scien-

---

<sup>(278)</sup> Pg. 379, col. 1.

<sup>(279)</sup> J. F. KIERULFF, *Theorie*, cit., *Vorrede*, pg. XXVIII.

tificamente impossibile: dal momento che non di un concetto si tratta, ma di un semplice collocare l'uno accanto all'altro due momenti che, qualora vengano organicamente connessi, tendono a dare un risultato ben distinto da quello che l'autore aveva pensato, e senza dubbio essenzialmente diverso dal programma che si era proposto concretamente di realizzare con un sistema del diritto *attuale*.

Una tale espressione racchiude un doppio concetto di diritto; prima il momento attuale e poi quello romano: dal punto di vista logico l'unico concetto che possa esprimere in unità ciò che è sommamente contemporaneo e quanto si riferisce al passato, non può esser altro che il concetto « der Geschichte des (römischen) Rechts », e non certo quello che verrebbe a caratterizzare un sistema scientifico <sup>(280)</sup>.

A Stein quindi il *System* appare la (in parte conseguente) realizzazione di 'uno' dei programmi della prima Scuola Storica; e se Thibaut, ancora nel 1838 <sup>(281)</sup>, poteva constatare la mancanza quasi completa di una storia — di una storia 'interna' — dei dogmi, ecco che ora Savigny sembra averne iniziato il compimento: « la trattazione dell'autore almeno per un terzo di tutta l'opera complessiva non costituisce realmente niente altro che una storia degli istituti nell'opera stessa presi in esame » <sup>(282)</sup>.

È nello stesso tentativo di tirare determinate ma esteriori linee di demarcazione nell'ambito di quella categoria, che si insinua già tutta la precarietà dell'intera costruzione. La più esatta determinazione del concetto sarebbe da ricavare dalle seguenti 'limitazioni', laddove nell'uso stesso della terminologia Savigny — ad avviso del suo assai poco simpatetico recensore — non lascia ben comprendere come queste non meglio precisate 'Beschränkungen' possano essere 'identiche' con le loro 'Gegensätze' <sup>(283)</sup>: 1) deve trattarsi di diritto romano, di quel diritto cioè che è di origine romana; 2) è un diritto romano attuale; 3) è solo diritto privato; 4) non si deve trattare di diritto processuale.

<sup>(280)</sup> Pg. 380, col. 1 in fine-2.

<sup>(281)</sup> A. F. J. THIBAUT, in *Archiv für die civilistische Praxis*, XII (1838), pg. 413.

<sup>(282)</sup> Pg. 382, col. 1.

<sup>(283)</sup> F. C. VON SAVIGNY, *System*. cit., pg. 31 (pg. 1 dell'originale).

Ma non si vede in quale senso il concetto di diritto romano attuale possa valere come 'limitazione' o elemento distintivo del concetto di diritto romano attuale; il quarto punto del resto è reso completamente superfluo tramite il terzo, e quest'ultimo avrebbe richiesto una intitolazione diversa e più specifica: « diritto privato romano attuale ».

In ogni modo, queste sono comunque soltanto 'Beschränkungen' o 'Gegensätze' del tutto particolari: si sente perciò la mancanza di un loro principio unificatore.

Savigny pare quasi avvertire questa difficoltà nel momento in cui soggiunge che, « se si comprendono *sotto un solo punto di vista comune* tutte queste limitazioni, troviamo che esse determinano il diritto romano precisamente nel senso nel quale è diventato diritto comune di una gran parte d'Europa »<sup>(284)</sup>: ma anche qui si rimane in debito di depurare dall'indeterminatezza quel 'comune punto di vista', cosicché non si rende visibile proprio 'in quale senso' il diritto romano sia divenuto il diritto comune all'Europa<sup>(285)</sup>.

L'analisi di Stein, pur sottolineando con acutezza molti punti deboli — forse volutamente deboli — dell'argomentazione savignyana, sembrerebbe però a questo punto arrestarsi ad un non più che generico suggerimento di precisione definitoria, all'invito a sostituire al diritto romano attuale un concetto di diritto privato<sup>(286)</sup>, che non pare atto a spostare sostanzialmente i termini della questione; una tale proposta avrebbe per di più lo svantaggio

<sup>(284)</sup> *Ibid.*, pg. 32.

<sup>(285)</sup> « Sehr gut — wenn wir nun nur diesen gemeinsamen Gesichtspunkt erst hätten, so wollten wir auch wohl zusammenfassen, was sich halten lässt; aber derselbe erscheint nicht. Das ist sehr zu bedauern, *denn nun haben wir den Begriff keinen Begriff*, um so schlimmer ist es, weil wir nun auch nicht erfahren, « in welche Sinne » das römische Recht das gemeine Recht Europa geworden ist, mithin, wenn wir aufrichtig sein wollen, *gar keinen Begriff mehr haben*. Und doch war dieses gerade der erste Mangel der ganzen Theorie, und eben der Verf. macht derselben noch fühlbarer, indem er das 'Gemeine Recht Europas' mit unter den grossen Umfang des gutwilligen Wortes 'Gemeines Rechts' hinunter bringt » (pg. 381; col. 2).

<sup>(286)</sup> Pg. 383, col. 2.

di non essere in linea con uno svolgimento storico che tendeva a scorgere nel *System* puramente e assolutamente « *das Wissen vom heutigen römischen Rechte* »<sup>(287)</sup>.

A nostro avviso le cose non stanno così<sup>(288)</sup>: solo proseguendo nella disamina della critica alla struttura dell'opera savignyana — che è pensata come critica (anche) specificatamente tecnica e assolve pienamente a questo compito — ci potremo rendere conto di come pure la proposta steiniana, lungi dall'incarnare un comodo tentativo di elusione del compito immediatamente successivo alla severa critica, quello propositivo, dia al contrario voce a quelle stesse nuove acquisizioni che già abbiamo in parte esaminato e che tendono ora a penetrare, partendo dal più ristretto campo dei pandettisti pratici, anche nel dibattito più chiaramente teorico e speculativo. Per Stein parlare di 'Privatrecht' è anzitutto ed in negativo parlare di 'Grenzen', poiché nella assenza della chiarezza del concetto — hegelianamente — egli vede il limite maggiore della 'Zielsetzung' savignyana, che pure fa tautologicamente sua questa medesima esigenza: « *durch die festgestellten Grenzen unserer Aufgaben ist jedes ausser derselben liegende Gebiet als ihr fremd bezeichnet* »<sup>(289)</sup>, non senza però subito dopo praticamente ritirare il limite appena posto.

Infatti « in relazione a quanto affermato la trattazione deve sottrarsi a due errori contrapposti. Il primo consiste nell'arbitrario superamento di questi limiti — l'altro nella *timorosa osservanza di essi*, poiché laddove un superamento è inevitabile esso dev'essere compiuto per evitare che la completezza e la chiarezza ne vengano a soffrire »<sup>(290)</sup>.

Quale latitudine di oscillazioni aprano queste proposizioni risalta immediatamente non appena si scenda nei dettagli della costruzione del sistema: al paragrafo primo l'autore dichiara che appartengono agli scopi dell'opera « soltanto quegli istituti giuridici che sono di origine romana », ma già al paragrafo terzo possiamo

---

<sup>(287)</sup> B. WINDSCHEID, *C. G. von Wächter*, cit., pg. 33.

<sup>(288)</sup> Il giudizio corrente ci sembra derivare da una insufficiente valutazione della pluralità di voci che ebbero ad animare invece il dibattito.

<sup>(289)</sup> F. C. VON SAVIGNY, *System*, cit., pg. 3.

<sup>(290)</sup> *Ibid.*, pg. 6.

leggere che « in particolar modo bisognerà includere qualcosa, che appartiene alle teorie fondamentali comuni a qualunque diritto positivo (eines jeden positiven Rechts), e che perciò non sono proprie del diritto romano »<sup>(291)</sup>. Una tale affermazione non può significare altro — e questa impressione viene rafforzata dal riferimento subito successivo all'uso sin qui osservato specialmente nei corsi di pandette delle università tedesche — che questi istituti « auch zu den Grundlehren des germanischen Rechts gehören »<sup>(292)</sup>; secondo il paragrafo terzo essi sarebbero quindi da accogliere nella trattazione, mentre al primo vengono espressamente esclusi tutti gli istituti ai quali deve assegnarsi origine germanica.

Il concetto di diritto romano attuale comincia a farsi illusorio; se poi ci curiamo di osservare quali ulteriori esclusioni sono pre-determinate in virtù di esso, al paragrafo primo ci troviamo dinanzi le seguenti: in primo luogo, la storia degli istituti giuridici per se stessa; in secondo, qualunque disposizione appartenente al diritto anteriore ed estranea al diritto giustiniano; in terzo, qualunque istituto che appartenga bensì al diritto giustiniano ma sia venuto meno nel nostro<sup>(293)</sup>.

Ma il sistema nei suoi particolari pare trascurare questi principi dai quali forse avrebbe potuto realmente avviarsi una ' scienza ' del diritto romano attuale: l'autore prende in esame, ad esempio, l'intera dottrina relativa agli editti, decreti, mandati, rescritti, non senza condurre accurate controversie; al paragrafo 55 troviamo trattato ancora l'antico diritto familiare romano (manus, servitus, potestas, patronatus, causa mancipi) che certamente non solo è del tutto scomparso a livello di applicabilità, ma è formato altresì allo stesso tempo da istituti senza alcun dubbio ' altrömsche ', le cui disposizioni come tali sono sempre rimaste estranee al diritto giustiniano.

Analogamente nell'ambito delle ' limitazioni della capacità giuridica ' <sup>(294)</sup> ci si viene ad occupare della dottrina di interesse esclusivamente storico relativa alla schiavitù e ai liberti; segue immedia-

---

<sup>(291)</sup> *Ibidem.*

<sup>(292)</sup> L. v. STEIN, pg. 382, col. I.

<sup>(293)</sup> F. C. VON SAVIGNY, *System*, cit., pg. 1 e 2.

<sup>(294)</sup> *Ibid.*, Lib. 2, § 65, pg. 30 ss.

tamente la storia della cittadinanza romana, contraddicendo l'intenzione stessa di non trattare una ' storia come tale '.

La critica di Stein non è, quindi, come si sarà potuto notare, di carattere contenutistico; o meglio, lo è solo indirettamente.

Indubbiamente si tratta di *sedes materiae* determinanti per la formazione dell'emergente coscienza borghese; ma Stein non coinvolge nella sua critica un presunto tentativo savignyano di bloccarne l'ascesa mediante la rimessa in onore di istituti obsoleti come le ' capitis deminutiones ' (295), o la dottrina dell'infamia (296); nel mirino della sua critica non v'è in sostanza un discorso ' indiretto ' savignyano di carattere dogmatico-*'esemplare'*, ché del resto il Berlinese era giurista troppo smalzato per consentirsi vacui tentativi di ' revival ' applicativi (297), non estranei, ad esempio, alla mentalità di un Vangerow.

La lucidità del nostro recensore arriva assai più in là; seppure Savigny solo una volta, almeno nei volumi presi in considerazione dal Nostro, si avventurò nell'intitolare alcuni paragrafi espressamente alla storia dell'istituto in esame — e precisamente nel caso della dottrina delle persone giuridiche (298) — Stein si sottrae alla agevole tentazione di criticarne un'arida svolta dogmatica, gravida d'« infedeltà » rispetto agli originari programmi.

Con paradossale chiarezza di sguardo egli attacca invece a fondo il *System* in una ben diversa sua veste: è il ' Sistema ' infatti, secondo Stein, la *vera* Storia del diritto romano, quella che tutti si attendevano da lui, una storia degli istituti giuridici romani.

La conclusione steniana è infatti drastica: « es würde weit weniger zu tadeln gewesen sei, wenn der Verf. aus seinem ' heutigen römischen Recht ', was freilich an sich schon ein Unding ist, einfach gesagt hätte ' Geschichte der Römisch-rechtlichen Institute » (299).

Ma non diversamente da Stein, e sempre rivolte specificatamente contro l'« elemento storico » della Scuola Storica, erano ri-

(295) *Ibid.*, §§ 68-71, pgg. 60-104.

(296) *Ibid.*, §§ 76-83, pgg. 169-228.

(297) *Ibid.*, Bd. 2, pg. 224.

(298) *Ibid.*, Bd. 2, § 86-87, pg. 219 ss.

(299) L. v. STEIN, *loc. cit.*, pg. 382, col. 2.

suonate le opinioni di Kierulff<sup>(300)</sup>, secondo il quale quella letteratura civilistica, che, pur segnalandosi per il suo talento nell'analisi testuale, intendeva poi lasciar valere solo ciò che fosse in *ogni* modo estraibile dalle fonti giustiniane, dimenticava che proprio questo diritto « aveva trovato ingresso in Germania soltanto attraverso la prassi, e soltanto così come essa l'aveva configurato e soltanto attraverso di essa era divenuto diritto vivente ... essa non si rende conto che questa tensione così antistorica come anche completamente astratta, a negare la specifica configurazione tedesca del diritto comune e a fissare quest'ultimo in modo assoluto alla sua condizione di partenza giustiniana, blocca ogni concreto progresso del diritto, che tuttavia essa stessa aveva intenzione di favorire »<sup>(301)</sup>.

Nella visione di Stein il momento della storia del diritto romano acquista certo un'importanza fondamentale, importanza tuttavia strettamente funzionale. Tutto il sistema del diritto delle Pandette poggia su di una raffigurazione dei concetti fondamentali del diritto privato del tutto diversa da quella attuale: la configurazione della proprietà suddivisa in bonitaria e quiritaria; la situazione del tutto peculiare dei rapporti contrattuali in presenza dell'istituto delle *stipulationes* e delle *bonae fidei obligationes*; il concetto di personalità, che essenzialmente si differenzia da quello moderno dando adito a istituti come la *patria potestas*, la *servitus*, la *manus*; il diritto matrimoniale e il diritto successorio che riposano su fondamenti e strutture essenzialmente peculiari.

Sarebbe stato indispensabile allora, per uno studio che comprendesse l'intima unità di questo diritto, ricondurre tutti questi istituti a quei puri concetti nazionali romani.

Storicamente ciò non potè avvenire perchè il *corpus iuris* dovette essere applicato in Germania; la via battuta dal cosiddetto *Usus modernus* fu un'altra: si cercò di mediare i concetti 'tedeschi' con quelli romani delle Pandette, come d'altro canto si cer-

---

<sup>(300)</sup> Per una migliore comprensione dell'*humus* dal quale emerge la sua *Theorie* vale la pena rinviare a E. WOHLHAUPTER, *Geschichte der juristischen Fakultät Kiel*, in P. RITTERBUSCH, H. LÖHR, O. SCHEEL, G. E. HOFFMANN (hrsg.), *Festschrift zum 275 jährigen Bestehen der Christian-Albrechts-Universität Kiel*, Leipzig, 1940, spec. pg. 88 ss.

<sup>(301)</sup> J. F. KIERULFF, *Theorie*; cit. Vorrede pgg. XIX-XX.

cò di introdurre il diritto tedesco vigente all'interno del sistema del diritto romano; partendo cioè da un concetto 'germanico' — qui Stein usa un argomento tipico anche dei germanisti liberali dell'epoca, e sono del resto note le sue simpatie per Reyscher<sup>(302)</sup> — quale potrebbe essere quello della proprietà unitaria, indivisa, o del contratto assolutamente azionabile o del matrimonio indissolubile, si volevano interpretare ed applicare le proposizioni degli antichi giuristi.

Questo procedimento fu possibile anche perché i concetti giuridici romani non sono 'assolutamente' diversi dagli attuali, ma al contrario vi sono molti punti sui quali è possibile scorgere una concordanza. Una tale concordanza è il frutto del fatto che lo stesso diritto romano appare concepito come in uno sviluppo, la cui essenza riposa proprio nella progressiva messa da parte di ciò che si manifesta come unilateralmente nazionale, a favore di un diritto generale che si presenta come eccezione rispetto allo *ius strictum*.

In tal modo era assicurata, sulla base dell'identità di entrambi i diritti sotto questo profilo, quella *immediata* applicabilità del diritto romano agli studi giuridici tedeschi che sospingeva sullo sfondo la necessità di ricondurlo al suo puro fondamento nazionale.

Lo studio della storia del diritto romano si assunse quindi fin dal XVIII secolo una funzione che lo conducesse ad assolvere due relevantissimi compiti, decisivi per il rapporto teoria-prassi: il primo consistette nel rendere manifesto che gli stessi concetti giuridici fondamentali del diritto romano non si presentavano immobili come in un codice, ma che avevano subito dall'età classica di un Labeone o di un Capitone fino all'epoca giustiniana degli sviluppi e dei cambiamenti estremamente importanti; ma proprio questi progressi dovevano condurre lo sguardo del giurista a riflettere su come essenzialmente il sistema giuridico romano secondo i suoi fondamenti fosse dissimile da quello tedesco<sup>(303)</sup>.

Ancora una volta nel tenore letterale stesso delle argomentazioni steniane è possibile riscontrare una non casuale affinità

---

(302) Cfr. su queste vicende J. RÜCKERT, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtslehre 1802-1880*, Berlin, 1974, spec. pg. 346 ss.

(303) L. v. STEIN, pg. 390, col. 1.

lo svolgimento della 'Theorie' del Kierulff (e la tematica sarà ripresa successivamente anche, per fare un solo nome, da Stahl) secondo il quale uno degli elementi per la determinazione del criterio della vigenza di un diritto che possa chiamarsi autenticamente attuale viene colto esclusivamente a partire dall'identificazione, all'interno del diritto comune, del concetto di diritto romano 'inapplicabile': in questo senso diritto romano è soltanto « quello che si costruisce sulla base dei dogmi romani peculiarmente caratteristici, le cui determinazioni rappresentino cioè nel campo del diritto lo specifico carattere della nazione romana. Solo questo diritto 'veramente' romano, che è permeato dallo spirito di quella nazione, è un diritto estraneo alla Germania, e proprio perciò non pratico e non vigente »<sup>(304)</sup>.

Nel momento in cui una tale consapevolezza comincia ad aprirsi il cammino, tuttavia è già subentrato — già quindi nel XVIII, secolo, è bene sottolinearlo — quel rapporto che è decisivo a determinare ancora attualmente il concetto della scienza: essa cerca ora di costruire non solo il sistema ricavandolo dal *Corpus iuris*, ma per la prima volta tenta di estrarre da quest'ultimo « die Grundbegriffe selbst »<sup>(305)</sup>.

Ora si comprende come Stein, al contrario, possa dare una apparentemente sorprendente valutazione positiva al 'Recht des Besitzes'<sup>(306)</sup>, di contro al successivo *System*. Da un lato infatti bisogna sopperire alle carenze di una teoria che, in relazione al suo stesso contenuto, abbisogna di una ulteriore teoria in grado di separare — non altrimenti, ancora una volta, da quanto accadeva nel XVIII secolo — gli elementi di diverso tipo dalla cui 'Verschmelzung' esso è costituito: il fondamento della comprensione del diritto comune può essere fornito solo dalla *Rechtsgeschichte*; ma neppure qui la prassi si dimostra meno teoretica della dottrina.

È proprio il *Besitz* l'opera che meglio risponde alle esigenze di una storia giuridica così intesa: essa persegue sino alle sue ultime logiche conseguenze la riconduzione di tutta la dottrina del possesso alle pure concezioni romane e cerca pertanto di ricostruirne

---

(304) J. F. KIERULFF, *Theorie*, cit., pg. XXVII.

(305) L. v. STEIN, pg. 390, col. 2.

(306) *Ibid.*, pg. 393, col. 2.

per intero la disciplina « als ein selbstbedingtes und organisches Systema ». E nonostante che la prassi attuale non conosca più la figura degli interdetti e la procedura sommaria sia informata da ben altri principi, questo lavoro è andato incontro all'unanime riconoscimento non solo dei teorici ma anche dei giuristi pratici.

Non è dunque la propensione per una pura e arida utilizzabilità pratica che ha potuto condurre il giurista pratico « den Inhalt dieses Buches zu einen Teile ihres Rechtsbewusstseins zu machen »<sup>(307)</sup>.

Secondo Stein è proprio nella sua qualità di pratico, che quest'ultimo è stato invece in grado di riconoscere come tali opere corrispondano alla prima e più pressante necessità del tempo nel campo del diritto romano: la costruzione di un sistema del diritto romano non attuale, e non 'modernizzato', basato al contrario sui suoi 'arcaici' principi fondamentali, attingibili soltanto in una prospettiva autenticamente storica; un sistema del diritto romano 'puro' che possa fungere da pietra di paragone a sua volta per l'altro sistema, quello del diritto attuale.

Senza una simile pietra di paragone il superamento della condizione giuridica del secolo precedente non può che rivelarsi illusorio, non essendo sufficiente un'opzione che tenda ad eliminare da un 'usus modernus' romano-germanico solamente l'elemento germanico.

Il *System* dal canto suo, risponde certo, pur nella sua configurazione prevalentemente storica, ad un problema pratico; la recezione ha riguardato il *Corpus iuris* come un tutto, ma esso proprio come tutto non costituisce unità alcuna.

Il pratico moderno si domanda cosa però possa ritenere diritto attuale, poiché due diritti come quello giustiniano e quello delle Pandette si elidono a vicenda. La risposta è semplice: del *Corpus iuris* ha valore attuale soltanto il diritto giustiniano; ma si tratta appunto di risposta non conclusiva.

Non è conclusiva perché non coglie che nell'oggi ormai i compiti della storia e quelli della teoria devono essere divaricati; alla prima spetta il compito di concepire il sistema giuridico romano come un tutto nella sua peculiarità e determinazione storica; ma

---

(307) *Ibidem.*

è proprio di questo che la teoria non ha bisogno: « essa non può utilizzare le fonti romane per compiere le sue operazioni in conformità di quelle, ma soltanto per accantonare presso il pubblico i dubbi sulla giustezza dei risultati e per rafforzare se stessa fintantoché essa non confidi pienamente nelle sue forze; se questa giurisprudenza dapprima ha dovuto sottostare a questo tirocinio, così adesso essa non inizia il suo autonomo lavoro partendo dalle fonti, *ma al contrario cessando di occuparsene* »<sup>(308)</sup>.

In buona sostanza alla teoria è richiesta unicamente la rappresentazione sistematica del diritto attuale; essa ce ne fornisce invece una del diritto romano: « Wir wollen von ihr den heutigen, das ist den nationalen deutschen Grundbegriff der Institute des Privatrechts lernen und die einzelnen Rechtssätze als auf diesen beruhend verstehen »; essa invece disconosce di trovarsi di fronte a due sezioni completamente autonome e interiormente altrimenti strutturate del sapere giuridico<sup>(309)</sup> e di questo ne fa « ein wages, unbestimmtes und ungenießbares Ganze »<sup>(310)</sup>.

Il superamento dell'*Usus modernus*, del quale la storia del diritto romano come disciplina autonoma aveva posto le premesse, va quindi perduto proprio nel momento in cui si vuol fondare il sistema attuale sui principi romani ora per la prima volta attinti; esso è invece possibile solo sulla via di una giurisprudenza 'concettuale': « Der allgemeine Begriffe des Privatsrechts enthält nun mehre einzelne Hauptbegriffe in sich, deren Einheit er bildet; diese sind Eigentum, Vertrag, Persöhnlichkeit, Ehe, Familie, und Erbfolge. Man wird uns die nähere Entwicklung hier erlassen, jeder einzelne Rechtssatz in ganzen Privatrecht findet seine Quelle in einem dieser Begriffe, durch sie wird er bedingt und gebildet; je nachdem die Auffassung derselben eine andere ist, wird auch der Rechtssatz der aus ihr hervorgehen soll, ein anderer werden müssen »<sup>(311)</sup>.

Per altra strada siamo così ricondotti al tenore delle riflessioni gansiane, ad individuare cioè nell'attività propriamente 'sto-

<sup>(308)</sup> J. F. KIERULFF, *Theorie*, cit., pg. XXIV.

<sup>(309)</sup> L. v. STEIN, pg. 394 col. 1.

<sup>(310)</sup> *Ibidem*.

<sup>(311)</sup> Pg. 386, col. 1; pg. 397, col. 1.

rica' (storiografica) della Scuola Storica una possibile chiave di lettura determinata a livello di programma politico del peculiare metodo sistematico proposto.

Sarebbe del tutto erroneo però ritenere che quei fermenti nuovi che abbiamo visto agitare in rapida successione la riflessione e dei Pandettisti pratici e della scuola 'giuridica' hegeliana, in un mutuo scambio di successioni, siano rimasti estranei al dibattito interno alla scuola stessa: se ci è consentito continuare a utilizzare quella espressione riassuntiva — abbiamo constatato quanto sottoponibile a riaggiustamenti; tanto che saremmo tentati con Bekker di aggiungervi sempre la precisazione 'in senso ampio' <sup>(312)</sup> —, verrebbe fatto di affermare che la vitalità di essa al di là degli anni '50 dipende in larga misura dalla capacità che dimostrò anche nel far proprie, al di fuori di una rigida ortodossia, esigenze come tali non sue.

Nel 1845 F.J. Stahl aggiunge alla seconda edizione della sua filosofia del diritto, un'interessante appendice contenente un'analisi 'sul valore del diritto privato romano' <sup>(313)</sup>.

L'esordio è di intonazione chiaramente hegeliana <sup>(314)</sup>: l'autore si affianca al giudizio che il diritto romano per primo e nel

<sup>(312)</sup> E. I. BEKKER, *loc. cit.*, *infra*, nota 361.

<sup>(313)</sup> Noi citiamo comunque dalla terza edizione: F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts. Zweiter Band: Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung. Erste Abtheilung: enthaltend die allgemeine Lehren und das Privatrecht*, Heidelberg, 1854. Dal momento che la bibliografia stahliana può ormai valersi di uno strumento accurato e insostituibile quale H. J. WIEGAND, *Das Vermächtnis Friedrich Julius Stahls. Ein Beitrag zur Geschichte konservativen Rechts-Ordnungsdenkens*, Königstein im Taunus, 1980, ci limitiamo per ora a rinviare ad un saggio che conserva ancora una qualche carica di stimolo, al di là della sua stessa datata singolarità, C. A. THILO, *Die theologisirende Rechts- und Staatslehre. Eine historisch-kritische und thetische Untersuchung über die Principien der Rechtsphilosophie und die damit zusammenhangenden philosophischen Disciplinen, mit besonderer Rücksicht auf die Rechtsansichten Stahls*, Leipzig, 1861, spec. pg. 301 ss.

A noi, com'è sin troppo chiaro, interessa la voce dello Stahl 'privatista', che certamente non sarà delle più ascoltate, ma non per questo si rivelerà meno lucida; il testo cui faremo riferimento in via principale s'intitola *Ueber den Werth des römischen Privatrechts*.

<sup>(314)</sup> Come ci pare confermato dalla nota apposta in calce all'esordio,

modo più completo abbia realizzato, sul piano della *Weltgeschichte*, l'idea del diritto. Si tratta di una realizzazione a due livelli: la realizzazione del diritto dal punto di vista obbiettivo, ossia la completa accettazione della piena e esclusiva validità delle norme giuridiche positive senza commistione di motivi morali o politici, e l'incondizionato riconoscimento dell'inviolabilità dei diritti acquisiti <sup>(315)</sup>.

Rimane invece loro estranea sin dal principio l'aspirazione a raggiungere una configurazione ideale di quel concetto di Stato che costituisce il terzo elemento di un'idea di diritto adeguata all'epoca attuale; essi però, basandosi sui due motivi fondamentali che regolavano la loro vita pubblica — l'inviolabilità dell'ordinamento giuridico ('*der Rechtlichen Ordnung*') e quella del diritto soggettivo — giungono a una separazione consapevole e perfettamente condotta a termine tra diritti reali e personali: tale separazione costituisce il vero fondamento di ogni '*Privatrechtszustand*' che voglia assicurare al privato il suo diritto <sup>(316)</sup>.

A questo punto tuttavia il tenore unicamente elogiativo cede al passo ad una serie di critiche anche su questo terreno tecnico, all'apparenza il più logicamente conchiuso ed ancor oggi incondizionatamente applicabile.

Ciò che Stahl attacca frontalmente è proprio l'unilateralità dell'idea di '*Berechtigung*', l'idea cioè di diritto soggettivo, di diritto acquisito. Essa in diritto romano si presenta come una « *blasse reine Berechtigung, undurchgedrungen und unermässigt von jeder Verpflichtung und höhern bestimmenden Notwendigkeit* »; non compenetrata né dall'idea di obbligo, né delimitata esteriormente e determinata da principi di una superiore necessità.

Non che si possa identificare una tale posizione — si cura di precisare l'autore — con quelle odierne di carattere giusnaturalistico o rivoluzionario <sup>(317)</sup> che assumono l'esistenza di astratti diritti del-

e nella quale il riferimento critico ad Hegel non cancella il parallelismo di certe impostazioni (*loc. cit.*, pg. 508).

<sup>(315)</sup> Cfr. F. C. VON SAVIGNY, *System*, cit., vol. I, § 53, pg. 334 ss. e vol. III, § 104, pg. 1.

<sup>(316)</sup> F. J. STAHL, *loc. cit.*, pg. 510; cfr. *ibidem*, pg. 380.

<sup>(317)</sup> Secondo una identificazione dei due indirizzi, specifica dell'intonazione politica del suo pensiero; da ultimo sullo Stahl 'politico' vedi

l'uomo, né che si volesse significare l'attribuzione al *civis* di semplici diritti ad esclusione di doveri giuridici; il ragionamento giuridico romano parte invece correttamente dall'enucleazione di « Bestimmte konkrete festgezeichnete Rechte » com'essi sorgono dalla natura dell'istituto giuridico, conformandosi al 'Beruf' delle diverse posizioni sociali e al senso dei negozi intrapresi. Una tale concretezza va tuttavia perduta perché la misura e i limiti all'uso di questi diritti, la loro dipendenza da una controprestazione, dall'adempimento di un obbligo — specificazioni tutte che astrattamente sarebbero dovute seguire da un reale riconoscimento della natura dei diversi istituti giuridici — rimangono al di fuori dell'ottica della norma: esistono certo doveri e obblighi, ma essi sono posti alla stregua di una cosa completamente separata *accanto* ed *esternamente* ai diritti, 'Recht ist im römischen Begriff ein Sphäre des völlig unbedigten (souveränen) Schaltens' <sup>(318)</sup>. Stahl toccava così uno dei punti, una delle aporie fondamentali dell'evoluzione giuridica moderna: qui gioca certo più la vicinanza ad Hegel che non la sua altrettanto decisa lontananza.

Non a caso era stato Puchta — sul quale le influenze e presenze hegeliane sono assai più profonde di qualche prestito lessicale o di qualche affinità tematica, più profonde cioè di quanto finora si sia supposto sulla base di una non soddisfacente analisi della sua polemica antihegeliana <sup>(319)</sup> — ad esprimere con grande chiarezza lo stesso stadio evolutivo sul quale la scienza giuridica si era trovata ad operare: « ... Quella progressiva formazione del diritto si lascia intravedere e riconoscere anello per anello nei popoli che si sono susseguiti l'uno all'altro. Soltanto più tardi il concetto del diritto ha raggiunto maggiore chiarezza e certezza, liberandosi gradualmente dalle spoglie che lo coprivano e gli facevano velo. Esso ha raggiunto presso il popolo romano la *perfezione che era possibile raggiungere nell'antichità*, e di là è stato tramandato

---

C. DE PASCALE, *Sovranità e ceti in Friedrich Julius Stahl*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XIII (1984), pg. 407 ss.

<sup>(318)</sup> F. J. STAHL, *loc. ult. cit.*, pg. 510.

<sup>(319)</sup> Per tacere poi del suo 'rapporto' con Kierulff e Christiansen; cfr. sin da ora *infra* cap. III. Si vedano anche le considerazioni di A. SCHIAVONE, *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Bari, 1984, pg. 11, nota 11.

al mondo moderno, dove ha iniziato *un nuovo cammino*. Possiamo dire che la prima parte del problema, che noi abbiamo indicato come il *dominio delle diseguaglianze, è risolta dal diritto romano*. Il diritto, senza lasciar cadere questo risultato, deve compiersi *tuttavia anche per l'altro aspetto* come è vocazione del nostro tempo ... ma quel che essi (i Romani) hanno compiuto è soltanto l'inizio, e in quella parte sola del diritto, alla quale particolarmente si dedicarono. Con il maggiore diversificarsi, che distingue la nostra vita interna ed esterna, rispetto a quella degli antichi, è cresciuto il numero e l'importanza dei rapporti e delle *condizioni particolari che il diritto deve riconoscere* e che ha il compito di soddisfare... » <sup>(320)</sup>.

Nell'analisi di Stahl entrambi i momenti emergono in tutta la loro icasticità; in particolare egli comprende con impressionante lucidità la qualità dell'astrazione che fa del concetto moderno di diritto soggettivo una pura legittimazione, una pura 'facoltà' (Berechtigung) <sup>(321)</sup>: non si tratta di un'astrazione di vecchio stile — una generalizzazione puramente categoriale —, di una non specificità del concetto conforme al suo essere logicamente un 'genus'. Questa astrazione riposa piuttosto su di una 'concreta' rinunzia alla possibilità di un eguagliamento di prestazioni sul piano 'locale', in un singolo istituto giuridico: per un diritto 'acquisito' così concepito non è più necessaria la reciprocità.

Non si tratta con questo di escludere o di discreditare l'integrarsi di reciproci rapporti giuridici, il fatto che il rapporto sorga attraverso contratti bilaterali, il vincolarsi ai corrispondenti doveri; il concetto di obbligo giuridico non scompare — nota Stahl — ma si colloca ormai *accanto e al di fuori* del diritto, non è più collegato essenzialmente al diritto in quanto tale; diviene complementare <sup>(322)</sup>. Forzando un po' il tenore ma non la sostanza delle espressioni puchtiane, potremmo dire che per Stahl il diritto sog-

---

<sup>(320)</sup> G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Ester Band besorgt von P. KRUGER, 1875<sup>8</sup>, pg. 14; cfr. A. SCHIAVONE, *op. cit.*, pg. 66 ss.

<sup>(321)</sup> Cfr. J. STAHL, *op. cit.*, pg. 279 ss.

<sup>(322)</sup> Si veda l'acuta analisi di N. LUHMANN, *Zur Funktion der « subjektiven Rechte »*, in R. LAUTMANN, W. MAIHOFFER und H. SCHELSKY (hrsg.), *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, ora in ID., *Ausdifferenzierung des Rechts*, F.a.M., 1981, pg. 360 ss.

gettivo come pura titolarità, come pura ' facoltà ', è il diritto ' diseguale ', il diritto che in sè stesso non contiene nessun *sostanziale* uguagliamento <sup>(323)</sup>.

Questo carattere del diritto come dell'affermarsi di una incondizionata e sovrana potestà manifesta molti dei suoi tratti già nel diritto pubblico romano ponendo così sotto gli occhi di tutti la stretta connessione di indirizzi che contraddistingue le relazioni dei due campi. Il console deriva infatti dalla natura del suo ufficio il diritto di accettare i voti e, dal momento che questo diritto gli è riconosciuto in quello spirito come puro e assoluto, egli può a suo arbitrio accettare il voto di quello e respingere il voto di un altro; i decemviri hanno, nella loro qualità di più alta autorità, diritto di convocare nuovi comizi elettorali ma possono anche, sempre in virtù di una simile concezione, tralasciare di farlo; e da ciò poteva conseguire che essi fossero di fatto legittimati a restare in carica persino al di là della determinazione di legge.

Lo stesso istituto della censura nel suo trasformarsi in tribunale dei costumi è concepibile solo su questa via: nessuno pensava al momento della costituzione di questo ufficio ad un tribunale dei buoni costumi, l'intenzione consisteva soltanto nel ripristinare la valutazione dei patrimoni e il conseguente inserimento nelle classi a seconda di questa valutazione. Ma questa facoltà di apprezzamento configurava appunto un diritto, e qui come dovunque esso si trasformò in puro diritto dei titolari, che potevano così in forza del suo libero uso collocare ognuno nella classe che loro più aggradava. Nell'esercizio di un simile ufficio non mancava certamente l'elemento dell'obbligazione, ed i titolari potevano perciò essere sottoposti ad accusa; poiché tuttavia questo diritto nel suo contenuto, nella modalità del suo esercizio non era determinato dalla qualità di quell'obbligo, quest'ultima rimaneva valida e non poteva essere impedita <sup>(324)</sup>.

A tutta prima il realizzarsi di questo principio nel campo del diritto privato per quanto riguarda i diritti reali emerge invece in maniera meno vistosa, proprio perché la proprietà secondo la sua

---

<sup>(323)</sup> *Ibid.*, pg. 365.

<sup>(324)</sup> F. J. STAHL, pg. 512.

natura, « eben ein reines von Verbindlichkeit freies Recht über ein bloss passives Object ist » <sup>(325)</sup>.

Ma ad uno sguardo più accurato anche qui si rendono visibili più profili specifici di quella impostazione. La proprietà fondiaria non può essere sottoposta a nessuna imposta patrimoniale; è bensì vero che è sul patrimonio generale che sono elevate imposte ed essa vien quindi ad essere ricompresa nella stima fiscale. Una imposta tuttavia su un singolo determinato fondo come tale, o peggio ancora sulla sua rendita sotto forma di decima, è del tutto contraria all'ispirazione romana. Nello stesso senso, il diritto del proprietario non viene intaccato dalle sue obbligazioni in quanto debitore; egli è quindi responsabile verso il creditore soltanto con la sua persona e non con le sue cose.

Né può trovarsi traccia di oneri reali, rendite fondiarie ed altri consimili rapporti perché altrimenti la proprietà resterebbe condizionata dall'adempimento di un'obbligazione.

Ancora meno ci si può attendere di trovare un diritto reale limitato nella sua durata, « das also eine Schranke in sicht trägt, kein Eigenthum, das ex nunc aufhören konnte, kein Recht an Fremder Sache, das nicht mindestens lebenslänglich wäre. Der zeitliche Niesbrauch wird ausdrücklich, eben so wie die habitatio, als mehr faktischen denn rechtlicher Natur erklärt » <sup>(326)</sup>.

Parrà qui di cogliere una contraddizione nell'argomentare di Stahl, ove si ricordi la forza dell'accento da lui posto sulla distinzione categoriale tra diritti reali e personali a presidio della libertà della sfera privata.

Il fatto è che ormai Stahl, nel cercare di fornire una soluzione al compito, additato da Puchta, di dare ' un riconoscimento giuridico anche alle particolarità individuali ' in modo che ' la forma giuridica si determini attraverso questa materia senza pregiudizio per la purezza del concetto giuridico ' <sup>(327)</sup>, si muove nell'ambito di quella ' crisi ' del concetto di diritto romano attuale che abbiamo visto delineare da Kierulff e da Stein: l'utilizzazione stessa del dato storico è finalizzata nel senso di una « Zurück-

<sup>(325)</sup> *Ibidem.*

<sup>(326)</sup> Pg. 513.

<sup>(327)</sup> G. F. PUCHTA, *Cursus*, cit., pg. 12.

führung des Recht im Corpus iuris auf die volksthümlich römische Rechtsanschauung »<sup>(328)</sup>, di un cogliere i diversi principi che regolano i distinti campi del diritto; la teoria non si modella più sulle fonti.

La risposta di Stahl alla congruazione romanistica del diritto soggettivo acquista pertanto un respiro più ampio che non la semplice dichiarazione di applicabilità, di attualità: mentre i concetti di inviolabilità delle leggi positive e di ' facoltà ' costituiscono ' verità giuridiche ', l'idea invece « der puren, keinen Beisatz von Pflicht duldenden Berechtigung » in nessun modo è un vero principio del diritto, ma dimostra al contrario l'incompiutezza e l'unilateralità della condizione giuridica dei Romani<sup>(329)</sup>.

Lo sviluppo successivo ha certo mitigato se non del tutto fatto scomparire queste durezza, ma il vizio originario è rimasto, il difettare in sostanza del principio positivo di una configurazione organica, « das die Menschlichen Lebensverhältnisse von ihren höheren Gedanken aus als ein Ganzes über dem Betheiligten gestaltet und gemäss demselbem jeden Rechte und Pflichten in bestimmten Mass und in Wechselabhängigkeit zugetheilt werden »<sup>(330)</sup>.

Da un tale principio è invece determinato il diritto germanico.

Questa presa di coscienza aveva già spinto l'autore a formulare in modo tecnicamente variegato il problema dei rapporti tra diritti reali e personali; problema che assurge quasi a modello di una possibile ricostruzione dogmatica di un diritto attuale che non si presenti come un ' tutto vago e indistinto ', ma organicamente connesso secondo i suoi principi.

Il carattere del patrimonio (Vermögen; proprietà in senso ampio) considerato come « unbedingte Berechtigung » di un oggetto esterno presuppone certo che il diritto patrimoniale si ripartisca in due sezioni, quella dei diritti reali e quella dei diritti personali: caratterizzata l'una dall'assoluta perseguibilità contro ogni persona, l'altra da un diritto alla prestazione che si dirige contro determinati obbligati ma mai contro il possessore della cosa

---

<sup>(328)</sup> L. VON STEIN, pg. 393, col. 1.

<sup>(329)</sup> F. J. STAHL, pg. 516.

<sup>(330)</sup> *Ibidem.*

in quanto tale, anche quando la prestazione concerna un dare o abbandonare cosa determinata. Ma una così rigorosa applicazione del diritto romano — l'unica che Kant ritenesse filosoficamente perseguibile<sup>(331)</sup> — è insufficiente perché elide la possibilità di utilizzare dogmaticamente l'altro principio dal quale pure si diparte la struttura del concetto di patrimonio: quello della 'soddisfazione dei propri bisogni'<sup>(332)</sup>.

Allora il rapporto dell'uomo con un oggetto, con la cosa, non si mostrerebbe più come un rapporto incondizionato e non sarebbe più tale da configurare la misura di valutazione di tutte le ulteriori circostanze e comportamenti; al contrario, sono ora queste circostanze ed azioni a dover essere in ogni momento prese in esame in sé e per sé, e a divenire di conseguenza esse stesse il criterio che in via principale determina il rapporto degli interessati con la cosa: « qui il fattore decisivo è rappresentato *non dalla decisione di chi abbia il diritto sulla cosa, ma bensì di chi*, avuto riguardo a queste precise circostanze, *meriti di essere maggiormente soddisfatto* »<sup>(333)</sup>.

Acquistano rilevanza quindi in questo contesto tutte le circostanze particolari, che scomparirebbero nel quadro della rinuncia alla reciprocità propria del concetto di 'pura facoltà': che la situazione giuridica della parte coinvolta sia stata occasionata o influenzata dalla malafede di un terzo, che il compratore in buona fede, il creditore pignoratizio o ipotecario meriti una protezione giuridica a preferenza del proprietario negligente, o il primo acquirente di una merce a preferenza del successivo immesso nel possesso del bene da un venditore non rispettoso delle obbligazioni precedentemente contratte; « so werden dingliche Rechte durch Vorgänge unter Dritten *absorbiert* und persönliche Rechte *auf dingliche Weise verfolgt* »<sup>(334)</sup>.

Se questo principio venisse perseguito in tutta la sua assolutezza, finirebbe per volatilizzarsi completamente la distinzione stes-

---

<sup>(331)</sup> I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg, 1757, § 21, AB 108-104, Neudruck Frankfurt am Main, 1982, pg. 387 ss.

<sup>(332)</sup> F. J. STAHL, pg. 351.

<sup>(333)</sup> *Ibid.*, pg. 377.

<sup>(334)</sup> *Ibid.*, pg. 378.

sa tra diritti reali e personali, perché sarebbe lo stesso concetto di un diritto incondizionato sopra una cosa a venir meno, risolvendosi tutte le relative operazioni giuridiche in una continua assegnazione di essa a seconda delle singole fattispecie che di volta in volta si presentassero nei loro diversi contenuti di circostanze ed azioni.

In questa linea sarebbe persino lecito pensare ad un sistema giuridico nel quale il concetto di proprietà, di diritto su di una cosa, come concetto positivo venisse del tutto a mancare in quanto tale e il rapporto con le cose fosse tutelato solo indirettamente, dal punto di vista meramente negativo, tramite proibizioni rivolte contro azioni di per sé contrarie all'ordinamento giuridico; « So wäre das Eigenthum mittelst lauter Forderung geschützt »<sup>(335)</sup>.

Solo sotto questo profilo possono essere intesi i faticosi tentativi di incardinare sistematicamente il possesso, ora in una classificazione dei diritti reali, ora in quella dei diritti personali: esso incarna difatti un istituto che è già completamente pensato secondo questa ottica del soddisfacimento del bisogno.

Certo questo punto di vista, ' das reine Utilitätsprincip ', non è stato mai sviluppato in tutta la sua coerenza<sup>(336)</sup>, né Stahl si propone di minare definitivamente la ' gesicherte Herrschaft ' che è profondamente radicata nell'essenza del diritto patrimoniale<sup>(337)</sup>, in quanto soltanto la distinzione<sup>(338)</sup> può garantire la sicurezza del diritto: l'altro principio si caratterizza per la sua vaghezza che condurrebbe di per sé sola a collisioni di concorrenti pretese sempre indipendenti l'una dall'altra, e, quel che più conta, sul piano processuale ad un difficile giudizio di bilanciamento tra motivi decisionali tutti ugualmente meritevoli di tutela.

Siamo di nuovo di fronte al problema del criterio della ' attualità ' del diritto (romano) attuale; complicato qui dal fatto che Stahl lavora per così dire ' dopo ' Kierulff e ' dopo ' Stein, dando per acquisita quindi l'esigenza ch'esso non sia risolvibile se non al livello, da un lato, della riconduzione degli istituti romanistici ai

---

<sup>(335)</sup> *Ibid.*, nota \*.

<sup>(336)</sup> *Ibid.*, pg. 379.

<sup>(337)</sup> Cfr. *ibid.*, pg. 388.

<sup>(338)</sup> *Ibid.*, pg. 379.

puri principi romani anche storicamente precedenti alla definitiva configurazione giustiniana<sup>(339)</sup>, e, dall'altro, (e separatamente)<sup>(340)</sup> della valutazione che la scienza opera liberamente di quali principi siano i più adeguati alla realtà storicamente data: si prosegue così nel cammino che conduce ad identificare in definitiva quel criterio nel principio della 'Verdeutschung'.

Interpretato sulla base di queste premesse diviene allora comprensibile in quale senso Stahl ammettesse che quel vero principio che difettava alla antica giurisprudenza romana fosse invece richiamato nel diritto germanico. Non si tratta soltanto di una esaltazione dei suoi singoli istituti giuridici — « come la proprietà a mani unite, il dominio diviso, il vitalizio, l'amministrazione temporanea, il patrimonio matrimoniale della donna e simili »; ed infatti non è rilevante come essi possano nei particolari e presi ad uno ad uno essere giudicati, se ancora funzionali od ormai antiquati<sup>(341)</sup>. Si tratta di ben altro; è il principio stesso, non attingibile a partire dal diritto romano 'puro', attuale o meno che dir si voglia, quel medesimo principio « che ci permetterebbe di costruire questi, *ma anche molti altri simili istituti* », lui e lui soltanto può essere appellato come « das wahre »: è sotto questo profilo — che si risolve poi in una produttività della scienza anche a proporsi nuovi fini — che il diritto 'germanico' sta su di un gradino più elevato di quello romano. Ciò è confermato dall'interpretazione che del processo storico Stahl fornisce: è in conseguenza di una interiore necessità che il diritto romano in linea di massima abbia pervaso soltanto la sfera nella quale gli uomini stanno l'uno di fronte all'altro « ohne organische Verbindung »; laddove invece una tale relazione ha luogo — specialmente in connessione alla particolarità dei singoli ruoli sociali —, là dominano i principi propri del diritto tedesco.

Una simile impostazione concettuale ha condotto Stahl a proporre la possibilità di una valutazione diversa — non certo meno

(339) Cfr. *ibid.*, pg. 271.

(340) Anche in questioni più specificamente connesse a temi del *Gewohnheitsrecht* Stahl andava ben al di là di quelle che erano le posizioni ufficiali della Scuola, tenendo piuttosto ad una netta sottolineatura della positività del diritto.

(341) F. J. STAHL, pg. 516.

positiva — della giurisprudenza romana, al di fuori dell'immagine, usuale all'interno della Scuola Storica, dei 'giuristi matematici', che calcolano con i concetti. In tal modo è il rapporto diritto romano — diritto moderno che acquista un rilievo peculiare: ed egli coerentemente non prende posizione sulla 'difficile' questione se per i destini storici della Germania « sarebbe stato più auspicabile che il diritto romano in Germania non fosse stato recepito *formalmente*, ma avesse invece servito *soltanto da modello* per una libera ed autonoma imitazione »<sup>(342)</sup>.

Era stato Hegel<sup>(343)</sup> a riprendere quella caratterizzazione della 'conseguenzialità' della giurisprudenza romana quasi a simiglianza dell'opera della matematica classica: egli l'aveva però rovesciata in negativo — la loro « *blosse Verstandeskonsequenz* » —, fino a ritenere che essi si avvicinasero alla reale grandezza soltanto quando riuscivano ad essere 'inconseguenti'.

Stahl enuclea il suo criterio — sempre affidato alla scienza — di un sistema attuale in polemica diretta con questa caratterizzazione hegeliana, sia nella sua connotazione positiva che in quella negativa.

Quello che è principalmente rilevante è infatti che i giuristi romani abbiano dal punto di vista materiale preparato i contenuti 'tecnici' ancor oggi 'applicabili'<sup>(344)</sup> — la preferenza va ovviamente ai casi nei quali anche il *principio* si manifesta esatto fino al tempo presente<sup>(345)</sup> —: solo una netta distinzione « *zwischen dem was selbst Rechtliches Princip, und dem was Entfaltung des natürlichen Stoffs für das Princip, d.h. was Natur des Sache ist* »<sup>(346)</sup>, permette un giudizio sul diritto romano, che, pur nel pieno riconoscimento del suo valore, sia libero da ogni forma di 'predilezione' e consenta una piena unificazione con l'attenzione e l'utilizzazione pratica dell'elemento germanistico.

<sup>(342)</sup> *Ibid.*, pg. 520.

<sup>(343)</sup> G. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, hrsg. von K. H. ILTING, Bd. 2, Stuttgart-Bad Cannstratt, 1974, § 30, pg. 172 e § 3, *Anmerkung*, pg. 106, 108, 110.

<sup>(344)</sup> F. J. STAHL, pg. 517.

<sup>(345)</sup> *Ibid.*, pg. 518.

<sup>(346)</sup> *Ibid.*, pgg. 518-519.

Ma allora, ogni qualvolta il principio romano viene riconosciuto falso o unilaterale, « naturalmente di conseguenza diviene qui senza utilità anche *tutta la strutturazione dogmatico materiale dell'istituto...* In questo senso si può affermare che noi *non* possiamo aspettarci dai romani la giusta concezione di come le relazioni date nei rapporti della vita si configurino; *questo è invece propriamente ciò che deve essere fornito dalla nostra giurisprudenza* ». A tal fine però la tecnica romana può di nuovo almeno servire da modello e da pietra di paragone: soltanto avuto riguardo a questa sfera *inferiore* che non attinge l'istituto nella sua determinazione etica, ma lo presuppone come già dato nel diritto positivo, si può conseguentemente sostenere che i giuristi romani siano i primi compiuti giuristi-filosofi; mentre per quanto attiene alla sfera più elevata, che ha ad oggetto « die tiefsten sittlichen und *socialen* Principien des Rechts », essi non lo sono in alcun modo <sup>(347)</sup>.

Preso atto di una simile valutazione è poi compito della scienza — il cui ruolo è però assa meno centrale nella costruzione di Stahl rispetto a quella savignyana <sup>(348)</sup> — rendersi consapevole che essa sta facendo ingresso in un periodo nel quale come mai prima il ceto dei giuristi « von der Kenntniss des deutschen Rechts und demzufolge auch vom seinem Geiste und dem Masse seiner Beurtheilung erfüllt sein wird »: un tale compito, di perseguimento a livello di sistema dell'unità dei due elementi, non può essere risolto sul piano delle considerazioni generali, ma soltanto nell'ambito della puntigliosa analisi di ogni istituto giuridico « nach seinem besonderen Bedürfniss » <sup>(349)</sup>.

Nel caso particolare del rapporto tra diritti personali e reali la configurazione va determinata nel senso di attribuire una certa preferenza al principio contenuto nel diritto romano, come struttura portante della costruzione; senza trascurare tuttavia che questa separazione ha subito a partire dalla recezione singole modificazioni ed eccezioni sia da parte della legislazione particolare che

---

<sup>(347)</sup> *Ibid.*, pg. 519.

<sup>(348)</sup> Ch. H. H. JAKOBS, *Wissenschaft*, cit., pg. 70 ss.

<sup>(349)</sup> F. J. STAHL, *loc. cit.*, pg. 521.

degli statuti cittadini<sup>(350)</sup>: modificazioni che, in quanto « determinazioni particolari »<sup>(351)</sup>, si presentano come adeguate. Bisogna sottolineare però che tra essi sussiste di nuovo una più profonda unità che giace a livello della duplice determinazione generale del concetto di patrimonio: da un lato, sulla « Befriedigung auf die beide abzielen, daher dem Vermögenswerthe, dem beide haben » e, dall'altro, sulla Persona che « die Subject für die beiderlei Rechte bez. Verbindlichkeit zugleich ist »<sup>(352)</sup>.

Tra di loro deve perciò sussistere un legame e quasi un punto di trapasso che sancisca questa unità assunta come più profonda<sup>(353)</sup>: si tratta cioè di rapporti giuridici — già in parte presenti nella tarda veste del diritto romano, ma ben più decisamente nei diritti germanici — secondo i quali un diritto reale, cioè una pretesa patrimoniale « der an der Sache haftet »<sup>(354)</sup>, trova il suo esercizio ed adempimento in prestazioni personali, e proprio per questo, d'altro canto, quel diritto reale resta indissolubilmente collegato con l'obbligo di prestazioni personali (Reallasten)<sup>(355)</sup>.

Nella stessa ottica, se non sono accettabili il diritto romano delle obbligazioni, il regolamento dei beni dotali, la definizione della patria potestà, tuttavia si potranno considerare utilizzabili per costruire un 'nuovo' sistema, né germanistico né romanistico ma integralmente giuridico, singoli « pezzi » di questi istituti, come accade nel caso dei concetti di evizione, mora, colpa, *casus*; dal che si può persino giungere ad affermare che, per quanto riguarda il profilo esclusivamente privatistico patrimoniale — preso in esame sul piano del *contenuto giuridico* —, il diritto romano si identifica, nel senso su accennato<sup>(356)</sup>, con la natura della cosa<sup>(357)</sup>.

Complessivamente l'analisi di Stahl conferma il 'Trend' interpretativo che, a partire dalla critica più o meno accentuata alla

<sup>(350)</sup> *Ibid.*, pg. 380, nota.

<sup>(351)</sup> *Ibidem.*

<sup>(352)</sup> *Ibid.*, pg. 381.

<sup>(353)</sup> *Ibidem.*

<sup>(354)</sup> *Ibid.*, pg. 382.

<sup>(355)</sup> *Ibidem.*

<sup>(356)</sup> Alludiamo alla distinzione tra giurisprudenza superiore ed inferiore; il livello rimane quindi in questo caso quello di una giurisprudenza 'inferiore'.

<sup>(357)</sup> F. J. STAHL, *loc. cit.*, pg. 517.

instabilità concettuale e realizzativa propria della semplice postulazione di un diritto romano attuale, si sostanzia — fin dagli ultimi anni '30 — nella ripresa di quell'esigenza di 'praticabilità' e vigenza; alla ricerca tuttavia di un superamento di quella *impasse* dettato dalla contrapposizione dei principi germanistici e romanistici<sup>(358)</sup> — seppur senza intaccare sostanzialmente la funzione trainante della *tecnica* romanistica — verso un sistema 'giuridico' attuale: con la conseguente sottolineatura, e di un rinnovato ruolo da attribuire alla funzione dello Stato e della legge, e — ma a quest'ultimo elemento statual-legislativo pur tuttavia intimamente connessa — di una diversa visione della funzione della scienza giuridica.

Non può essere considerata pertanto una mera coincidenza, se appena due anni prima, ma stavolta ad opera di un 'puro' romanista e pandettista come Bruns<sup>(359)</sup>, ci si veniva interrogando significativamente 'sul presente e sul futuro del nostro diritto privato'<sup>(360)</sup>.

Il titolo non tradisce affatto le intenzioni dell'autore: siamo dinanzi ad uno dei più acuti, ma anche equilibrati, bilanci di quella riflessione su se stessa e sui suoi presupposti messa in opera da una scienza giuridica che per tutto il primo arco di secolo è ben lungi dall'acquetarsi nell'incontrastato dominio della linea inaugurata dalla scuola storica.

Ma l'esordio di Bruns — il quale, non dimentichiamolo, pur non essendosi mai costretto all'interno di una rigida osservanza, si era meritato da parte di Vangerow<sup>(361)</sup> la considerazione, non

<sup>(358)</sup> Cfr. K. LUIG, *Die Theorie der Gestaltung eines nationales Privatrechtssystems aus römisch-deutschem Stoff*, in W. WILHELM, H. COING (hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Bd. 1, F.a.m., 1974, pgg. 217-248.

<sup>(359)</sup> Cfr. E. LANDSBERG, *Geschichte*, cit., Testo pg. 751 ss.

<sup>(360)</sup> C.G. BRUNS, *Ueber Gegenwart und Zukunft unseres Privatrechts*, originariamente in *Jahrbücher der Gegenwart*, 1843, n. 33-36; noi citiamo dalle *Kleinere Schriften*, Bd. 1, già più sopra menzionate.

<sup>(361)</sup> Anch'egli per parte sua ben lungi da poter essere inquadrato tanto facilmente negli schemi della scuola storica se, secondo la testimonianza di Bekker, nelle lezioni dell'inverno del '44-45, affermava che il punto di partenza di quest'ultima doveva essere 'superato'. Cfr. E. I. BEKKER,

certo da intendere in senso del tutto negativo, che in Tübingen avessero chiamato « einen Privatdozenten, der die Pandekten nach Hegel lese »<sup>(362)</sup> — è tutto volto a riconoscere la funzione insostituibile esercitata da Savigny e dalla Scuola Storica nell'opera di superamento di quell'unilaterale 'razionalismo soggettivo' settecentesco, che, pur avendo contribuito a liberare dagli ultimi lasciti del mondo medioevale, doveva a sua volta essere estromesso dalla scena scientifica.

Soltanto in questo modo poteva essere consentito alla *Rechtswissenschaft* di approdare ad una 'reale obbiettività', ad un 'fondamento sostanziale'.

Se si ragiona in questi termini, parlare di una contrapposizione tra tendenza storica e filosofica appare completamente fuorviante per una comprensione retrospettiva del presente: è certo giustificato sotto il profilo filosofico rilevare l'incompiutezza scientifica e l'insoddisfazione che si ricava da una teoria come quella della Scuola Storica, non in grado di andare oltre il punto di vista « der unmittelbaren Anschauung », ma è proprio da parte filosofica che si deve ora cessare di esaltare eccessivamente la contrapposizione — riducendola a scuola di semplici antichisti e raccoglitori di materiali —, a rischio che vada perduto l'altro fondamentale elemento, quello della prassi, e si venga così a cadere in troppo numerose astrazioni.

Particolarmente severo, in questo primo contesto, sembra il giudizio che Bruns, probabilmente valutandolo ancora troppo debitore di quel razionalismo soggettivo del quale si trattava invece di cercare un superamento, esprime sugli esiti costruttivi ultimi ai quali era pervenuto nella sua critica Gans; il Gans dell'*Erbrecht*<sup>(363)</sup>.

Ma che si tratti di un giudizio negativo per comparazione, dettato in sostanza da un desiderio d'imparzialità anche nei confronti

---

Rez. a SEITZ, *Die praktische Rechtsschule im Entwicklungskämpfe mit den bisherigen doktrinären, historischen und Naturrechtsschulen*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, hrsg. von A. VON BECHMAN, F. HELLMANN, K. VON MAURER, M. VON SEYDEL..., Dritte Folge, Bd. 2 (XXXVIII), Freiburg und Leipzig, 1896, pgg. 1-10,2.

<sup>(362)</sup> E. LANDSBERG, *Geschichte*, loc. ult. cit.

<sup>(363)</sup> C. G. BRUNS, *Über Gegenwart*, cit., pg. 4.

di quella ' filosofia ' verso la quale egli inclinava, lo si comprende ad una considerazione più attenta sulle limitazioni alle quali vien sottoposta quella prima valutazione<sup>(364)</sup>.

Non si può cioè confondere, né in positivo né in negativo, l'essenza (la funzione positiva) della scienza propugnata da Savigny e dalla Scuola Storica con le singole dottrine e opinioni (di Savigny o di altri) relative al diritto consuetudinario, al possesso come fatto, e così via; esse sono servite « als Schulpärole », come parola d'ordine nel momento della crisi, ma ora dal punto di vista tecnico sono già ampiamente in via di superamento, o inutilizzabili<sup>(365)</sup>; ciò che resta è solo la funzione che la Scuola ha storicamente esercitato: « die Reaction der historischen Schule ist nun aber vollbracht »<sup>(366)</sup>. Ed è positivamente compiuta, perché la scienza ha ormai in quanto tale generalmente fatto proprio quel punto di vista che allora si trattava appunto di conquistare.

Il campo viene oggi conteso ad un ben diverso livello; si fanno luce numerosi tentativi in parte nuovi, in parte non di per sé tali ma che acquistano tuttavia nuova veste proprio a partire dal contesto rinnovato.

Anche qui però Bruns non cede alla tentazione semplificante di approdare ad una nuova classificazione di tipo dicotomico, che tragga alimento dalla contrapposizione tra romanisti e germanisti.

Se egli rigetta in altre parole nettamente come del tutto astratto, vago ed in definitiva privo di contenuto assertivo, ma fuorviante quando ci si attenti a scendere ad un'analisi ravvicinata dei particolari concreti della scienza del diritto privato, quel criterio di distinzione volto ad identificare la tendenza storica con

<sup>(364)</sup> Al di là dell'esteriorità delle forme, i suoi rapporti con Savigny furono sul piano scientifico assai freddi, anche a motivo del tono molto polemico dell'opera che doveva assicurare a Bruns la definitiva consacrazione, ovvero la monografia « *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und Gegenwart* », apparsa nel fatidico 1848. Per la reazione savignyana cfr. I. BRUNS, *Leben (von C. G. Bruns)*, in *Kleinere Schriften*, cit., pg. XIX.

<sup>(365)</sup> Si noti il sottile effetto di disarticolazione che un'interpretazione siffatta ingenera sul 'corpo' medesimo della Scuola, svuotando in pratica il significato che il suo lavoro tecnico aveva invece indubbiamente assunto: le parole del Nostro gettano un velo d'ombra su alcune tra le principali acquisizioni dogmatico-politiche savignyane.

<sup>(366)</sup> C. G. BRUNS, *loc. cit.*, pg. 3.

il conservatorismo politico e i sostenitori del cosiddetto diritto di ragione con il movimento liberale progressivo, gli è d'altro canto ben presente quel carattere di attraversamento sempre più orizzontale dei rispettivi fronti di schieramento che va assumendo il movimento dei 'codificanti' <sup>(367)</sup>.

Nondimeno la critica si appunta adesso particolarmente su Savigny, e sul Savigny della Vorrede al 'System', nella sua qualità di rappresentante di una romanistica che non è favorevole ad alcun *essenziale* mutamento *esterno* della situazione esistente, ma che ritiene si debba ancora procedere 'gradualmente' attraverso un approfondito studio del diritto romano e della consuetudine.

In parziale divergenza con quanto sostenuto poco prima nella sua recensione da Stein — allo scopo di sottolineare la distanza esistente tra il primo Savigny del *Besitz* e la carica progettuale del *System*, tentativo dettato anche dall'esigenza di porre l'autore in 'oggettiva' contraddizione con se stesso —, Bruns non riesce qui a scorgere una sostanziale differenza con le sue precedenti vedute sul diritto romano.

Neppure nell'identificazione del più urgente problema del presente con la separazione di teoria e prassi viene raggiunto un punto di osservazione superiore <sup>(368)</sup>, proprio perché questa identificazione costituisce solo l'artificio, il topos retorico atto a legittimare ancor più fortemente la riproposizione di una assimilazione del metodo dei giuristi romani, presso i quali quella 'naturale' unità non era ancora stata messa in discussione.

Ed è a questo punto estremamente significativo il tacito riaffiorare di uno dei caposaldi della critica gansiana alla Scuola Storica: essa tanto più irresistibilmente e frequentemente inclina a sostenere ipotesi così profondamente antistoriche, quanto più ostinato è il rifiuto ad ammettere un concetto di storia che coinvolga appieno anche la 'Storia universale', che riconosca la sussistenza di una 'welthistorische Entwicklung' della coscienza giuridica, o almeno sia in grado di far chiarezza sul suo significato e sulle sue conseguenze attuali.

---

<sup>(367)</sup> *Ibidem.*

<sup>(368)</sup> Sull'insieme di queste valutazioni del *Besitz*, vedi *infra*, cap. III, par. III e IV.

Che la traccia lasciata dal magistero hegeliano — direttamente, ma ancor più, e ci preme sottolinearlo, nella sedimentazione ed elaborazione da questo ricevuta sul piano specifico di una teoria civilistica — anche a livello della problematica del diritto romano attuale, non sia in via di affievolimento negli anni '40, ma al contrario suscettibile di assimilazione e di svolgimenti, è confermato dalla immediatamente successiva chiamata in causa, ad *autorevole* conferma, di contro al Savigny del 'System', della 'Theorie' di Kierulff: « Wir sagen da nichts Neues, und stehen nicht allein mit dieser Ansicht, namentlich hat noch Kierulff in der Vorrede zu seiner Theorie des Civilrechts mit treffenden Worten hervorgehoben, *wie Standpunkt und Aufgabe für unsere Rechtswissenschaft so total verschieden sind von der römischen, dass wir weder von den Römer ablernen können, wodurch sie sich auszeichnen, noch sie uns geben können, was wir nötig haben* »<sup>(369)</sup>.

Se quindi il punto di partenza e i compiti della scienza giuridica odierna sono così 'totalmente eterogenei' rispetto alla situazione 'naturale' dei giuristi romani, caratterizzata da un'assenza della 'teoria', da una padronanza certo dei principi generali tuttavia spogliati proprio di quell'elemento che li costituisce come scientifici — l'astratta riflessione<sup>(370)</sup> —, in qual senso dovrà ancora parlarsi di un rapporto tra la scienza attuale e il diritto romano?

Indubbiamente, pur prendendo le mosse da premesse assai diverse, anche Savigny aveva voluto predisporre una ripresa teorica che superasse le valutazioni 'contenutistiche' sostenute da certo giusnaturalismo con l'intendimento di individuare nel diritto romano una sorta di diritto naturale già fissato per iscritto; in questa prospettiva Bruns non esita a riconoscergli una maggiore profondità di sguardo, nell'aver cercato di scorgere il valore del diritto romano non già nel suo contenuto materiale di prescrizioni e positive disposizioni, ma solo nel metodo peculiare ai giuristi delle Pandette<sup>(371)</sup>.

---

<sup>(369)</sup> C. G. BRUNS, *loc. cit.*, pg. 4.

<sup>(370)</sup> *Ibid.*, pg. 9.

<sup>(371)</sup> Ci pare inutile in questa sede sottolineare ancora lo spessore fortemente hegeliano della terminologia impiegata da Bruns: il polo ne-

Una simile soluzione però, subito criticabile sotto il profilo attinente alla concezione di quel metodo — dal momento che Savigny non intende qui per metodo la forma esteriore della rappresentazione scientifica, ma la immediata visione (*Anschauung*) e restituzione dei rapporti concreti; una concettualizzazione di carattere istituzionalistico, che poteva esser resa plausibile solo sulla base della peculiare posizione storica del giurista romano: più che come metodo andrebbe designata quale espressione di un « *eigenthümlichen römischen Geist* »<sup>(372)</sup> — non è difendibile neppure nel suo momento più riposto, e tuttavia essenziale, fino a far passare in seconda linea la postulata unità di 'visione' e rapporto concreto<sup>(373)</sup>.

Di fatto è quella stessa separazione di contenuto e forma, tramite la quale unicamente può fondarsi la proposta savignyana, che è del tutto insoddisfacente.

L'interpretazione di Bruns è netta, e lo è tanto più perché il comune terreno del diritto romano attuale è per entrambi acquisito e non più disputabile: Savigny parte da una unità tra scienza romanistica e scienza attuale che è costituita sulla base dell'accentuazione storica di una continuità. Questa continuità coinvolge però, più che il nesso diritto romano-diritto attuale, la funzione della scienza, del mantenimento di un'omogeneità del metodo — è anti-storica, benché storicamente produttiva, perché tende a ricreare per il giusprivatista quella stessa condizione di privilegio che in Roma era 'naturalmente' e costituzionalmente data: a non riconoscere, di conseguenza, che fu in realtà il rinnovato e approfondito studio delle Pandette all'origine della scissione in corso tra teoria e prassi, come testimonia la ben maggiore vicinanza a quest'ultima degli studi germanistici —; singolarmente

---

cessariamente contrario — ed in negativo — non può che essere rappresentato dalla savignyana « *unmittelbare... Anschauung und Auffassung der concreten Verhältnisse* » (pg. 4).

<sup>(372)</sup> Già fin dalle inflessioni linguistiche si delinea distintamente il filo che corre da Kierulff verso Stein e Bruns, per poi trovare il suo apice in Jhering.

<sup>(373)</sup> Cfr. D. NÖRR, *Savignys Anschauung und Kants Urtheilskraft, Festschrift Coing zum 70. Geburtstag*, hrsg. von N. HORN, K. LUIG, A. SOLLNER, München, 1982, Bd. 1, pg. 622 ss.

tuttavia il primato della ' forma metodica ' romana non mediato da una consapevolezza a livello di Weltgeschichte ' inclina a rovesciarsi nell'affermazione che i risultati positivi ed ancor oggi utilizzabili sul piano contenutistico del diritto romano si lascino poi con facilità cogliere, senza necessità di una ulteriore formazione giuridica, puramente sul fondamento di una aprioristica ' retta ragione ', cioè in base all'elemento ' politico ' del diritto<sup>(374)</sup>: si traduce in ultima analisi in una nuova predominanza del contenuto sul metodo.

Non che venga in questione una liquidazione del diritto romano o del suo studio: l'accento deve piuttosto cadere ora sul come e sul cosa.

Ancora una volta l'avversario da battere è inizialmente il lato ' storico ' dell'indagine della prima Scuola Storica; lo strumento adeguato in assoluto non può essere che la ' Filosofia della storia ' (375).

Essa, e non la semplice *Geschichte*, è in grado di rispondere alla domanda che ogni romanista si pone: « Was haben wir eigentlich *im* römischen Rechte? » (376).

Esso ci sta di fronte, secondo Bruns, come uno stadio di sviluppo (Detailentwicklung) di una condizione della conoscenza giuridica e dei suoi principi, che per quanto si manifesti inadeguata al completo concepimento del ' concetto ' di diritto — la consapevolezza di questa insufficienza comincia a divenire elemento determinante della riflessione giuridica, come ci è stato confermato anche da Stahl — fintantoché si tratterà di sviluppare un ' diritto privato ', ne verrà a fornire i primi fondamenti: uno stadio di sviluppo dato una volta per sempre, e la cui finitezza, ma al contempo necessarietà quale componente di una superiore sintesi, solo da una filosofia della storia può esser dimostrata.

Quest'ultima, tuttavia, svolge un ruolo non da tutti riconosciuto e il peso dell'attenzione deve a preferenza slittare su di un compito altrettanto irrinunciabile: il chiarimento di questi principi e del loro sviluppo a conseguenze attuali.

---

(374) C. G. BRUNS, *Über Gegenwart*, cit., pg. 6.

(375) *Ibidem*.

(376) *Ibid.*, pg. 5.

Una volta scartata l'« armonia prestabilita » savignyana tra contenuto e razionalità del presente, non si potrà non riconoscere che qui non abbiamo a ricercare singoli, isolati e particolari principi, ma che l'elevata rilevanza del diritto romano si gioca piuttosto a livello dell'intera teoria giuridica, di quella « tecnica del diritto », come l'aveva appropriatamente qualificata Savigny. Si tratta insomma di una rigorosa determinazione e delimitazione dell'ulteriore sviluppo dei concetti giuridici, laddove l'astrazione dal dato positivo e il procedere *speculativo* a priori possono e debbono operare congiuntamente.

Ecco che allora la funzione del diritto romano nella infinita varietà delle sue concrete determinazioni si *riduce* a quella di un medium privilegiato, di un *mezzo* atto, persino nei molteplici difetti — e non solo quelli che sorgerebbero da un paragone con la coscienza giuridica contemporanea, ma anche dai suoi medesimi sviluppi storicamente peculiari, carenti o incompiuti — a far scaturire la critica, a rendere attento il giurista anche ai poco significativi, falsi od unilaterali progressi della speculazione o all'andar troppo oltre del processo di generalizzazione astrattizzante. Questo elemento tecnico, sottratto alla sua immediata validità legislativa, rimane consegnato, di fronte ad una teoria che procede largamente indipendente, alla posizione di egida protettiva: « Ist es nicht das Wesen unser ganzen. Theorie, abstracte Begriffe und Principien zu suchen, aufzustellen, ins Einzelne zu entwickeln und das römische Recht dabei fortwährend als Anhalt, Prüfstein, Beweis, Vertheidigungs und Angriffsmittel zu gebrauchen? »<sup>(377)</sup>.

Ma la caratterizzazione in questi termini « subalterni » della più profonda « significatività » del diritto romano, allo scopo di poter costruire una teoria che pur non originandosi *direttamente* dalla prassi — lontana quindi da illusioni conciliative, in realtà tese a riaffermare un dominio incontrastato della prima — fosse tuttavia in grado di offrire alla prassi un solido fondamento ad essa non contrastante, doveva condurre ad un rapporto « del tutto diverso da quello voluto da Savigny » tra giurista e diritto romano.

Se non si tratta più di un eterno avvicinamento ad un ideale metodologico dal giurista romano perfettamente incarnato, bensì

---

<sup>(377)</sup> *Ibid.*, pg. 7.

olo di una continua elaborazione di nuovi principi sotto la ' copertura ' del diritto romano, allora questo lavoro ha in Bruns <sup>(378)</sup> in suo scopo preciso, anche se sarà la storia a stabilire il momento — più vicino di quanto coloro che discettano di una pre-unta ' immaturità ' dei tempi si possano attendere — nel quale ale ' obbligo ' verrà ad approdare a definitivo compimento: quel oronamento sarà costituito da una scienza che, rafforzatasi sotto la protezione ' del diritto romano, sia ricollocata « auf die eigenen... starkten Füße » <sup>(379)</sup>, sia quindi capace a sua volta di sottrarre i quest'ultimo ogni sua residua e immediata validità legale, per sviluppare finalmente una sua attività completamente ' autonoma '.

La proposta di Bruns si sarebbe tuttavia rivelata in certo qual nodo parziale, se si fosse limitata a sostenere questo nuovo tipo di esigenza solo ' internamente ' al ramo romanistico: indubbiamente il criterio dell'attualità viene qui presentato — come già accadeva per Kierulff, Stein o Christiansen — nelle vesti di un primato tendenzialmente assoluto della scienza attuale del diritto privato (dei suoi concetti) *sul* diritto romano inteso come puro strumento; ma questa chiarificazione non è ancora di per sé in condizione di mettere del tutto in luce le mutate forze in gioco, i mutati compiti della scienza, lo spazio ch'essa deve ormai abbandonare ad un'altra fonte produttiva.

Non a caso si deve parlare di mutate forze in gioco: la Scuola Storica « fondamentalmente solo romanista » non ha più di fronte uno studio storico del diritto germanico privo di autonomia e ai suoi primi passi; di più, non si tratta neppure, come vorrebbe Bluntschli <sup>(380)</sup>, una volta stabilito contro Savigny <sup>(381)</sup> che è la ricchezza materiale-contenutistica del diritto romano e non la sua pura forma metodica che va salvaguardata, di istituire un'ingenua comparazione tra i due diritti, fondati sull'osservazione che il primo possenga venature di maggiore rigidità formale e sicurezza per-

---

<sup>(378)</sup> Per le analogie e le dissimiglianze rispetto alle soluzioni adottate dagli altri giuristi assegnabili ad un'orbita hegeliana ci permettiamo sin d'ora di rinviare al cap. III.

<sup>(379)</sup> C. G. BRUNS, *loc. cit.*, pg. 7.

<sup>(380)</sup> J. K. BLUNTSCHLI, *Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen*, Zürich 1862<sup>2</sup>, pg. 26.

<sup>(381)</sup> C. G. BRUNS, *loc. cit.*, pgg. 8-9.

ché costituito su di una ' absolute Herrschaft ', mentre il secondo a causa anche delle numerose gradazioni nel concetto di capacità giuridica venga a dotarsi di una maggiore molteplicità di prospettive, seppure, nella sua vicinanza al campo della morale, di una maggiore vaghezza <sup>(382)</sup>.

Se ci si offre invece la possibilità di ricavare « aus der Vereinigung der beiden Rechte der Organismus des bestehenden Rechtes » <sup>(383)</sup>, è proprio perché ci si può adesso rendere conto che non si tratta di paragonare i due diritti astraendoli al di fuori di un nesso che di nuovo solo la filosofia della storia è in grado di afferrare, « und nun dem einen *hier*, dem andern *da* ein bene oder ein male anzustreichen »; l'indicazione che essa ci fornisce permette di chiarire che la linea differenziale non corre soltanto attraverso una diversa trattazione dei medesimi concetti giuridici, ma nello sviluppo di lati del diritto *completamente diversi*.

Il compito è allora, per dirla con Hegel — e qui Bruns tenta di attirare in questa prospettiva e di collocare sullo stesso piano anche la « interna necessità del corso della storia » quale Savigny la concepiva — quello di « ricercare nella realtà il nucleo della razionalità e, una volta individuato, di portarlo ad ulteriori sviluppi » <sup>(384)</sup>.

Per superare quel *dualismo*, proseguente nel presente a causa di una sopravvalutazione del valore del diritto romano, « statt es bloss als der *erweiternde Rechtsmoment* zu betrachten », come si esprimerà poco più tardi B.W. Leist <sup>(385)</sup> in accenti simili, perorando « ein gemeines positives Recht in der civilisierten Mens-

<sup>(382)</sup> *Ibid.*, pgg. 9-10.

<sup>(383)</sup> *Ibidem*.

<sup>(384)</sup> C. G. BRUNS, *loc. cit.*, pg. 9.

<sup>(385)</sup> Nel panorama di una generazione che poteva vantare i nomi illustri di un Mommsen, appunto di Bruns, e poi di Jhering, Windscheid, Wetzell, Karl Adolf Schmidt, il giovane Brinz, Otto Bähr e Adalbert Delbrück, anche ad un giurista apparentemente appartato come B. W. Leist spetta un posto di notevole rilievo; meglio di quanto non sia ancora riuscito alla storiografia odierna, proprio un pandettista estremamente attento alle origini culturali delle modalità d'intervento peculiari alla romanistica del suo tempo, poté avvertirne la rilevanza: E. I. BEKKER, *Burkard Wilhelm Leist unter seinen Aequalen*, Weimar, 1907 (cfr. spec. pg. 23 ss. per le divergenze da Savigny).

zeit » <sup>(386)</sup>, che, facendo cadere la pregiudiziale assoluta a favore della scienza o del codice permettesse un 'attualità' libera dal misurare la vigenza di un principio sull'esser quest'ultimo contenuto o meno nel *Corpus iuris*, per superare quel dualismo, dicevamo, ancora l'analisi hegeliana conduce Bruns, da romanista, su di una via non a caso anticipatrice per certi versi delle soluzioni che farà sue Otto von Gierke — pure lui operante con stilemi hegeliani <sup>(387)</sup> —, il Gierke del 'diritto sociale'.

L'elemento che fa difetto nel diritto romano è infatti quella distinzione tra Stato e società che subito si ricompone in una « articolazione organica » <sup>(388)</sup> e nello sviluppo dei diversi ceti e dei loro diversificati diritti <sup>(389)</sup>.

È allora evidente che siamo dinnanzi a tre livelli nei quali il discorso giuridico può distinguersi, livelli chiamati però ad interagire. Nel diritto romano non abbiamo come residuo « nicht als das reine Privatleben, im Rechte der Begriff der abstracten Persönlichkeit » <sup>(390)</sup>; esso cioè giunge ad identificare nell'astratto valore dell'uomo come soggetto di diritti patrimoniali il fondamento formale e il presupposto di tutto il diritto, ma non coglie che questo dato 'privato', non è in grado di abbracciare né l'elemento statual-pubblicistico né quell'ulteriore articolazione organica di Stato e società quale è fornita dall'influenza dei rapporti sociali, dalle *modificazioni* sociali alle quali quel punto di vista giuridicamente formale deve sottostare: « so z.B. wird der abstracte Begriff des Eigenthums, des Pfandrechts vortrefflich entwickelt, aber

---

<sup>(386)</sup> Cfr. B. W. LEIST, *Ueber die Entwicklung eines positiven gemeinen Rechtes in der civilisirt Menschheit*, Basel, 1846, spec. pg. 26 ss.; ID., *Ueber die dogmatische Analyse römischer Rechtsinstitute*, Jena, 1854, spec. pg. 65 ss.

<sup>(387)</sup> Si veda per alcuni accenni, che possono costituire già il primo abbozzo di un programma di ricerca, G. DILCHER, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein 'Juristensozialismus' Otto von Gierkes?*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4 (1974-1975), vol. 1, pgg. 339-345, spec. pg. 332, nota 56.

<sup>(388)</sup> C. G. BRUNS, *loc. cit.*, pg. 11.

<sup>(389)</sup> Cfr. *ibid.*, pg. 12.

<sup>(390)</sup> *Ibid.*, pg. 11. L'autore si reputa legittimato ad adoprare quest'espressione 'modernizzante', dal momento che « anche Savigny l'ha adoperata » (si veda *ivi*, la nota 5).

von einer Berücksichtigung der materiellen socialen und staatlichen Bedeutung des Grundeigenthums, von einer Behandlung des Pfandrechts nach den Principien des öffentlichen Credits ist keine Rede und so durch alles durch » (391).

È nel diritto tedesco invece che noi possiamo identificare gli altri due livelli che vanno oltre il puro elemento patrimoniale nella sua astrattezza, lo sviluppo dei rapporti sociali e statuali e il loro rispettivo influsso sul diritto privato (392), proprio perché in esso i concetti di società, ceti, e Stato trovano la loro collocazione naturale: « I fondamenti astratti, formali del diritto, i concetti generali, le singole specie dei diritti in sé, vengono valutati secondo i principi romani; il diritto tedesco invece contiene la configurazione della nostra situazione sociale, nella misura in cui essa appartenga e sia inclusa nel diritto privato, e l'influsso che questa e i rapporti statuali esercitano sul diritto privato ».

Per quanto sussistano anche alcune divergenze (393), ci possiamo così render conto che Bruns viene ad avvicinarsi su questo punto a posizioni analoghe a quelle che erano state sostenute, ad esempio, da Wächter; il sistema attuale del diritto non viene ad essere costituito da un processo di 'Absonderung' delle sue varie componenti: è certamente vero che « i Germanisti non possono utilizzare un altro concetto di diritto, azione, proprietà, ipoteca, obbligazione, contratto, torto, tutela, testamento, legato, diverso da quello al quale il diritto romano ha, sovente in modo magistrale, dato forma » (394). Tuttavia ciò non può assolutamente significare che per le attuali condizioni sociali sia accettabile che l'astratto concetto di proprietà, con le conseguenze in esso implicite, diventi senz'altro il fondamento dei diritti reali o che l'astratto concetto dell'obbligazione debba esserlo « in abstracte Trennung, die des Vertrags und Verkehrs », o ancora che in determinate situazioni

(391) C. G. BRUNS, *loc. ult. cit.*

(392) *Ibid.*, pgg. 12-13.

(393) Esse emergono soprattutto nell'articolo successivo apparso nel 1853, come voce della *Ersch u. Grüber's Encyklopädie* (Erste Section LVII, pgg. 208-220), intitolato *Gemeines Recht*; poi ripubblicato in *Id., Kleinere Schriften*, cit., Bd. 1, pg. 20 ss. (cfr. *ivi* nota 1, pg. 21).

(394) C. G. BRUNS, *Über Gegenwart*, cit., pg. 12.

la potestà dispositiva o reivindicatrice competente al proprietario non possa venir limitata, ammessa la costituzione reale di obbligazioni e così via <sup>(395)</sup>.

Il concetto (romano) astratto di per sé solo non costituisce il sistema del diritto attuale senza le *modificazioni* a cui esso viene sottoposto « von Standpunkt unser socialen und staatlichen Entwicklung » <sup>(396)</sup>.

Il romanista deve quindi cessare di ritenere che, quand'egli elabora un sistema dell'« attuale » diritto, abbia con ciò prestato già il tutto. Ha davanti a sé così solo una parte dell'intero: essa non si segnala neppure per la sua completezza sistematica, perché egli deve necessariamente colmare la lacune di quel sistema tramite il diritto tedesco <sup>(397)</sup>.

Nondimeno a Bruns è completamente chiaro che una simile unitarietà non può esser garantita sul puro piano scientifico: la scienza al massimo potrebbe fornire il concetto esterno di questo sistema attuale che lascerebbe però, materialmente e formalmente, i due campi alla loro diversificazione, ma non ne potrebbe mai venire a costituire il criterio formale interno.

Ecco perché abbiamo ora una decisa presa di posizione a favore della codificazione.

Una lettura che separasse questa presa di posizione dal problema del diritto (‘ romano-germanico) attuale potrebbe indubbiamente scorgervi il tentativo di imbrigliare la capacità innovativa delle codificazioni nel senso della tradizione della Scuola Storica e, ad un tempo, un'avvicinamento teorico di quest'ultima al concetto di codificazione; ed è lettura che coglie indubbiamente un elemento importante: Bruns si batte vigorosamente contro quanti ritengono i tempi non maturi o anche paventano la codificazione come tomba della scienza <sup>(398)</sup>, proprio rovesciando in positivo il punto di partenza di quella critica.

La codificazione si presenta cioè non come qualcosa di innovativo o arbitrario — il compito del codice non si lascia confon-

---

<sup>(395)</sup> *Ibid.*, pg. 13.

<sup>(396)</sup> *Ibidem.*

<sup>(397)</sup> *Ibid.*, pg. 20.

<sup>(398)</sup> *Ibid.*, pg. 18.

dere « mit Aenderungen im Materiellen des Rechtszustand »<sup>(399)</sup> — ma come un semplice stadio nel processo naturale dello sviluppo storico, che può essere compreso soltanto nel suo rapporto con il passato<sup>(400)</sup>.

In ogni caso, almeno in Bruns, non si può parlare a nostro avviso semplicemente di recupero della codificazione all'interno delle concezioni della Scuola Storica — e si ricordi, del resto, sul tema la citata presa di posizione di Hegel; anche a questo riguardo troviamo conferma che la parentela è assai più con le posizioni di un Wächter: il codice come soluzione delle antinomie in cui la scienza del diritto romano attuale non poteva non coinvolgersi alla ricerca di un criterio formale di se stessa.

Non sorprenderà allora che Bruns, appellandosi alla storia come 'tribunale' e alla consapevolezza di come profondamente il diritto privato 'peschi' nel diritto pubblico — di fronte alla difficoltà storica, in difetto di un'unificazione politica, di poter superare con un codice formalmente generale le sovranità di tutti gli Stati tedeschi e le particolarità dei loro diritti privati strettamente connesse a più livelli alle singole costituzioni — si dichiari favorevole, come ad un primo stadio già suscettibile di realizzazione, ad una codificazione dei diritti particolari a ciascuno Stato<sup>(401)</sup>.

Le finalità per le quali essa viene caldeggiata sono allora assai diverse da quelle che un aderente alla Scuola avrebbe voluto proporsi.

Innanzitutto si tratta di elevare la storia del diritto dalla sua condizione di strumento subordinato per una dogmatica rivolta all'applicazione, al livello di una vera scienza completamente autonoma accanto alla filosofia del diritto<sup>(402)</sup>.

Il mutamento però di maggior rilievo ed estremamente vantaggioso per lo studio del diritto romano consiste proprio nella perdita da parte di quest'ultimo della sua immediata validità e vi-

<sup>(399)</sup> *Ibid.*, pg. 14.

<sup>(400)</sup> *Ibid.*, pg. 19.

<sup>(401)</sup> *Ibid.*, pgg. 15-16.

<sup>(402)</sup> Cfr. su questo tipo di prospettive la già citata recensione siglata verosimilmente da Stein sugli *Hallische Jahrbücher* a proposito dei volumi di Kierulff e Warnkönig, su cui avremo occasione di soffermarci più approfonditamente a suo luogo.

genza pratica: è scongiurato così quel pericolo che Gans identificava in un'attualizzazione immediata, 'diretta' del diritto romano<sup>(403)</sup> e vengono a dimettere il loro ruolo per la scienza una notevole quantità di controversie, specialmente attinenti ad alcune costituzioni degli ultimi imperatori, che, pur lontane dal rivestire dignità scientifica, venivano necessariamente agitate, dovendosi pur tuttavia giungere a una loro decisione in vista delle esigenze della pratica applicazione. Ma soprattutto i romanisti dovranno ora ricavare « die Praxis ihrer Rechtsbegriffe » direttamente dai codici; la giurisprudenza dovrà farsi necessariamente 'comparazione' (Vergleichung), superando al contempo, questa volta realmente, il ritardo che la separa dalla nuova configurazione che molti rapporti hanno subito e che al teorico romanista di regola restano sconosciuti, proprio perché determinati da una messe di leggi e disposizioni delle normazioni particolari o direttamente dalla prassi giurisprudenziale.

Comparazione, dicevamo, poiché non sarà sufficiente riferirsi ad un solo codice ma bisognerà invece tenerli presenti possibilmente tutti; ogni deviazione dal diritto romano sarà utile a farlo meglio comprendere nel suo reale significato e ancor più a render capaci « das moderne Recht seinem eigenen Geiste gemäss zu behandeln und *weiter* zu bilden »<sup>(404)</sup>.

Il periodo dei *Particulargesetzbücher* come periodo di transizione verrà in sostanza ad incarnare quel criterio formale di unitarietà che la scienza, pur non cessando di ricercare un sistema completo e attuale, non era in grado di assicurare definitivamente; sarà garantito così al romanista quell'organismo unitario delle due diversificate fonti, che può costituire il punto di riferimento integratore delle lacune del sistema del diritto romano attuale, ma molto più verrà a far parte della scienza del diritto comune un elemento essenziale per la successiva produzione del diritto, fino a questi anni '40 però quasi completamente assente, il momento legislativo<sup>(405)</sup>.

---

<sup>(403)</sup> Cfr. *supra*, § 2, sub b).

<sup>(404)</sup> C. G. BRUNS, *Über Gegenwart*, cit., pg. 19.

<sup>(405)</sup> Cfr. H. H. JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung*, cit., pg. 63 ss.

Ci pare così ribadito che un tale dibattito non costituisca solamente una messa a punto marginale e laterale in filoni sin qui quasi del tutto trascurati dalla ricostruzione storiografica quali quello dei 'pandettisti pratici' o della riflessione giusprivatistica dei giuristi legati all'hegelismo; non sarà motivo di stupore osservare allora come proprio un giurista e romanista che ebbe successivamente più volte occasione di manifestare la sua 'Schultreue' <sup>(406)</sup> senta, intorno alla seconda metà degli anni '50, l'esigenza di trarre le fila e di portare a compimento molti degli spunti in esso contenuti: alludiamo a Bernard Windscheid <sup>(407)</sup>.

Nel 1854 in un discorso celebrativo per l'università di Greifswald, dedicato a « Diritto e scienza giuridica » <sup>(408)</sup>, prendendo le distanze dall'epoca nella quale il diritto romano in Germania era considerato *il diritto sic et simpliciter* <sup>(409)</sup>, Windscheid, ormai conscio che la legislazione ha assunto il ruolo quasi di unica fonte <sup>(410)</sup>, poteva affermare: « das Recht, welches wir haben, welches wir bilden, ist nicht das Recht. Es gibt für uns kein absolutes Recht » <sup>(411)</sup>.

Per lui, come per Bruns, il diritto romano acquista valore soprattutto nella sua configurazione materiale <sup>(412)</sup>; accanto ai concetti giuridici romani deve esserci posto per altre verità. Non solo, ma pur riconoscendo che numerose sezioni del diritto romano sono per la loro gran parte indipendenti dalle particolarità dei rapporti

<sup>(406)</sup> Si veda ad esempio il suo intervento del 1879: B. WINDSCHEID, *Festrede zum Gedächtnis von Savigny. Gehalten in der Aula der Universität Leipzig am 21. Februar 1879*, in Id., *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, hrsg. von P. OERTMANN, Leipzig, 1904, pg. 81 ss.

<sup>(407)</sup> Singolarmente la letteratura sul più accreditato e celebre pandettista di Germania non si presenta affatto nutrita e un'indagine esaustiva rimane ancora tra i *desiderata*. Si veda comunque F. WIEACKER, *Bernhard Windscheid*, in Id., *Gründer und Bewahrer*, Göttingen, 1959, pgg. 181-196, nonché E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1963<sup>4</sup>, pgg. 591-621.

<sup>(408)</sup> B. WINDSCHEID, *Recht und Rechtswissenschaft, Greifwalder Universitäts-Festrede (1854)*, in Id., *op. cit.*, pg. 3 ss.

<sup>(409)</sup> *Ibid.*, pg. 15.

<sup>(410)</sup> *Ibid.*, pg. 11.

<sup>(411)</sup> *Ibid.*, pg. 9.

<sup>(412)</sup> *Ibid.*, pg. 21.

per i quali erano state pensate e dalle concezioni che li informavano, si deve giungere alla conclusione che a maggior ragione sia qui necessario procedere con raddoppiata cautela, per impedire che singoli elementi non vitali vengano a far parte della dottrina attuale: la rappresentanza nella conclusione dei negozi giuridici, il contratto a favore di terzi, la cessione dei crediti, il fatto che si parli ancora di *actio* invece che di *Klage* e diritto soggettivo, sono solo alcuni degli istituti controversi, che testimoniano dell'arretratezza nella quale la dottrina ancora si dibatte, spesso a motivo del fatto che « l'elemento realmente attuale ed applicabile è frequentemente involuppato sotto vesti specificamente romane, che certo costituiscono qualcosa di esterno, ma che ciò nonostante oscurano il suo peculiare profilo »<sup>(413)</sup>.

È incredibile, prosegue Windscheid « in wie fremder Gestalt in unseren Lehrbüchern noch das *Heutige* römische Recht auftritt »<sup>(414)</sup>.

Si tratta però anche d'altro: è necessario che sia superato quell'« Übelstand » ingenerato dal mancato collegamento del nucleo vitale del diritto romano a livello di rappresentazione scientifica con il diritto 'specificamente' tedesco, proprio perché esso « kommt für uns nur in Betrachtung weil es deutsches, nicht weil es römisches Recht ist »<sup>(415)</sup>.

Windscheid giunge così ad esprimere dettagliatamente quel criterio dell'attualità che sempre più esige un processo di 'purificazione' (Reinigung) e di 'Verdeutschung': « Wie weit man übrigens auch in diesem Streben gehen mag, für die praktische Anwendung wird, wenn nicht eine heillose Verwirrung entstehen soll, unter allen Umständen festgehalten werden müssen, dass das römische Recht so lange zu Anwendung gebracht werden muss, wie es im Corpus iuris enthalten ist, als sich nicht dartun lässt, das seine Sätze wegen Mangels der Verhältnisse, auf welche sie sich beziehen, oder weil sie auf einem weggefallenen römischen Prinzip beruhen, oder weil sie mit einem Grundprinzip der heutigen Rechtsordnung in Widerspruch stehen, unanwendbar, oder

---

<sup>(413)</sup> *Ibid.*, pgg. 22-23.

<sup>(414)</sup> *Ibid.*, pg. 22.

<sup>(415)</sup> *Ibid.*, pg. 23.

dass sie durch eine entgegenstehende Rechtsquelle aufgehoben sind »<sup>(416)</sup>.

È lo stesso 'cauto' e 'conservatore' Windscheid ad indicarci tra la fine degli anni '30 e i primi anni '40 l'inizio per il diritto romano in Germania di un periodo nuovo ed ad individuarne nella filosofia hegeliana, « die sich tief in der Bewusstsein der Gebildete gesenkt hatte », una delle componenti<sup>(417)</sup>; ed anche un pandettista come lui alieno da speculazioni filosofiche sembra risentire di questo clima proprio in relazione al tema del diritto romano attuale<sup>(418)</sup>.

Questo atteggiamento deve essere perseguito con coerente rigorosità<sup>(419)</sup> proprio perché il giurista non deve perdere di vista il fatto « che furono i giuristi tedeschi che recepirono il diritto romano e non il popolo tedesco »<sup>(420)</sup>: di fronte alla giustificazione della Scuola Storica ch'essi costituissero i naturali rappresentanti del popolo per quanto avesse riguardo ai problemi giuridici — opinione che implicitamente veniva a negare o ad accantonare così l'esigenza di quel processo: acutamente Muther doveva poi rimproverargli<sup>(421)</sup>, nel corso della polemica sull'*actio*, di essersi fatto influenzare, non solo esteriormente sul piano programmatico, ma

---

<sup>(416)</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main, 1906<sup>9</sup>, bearbeitet von T. KIPP, pgg. 61-62: « Per quanto in là si possa del resto andare in questa tensione [verso una tale *Verdeutschung* del diritto romano], per l'applicazione pratica si dovrà in tutti i casi tener fermo, affinché non debba insorgere un irrimediabile caos, che il diritto romano deve essere applicato così come esso ci è offerto nel Corpus iuris, almeno fintantoché non si lasci accertare che le sue proposizioni giuridiche sono inapplicabili a causa della mancanza dei rapporti ai quali essi si riferiscono, oppure perché si appoggiano ad un principio romano ormai venuto a cadere, od ancora perché esse si trovano in collisione con un principio fondamentale dell'attuale ordinamento giuridico; od infine ch'esse sono state rese invalide mediante una fonte giuridica contrapposta ».

<sup>(417)</sup> B. WINDSCHEID, *Das römische Recht in Deutschland* (1858), in *Id.*, *Rede*, cit., pg. 42.

<sup>(418)</sup> *Ibid.*, pg. 46.

<sup>(419)</sup> *Ibid.*, pg. 43.

<sup>(420)</sup> Cfr. *ibid.*, pg. 30 ss.

<sup>(421)</sup> Vedi sul punto J. SCHRÖDER, *Bernhard Windscheid*, in J. SCHRÖDER, G. KLEINHEYER, (hrsg.), *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg, 1983<sup>2</sup>, pg. 302.

nella stessa realizzazione dogmatico-giuridica di quella ‘ purificazione ’, dalle posizioni di un Beseler — Windscheid poteva replicare che non era questo il caso; e, con Bruns, che anche laddove il diritto romano materialmente si trovasse in accordo con la coscienza giuridica tedesca, di fatto esso rimaneva troppo spesso inutilizzabile per la sua forma: « Sì, i giuristi tedeschi hanno peccato, quand’essi hanno introdotto in Germania il diritto romano a quell’assoluta dominanza nel modo in cui è accaduto. Certo non hanno peccato la loro colpa, ma la colpa del loro tempo; o, ancor meglio: non essi hanno peccato, bensì in loro la Storia ha peccato. Poiché anche la Storia erra, — non però nella sua totalità; *nella sua Totalità essa è la Verità* »<sup>(422)</sup>.

Ciò significa, in altre parole, che il processo di purificazione viene in ultima analisi a scavare un solco profondo proprio a livello della vigenza: se è vero che « man hat nur die Wahl, ob man gereinigtes römisches Recht haben will oder ungereinigtes, nicht aber, ob man römisches Recht haben will oder kein römisches Recht »<sup>(423)</sup>, allora Windscheid concepisce ed antivede chiaramente — come l’avevano del resto capito Kierulff e Bruns — che il « diritto romano purificato » otterrà definitivamente quel ruolo che gli compete solo nel momento in cui « die Herrschaft des Corpus iuris in Deutschland beseitigt sein wird »<sup>(424)</sup>, nel momento in cui « la considerazione del diritto romano come tale, del diritto romano *puro* », che è cosa assai diversa, acquisterà valore esclusivamente accademico-formativo, senza più avanzare la pretesa, « die törichte Überhebung, die allen Rechtstoff unter das Mass der römischen Begriffe beugen will »<sup>(425)</sup>: nel momento in cui quindi diritto romano attuale e diritto romano puro divengano definitivamente due realtà eterogenee e non frammiste.

La scienza ormai deve preparare questo ‘ risultato ’ senza poter essa stessa stabilire per quali canali — siano essi una lenta prassi giurisdizionale o un atto di legislazione — quella forza di legge del diritto romano verrà eliminata<sup>(426)</sup>; la sua riuscita si mi-

<sup>(422)</sup> B. WINDSCHEID, *loc. ult. cit.*, pg. 45.

<sup>(423)</sup> *Ibid.*, pg. 46.

<sup>(424)</sup> *Ibid.*, pgg. 46-47.

<sup>(425)</sup> *Ibid.*, pg. 48.

<sup>(426)</sup> *Ibidem*.

surerà solo nella sua duplice capacità ad elidere ogni elemento 'puro' dal sistema del diritto e a preparare così la via affinché altri possa procedere a mettere da parte il 'diritto romano puro' nella sua totalità.

La costruzione di un diritto romano attuale si è rivelata, in altri termini, suscettibile di molti possibili approcci ed il permanere stesso dell'incandescenza problematica ne manifesta in ogni caso la centralità per intere generazioni di giuristi; la consistenza delle critiche e degli aggiustamenti alle quali l'abbiam vista sottoporre — la stessa identificabilità di essa con la categoria di un diritto privato romano-*borghese* — non possono tuttavia esser verificate senza approfondire alcuni degli elementi che dal dibattito stesso sono scaturiti: in particolare, se abbiamo visto giusto, se cioè la connessione tra ricerca di un criterio dell'attualità — ricerca che prendendo le mosse secondo i canoni storiografici della 'Scuola Storica' da un concetto di esso a carattere 'materiale' tende, a partire dagli ultimi anni '30, a verificarne sempre maggiormente l'insufficienza —, tra processo di 'purificazione' e ruolo della legislazione non si manifesta puramente esteriore, ma è d'intima implicazione e temporalmente determinata, allora è necessario indagare più a fondo i vari stadi di consapevolezza e di organizzazione sistematica, nei quali quel diritto romano attuale si articolò. Di come e per quali finalità 'ideologiche' si sia cioè giunti ad intenderlo in qualità di diritto prevalentemente privato e autonomo lentamente 'separandolo' dalle altre discipline alle quali inizialmente si presentava frammisto; se questa 'liberazione' subì degli arresti o delle involuzioni; se il delinarsi di una concezione sovrastrutturale dello Stato ne determinò delle svolte: in una parola, quale ruolo giocarono — come rettamente aveva veduto Stein, fin dalla seconda metà del Settecento — le distinzioni *ius civile*, *ius privatum*, *ius publicum*, *Staatsrecht* nella costruzione di quel concetto; quali spostamenti insomma ebbero lentamente a subire quelle 'Beschränkungen' di savignyana memoria.

## CAPITOLO SECONDO

### IUS PUBLICUM IN IURE PRIVATO

1. 'Postilla' inattuale: 'separazione Stato-società' o auto-differenziazione intrasistematica alle origini di una dicotomia? — 2. Il contributo del tardo Settecento: a) Nettelblatt e il diritto privato dei Principi; b) L'idea del diritto privato 'puro'. — 3. Diritto privato e *ius publicum* nel *Civilistischer Cursus*. — 4. Per un'analisi del 'dualismo' pubblico-privato nella manualistica della '*Pandektenwissenschaft*': 'Enciclopedia e dottrina dello Stato? Cenno e rinvio.

1. Diritto pubblico *nel* diritto privato: chi si serva di formule similmente compendiose od allusive, soggiace in ogni caso con evidenza all'onere di un 'dispiegamento', ancorché esso possa ragionevolmente svolgersi solo per accenni <sup>(1)</sup>.

---

(1) Potrà forse valere a più che semplice curiosità erudita ricordare come, fin dagli inizi del 17° secolo, si iniziasse nei territori germanici quel processo di emancipazione dello *ius publicum* dalla contemporanea civilistica sul piano della autonomia accademica, che nel 1682 poteva trovare esplicita e peculiare risonanza nell'argomento medesimo della lezione inaugurale dell'ordinario di fresca data per l'insegnamento delle Istituzioni e *Ius Publicum* nella facoltà di Strasburgo Ulrich Obrecht: *De connexione iuris privati et publici* (23. April 1682, ristampa in U. OBRECHT: *Academica in unum volumen collecta*, Argentorati, 1704, *Oratio IV*, pg. 15 ss.); della vicenda dà notizia M. BULLINGER, *Öffentliches Recht und Privatrecht. Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung* (Res publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, hrsg. von F. FORSTHOFF, Band 17), Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968, pg. 8.

Sul tema della 'emancipazione' nella sua fase iniziale è comunque da vedere R. HOKE, *Die Emanzipation der deutschen Staatsrechtswissenschaft von der Zivilistik im 17. Jahrhundert*, in *Der Staat*, Bd. 15 (1976), pgg. 211-230. Tutta una serie di utili sollecitazioni, con uno spettro geografico a raggio in ogni caso più ampio, si rivengono nel pur breve saggio di G. CHEVRIER, *Droit Public - Droit privé*, in *Acta Instituti Upsaliensis Jurispru-*

In breve, si tratta allora di apporvi una postilla — ben altri-  
menti che conclusiva, ma, se ci fosse per un attimo consentito il ri-

---

*dentiae Comparative*, editit ÅKE MALMSTRÖM, IX. *Rapports Généraux au VII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*. (Uppsala 6-13 août 1966). Publiés sous la direction de STIG STRÖMHOLM, Stockholm, 1968, pgg. 37-41; ovviamente meno significativo il contributo di A. BERNÁDEZ CANTON, *Droit public - Droit privé en droit canonique*, accessibile soltanto come *Résumé*, *ibid.*, pg. 42.

L'evoluzione differenziata delle due discipline va in parte ricondotta al diversificato atteggiamento assunto dalla giurisprudenza in tema di recezione, dacché, come è noto, fu in generale contestato l'avvenuto recepimento delle disposizioni romane riguardanti lo 'Staatsrecht': sulla mancanza di una unitaria coerenza normativa e dottrinale conseguente ad una simile presa di distanza si interrogava ancora P. LABAND, *Über die Bedeutung der Rezeption des römischen Recht, Rektoratsrede*, Strasburgo, 1918, pg. 24 ss. Ulteriore letteratura sarà presa in considerazione nel corso dell'indagine; si faccia comunque sin d'ora capo alla riflessione risalente, ma ancor oggi utilizzabile di G. VON BELOW, *Die Ursache der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland*, Aalen, 1964 (Neudruck der Ausgabe München, 1905).

Sarà forse il caso di osservare, sotto un profilo più generale, che il fascino medesimo dell'impostazione savignyana, volta a sottolineare soprattutto il valore di modello formale assunto per lui dal diritto romano recepto — « Über den materiellen Wert des römischen Rechts können die Meinungen sehr verschieden sein, aber über die hier dargestellte Meisterschaft der juristischen Methode sind ohne Zweifel alle einig, die hierin eine Stimme haben » (*Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, in questo caso citato secondo la terza edizione, Freiburg/Br., 1840, pg. 35) —, al quale gli storici si sono sottratti in misura certo non relevantissima, ha impedito una più accurata e puntuale analisi del rapporto della romanistica d'impronta pandettistica con le specifiche fonti da essa trascelte, che, perlomeno nel settore che stiamo affrontando, si rivela tutt'altro che secondario (argomento ex G. HUFELAND, *op. cit. infra*, sub nota 21, pg. 54). In realtà la stessa affermazione savignyana tendeva irenicamente a celare proprio uno dei punti su cui il contrasto si era fatto più pressante: basterebbe richiamare l'opinione circostanziata di un N. Th. von GÖNNER, *Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*, Erlangen, 1815, pg. 84, secondo il quale il merito principale del diritto romano sarebbe consistito essenzialmente nel suo contenuto materiale, « über die [die Materie] wir sogar die Fehler der legislativischen Form willig nachsahen ». Accenti similari anche in A.F.J. THIBAUT, *Versuche über einzelne Teile der Theorie des Rechts*, Bd. 1, Jena, 1798, pg. 155 ss. (la materia sarebbe « ein Produkt eines langen, vielfältig geprüften Raisonnements »). Da ultimo H. KIEFNER, *Geld und Geldschuld in der Privatrechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts*, in W. WILHELM, H. COING (hrsg.),

chiamo al linguaggio kierkegaardiano, forse altrettanto ' non scientifica ' —; mai forse come nell'affrontare quelli che appaiono (o sono apparsi) i fondamenti medesimi della ' costruibilità ' del sistema, si rende a nostro avviso necessario un franco chiarimento sui canoni interpretativi con cui aggredire l'oggetto, ed inoltre sull'addirittura ancor più rilevante e delicata loro ' distinzione ' da quel medesimo oggetto, per poter giungere infine a districarne il sviluppo, anche a costo di doversi inevitabilmente incamminare — giusta la critica steiniana alle prime pagine del *System* — sulla via dei ' sentieri che si biforcano '.

La cosiddetta ' grande dicotomia ' <sup>(2)</sup> si rivela infatti, ad una considerazione più ravvicinata, dato anche sotto il profilo giuridico

*Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1980 (Bd. 5, *Geld und Banken*), sia pur aggredendo la questione da un diverso punto di vista — polemicamente finalizzato a ribadire la sua interpretazione ' antif feudale ' del diritto privato savignyano —, ritiene comunque che varrebbe senz'altro la pena di dedicare un'autonoma ricerca a verificare in che misura Savigny (in tesi evidentemente fedele ad un diritto classico-« borghese ») trascuri il diritto imperiale post-classico: laddove un rapido sguardo a O.L. HEUSER, *Sachen - und Quellen - Register zu von Savigny's System des heutigen römischen Rechts, bearbeitet und mit Genehmigung des genannten Herrn Verfassers nebst einem Vorworte desselben herausgegeben...*, Berlin, 1851 (d'ora in poi F.C. von SAVIGNY, *System*, cit., *Quellenregister*), pgg. 100-158, sembra però perlomeno sollevare qualche dubbio sulla totale correttezza del termine « trascurare ».

(2) Come risulterà con maggiore evidenza dal prosieguo, ci serviamo per ora solo in via provvisoria di questa designazione. Essa è da far risalire, secondo quanto già ampiamente noto in sede di elaborazione teorica generale, all'utilizzazione specifica che Norberto Bobbio ha compiuto di problematiche diffuse nell'ambito delle scienze sociali; cfr. P.F. LAZARSFELD, *L'algebra dei sistemi dicotomici*, in R. BOUDON - P.F. LAZARSFELD, *L'analisi empirica nelle scienze sociali*, vol. II, Bologna, 1969, pgg. 353-384; N. BOBBIO, *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, pgg. 123-144 e ID., *La grande dicotomia*, pg. 145 ss., entrambi in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977.

Bobbio, rilevando come nella teoria del diritto la distinzione che si presenta, più spiccatamente di ogni altra, col carattere di « grande dicotomia » sia appunto quella tra diritto pubblico e diritto privato, ne enuclea due caratteristiche principali rispetto alle dicotomie parziali o secondarie: la prima consiste nell'impiego ' privilegiato ' di entrambi i suoi due termini con la

‘attualizzante’ tutt’altro che autoevidente: non è per altro, né può certo divenir nostro compito fissare ed enumerare ‘canonica-

---

funzione di delimitare lo spazio di oscillazione entro il quale può pensarsi una determinata disciplina (diritto).

Va tuttavia attirata qui l’attenzione sul secondo dato che, secondo Bobbio, contrassegna le grandi dicotomie e specificatamente la nostra: esse servirebbero a dividere l’universo (giuridico) in due sottoclassi, *reciprocamente esclusive* e (solo congiuntamente) *esaustive* dell’universo del (discorso) ‘diritto’. In tal modo ciascuno dei due termini diventa suscettibile, sotto la pressione di una sua particolare valorizzazione storiografica o assiologica, di venir esteso sino a non connotare più una soltanto delle due parti, ma tutto l’universo, respingendo così l’altro termine della distinzione *fuori* dell’universo, oppure *degradandolo* a semplice termine di una classe *vuota*, cioè a rappresentare la pura negazione della classe universale — secondo il vocabolario della logica delle classi —; classe universale ormai rappresentata *in toto* (magari mediante l’utilizzazione della coppia reale - apparente) dall’altra incarnazione dell’alternativa. Cfr. ID., *La grande dicotomia*, cit., pagg. 147-149.

Ci pare tuttavia che in questo modo venga trascurata proprio la possibilità di istituire tra i due corni del dilemma una relazione gerarchica di carattere non apparente, che ci è sembrata sin dal principio assai più consona alla concreta evoluzione storica ottocentesca (si veda *supra*, cap. I, pg. 75 ss.).

La nostra convinzione viene altresì corroborata da una ulteriore osservazione. Infatti per Bobbio la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato è, coerentemente alle premesse, una distinzione totale, perché, una volta che la si sia posta, quali che siano i criteri scelti per fondarla, non vi sarebbe ente dell’universo giuridico, che ad essa fosse in grado di sottrarsi: « Non conosco teoria del diritto che abbia cercato di sottrarsi all’*aut aut* imposto dalla distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, escogitando un *tertium genus*... Ma non si disputa intorno all’insufficienza della distinzione ad abbracciare tutti gli enti dell’universo che è oggetto del discorso. In altre parole, non vi è ente dell’universo giuridico che non appartenga né al diritto privato né al diritto pubblico. Possono esservi se mai enti che appartengono, secondo il punto di vista da cui vengono considerati, e al primo e al secondo. I casi incerti o di confine vengono risolti con l’espedito cui si ricorre spesso nel momento in cui una classificazione viene messa alla prova di fronte alla varietà degli enti reali: con l’aggiunta di un «quasi» («quasi-privato» e «quasi pubblico») (*loc. ult. cit.*, pg. 150).

In realtà nel processo concretamente storico le cose stanno, in qualche misura perlomeno, in modo diverso.

Anche evitando di accennare alla posizione del *Kirchenrecht* in autori come Savigny, i quali danno mostra di accettare peraltro in linea di principio (o almeno così si crede dai più) la dicotomia, non ci si può esimere

mente' — fosse pure soltanto nelle migliori vesti di attestazione preventiva dei propri intenti storiografici — i criteri secondo i quali il diritto privato si 'debba' differenziare da quello pubblico<sup>(3)</sup>, per poi magari riportarli come schemi strutturalmente ormai acquisiti sullo spaccato storico che qui si tratta di lumeggiare.

Sarà bene altresì mettere subito in chiaro — con una ulteriore ed esplicita, ma in questo caso non certo superflua dichiarazione di intenti — che con l'espressione 'nel diritto privato' non ci proponiamo neppure di offrire, per lo meno in prima istanza, uno sviluppo dettagliato di quello che ci sembra essere tra gli approcci metodici senz'altro più stimolanti che siano stati sinora proposti nel nostro settore. Vogliamo riferirci in buona sostanza a quella che Fritz Fleiner in una ormai risalente, ma senza dubbio non invecchiata *Antrittsrede* tubingese, individuava come l'analisi della 'Um-

---

dal ricordare qui che proprio uno degli interventi più lucidi sulla polemica classificatoria, quello di Otto von Gierke, era tendenzialmente indirizzato appunto alla individuazione di un *tertium genus* tra diritto privato e pubblico; il diritto sociale: in ogni caso la struttura tripartita della argomentazione dialettica hegeliana, che si riscontra anche nella sua articolazione di uno spazio intermedio tra società civile e Stato, non sembrerebbe in via di ipotesi inadeguata alla formulazione di 'terze vie' (storicamente già sperimentate con la formula del *Polizeirecht*, che gioca ancora una rilevante funzione all'interno delle partizioni scelte da Thibaut per il suo manuale di Pandette). Per la posizione di Gierke si veda F. JOBS, *Otto von Gierke und das moderne Arbeitsrecht*, Diss. iuris Frankfurt am Main, 1968, pg. 28. *Contra*, con una interpretazione anch'essa meritevole di attenzione, H.W. MUNDT, *Sozialpolitische Wertungen als methodischer Ansatz in Gierkes privatrechtlichen Schriften*, Diss. iuris, Frankfurt am Main, 1976, pg. 24, nota 82. Sul punto ritorneremo approfonditamente più oltre.

(<sup>3</sup>) Sul tema si può ancor oggi utilmente consultare la non recentissima dissertazione di HOLLIGER, *Kriterien des Gegensatzes zwischen privatem und öffentlichem Recht*, Zürich, 1904 che giunge a enuclearne ben diciassette diversi (!); sul ruolo dei criteri distintivi si veda ancora G.A. WALZ, *Vom Wesen des öffentlichen Rechts. Akad. Antrittsvorlesung*, Stuttgart, 1928, pg. 21 ss.; B. DONATI, *L'unità del diritto e l'unità della scienza del diritto a proposito della distinzione del diritto in pubblico e privato*, in *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, hrsg. von L. DUGUIT, H. Kelsen, F. WEYR u. J. SEDLACEK, Brno, Jhr. 1 (1926-1927), pgg. 120-139; E. MOLITOR, *Über Öffentliches Recht und Privatrecht. Eine Rechtssystematische Studie*, Karlsruhe, 1949, pg. 25 ss.

bildung', delle trasformazioni a cui gli istituti del diritto privato vengono sottoposti nello svolgimento della connessione tematica che di volta in volta li lega allo *jus publicum*, od anche solo a motivo della crescente pressione da quest'ultimo su di essi 'modernamente' esercitata<sup>(4)</sup>: se assunta come ossatura centrale, e non invece come legittimo — ma subordinato — strumento euristico, una simile impostazione rischierebbe di condurci di fatto ben al di là della più circoscritta economia del nostro discorso.

Allo stesso titolo, e seppure a malincuore, ci dobbiamo altresì sottrarre in larga misura alla tentazione di seguire un diverso ed affascinante 'sentiero interrotto', che ci condurrebbe stavolta a indirizzare lo sguardo sulla questione se, ed in quale misura, si sia rivelata produttiva o storicamente significativa la tendenza a trapiantare specifiche 'forme di pensiero civilistico' nel campo del diritto pubblico e, tramite questo, persino della *Politica* medesima intesa in senso forte, « ... poiché la politica non è mai riuscita a separarsi definitivamente dal diritto, e il diritto dei più diversi settori disciplinari verrà dal canto suo sempre a doversi ricordare del diritto privato che svolse il ruolo di sua nutrice »<sup>(5)</sup>.

Sicuramente — una volta accertatisi con le inattuali ma 'afilatissime' lenti offerte dalla riflessione di Hedemann<sup>(6)</sup>, del fatto

---

(4) F. FLEINER, *Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht*, Tübingen, 1906. Per ulteriori appunti storiografici sulla categorizzazione della dicotomia vedi anche ID., *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 2. Aufl., Tübingen, 1913, pg. 30 ss. La prospettiva viene comunque in definitiva a specificarsi come interna ad un'ottica 'dogmatica' interessata in prima istanza alla dimensione pubblicistica del discorso.

(5) Fondamentale sul punto — e, diremmo di più, rimasto in veste di quasi isolato precursore — J.W. HEDEMANN, *Verwendung, von Denkformen des bürgerlichen Rechts in der Politik und im Völkerrecht*, in *Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt*, hrsg. von B. BECKER, Neue Folge XLII. Band (Der ganzen Folge 62. Band), Jena, 1915, pgg. 97-144.

(6) La dimensione di 'esplosione' delle tradizionali categorizzazioni viene determinata anche, con tutta evidenza (cfr. spec. pg. 97 e pg. 129), dalla situazione di belligeranza 'inattiva' nella quale si era venuta a trovare la scienza giuridica dell'epoca; per una critica delle premesse di questi atteggiamenti nella giurisprudenza tedesca e in Hedemann in particolare vedi R. SCHWANITZ, *Der Theorienstreit zwischen Germanisten und romanisten*

che assai spesso anche azioni programmate nei termini più strettamente *reinpolitisch* non fossero in grado, e ancora nel torno di anni che ci interessa più da vicino, di liberarsi con sicurezza in un *privatrechtliches Denken* (7) — non ritorneremo a mani vuote sui nostri passi. Passi che non potranno in nessun caso fare a meno di spingerci verso la Scilla e Cariddi della distinzione savignyana fra diritto privato e diritto politico (8): proprio allora la prospettiva dovrà del tutto opportunamente arricchirsi della consapevolezza appena acquisita, ed allargare così l'orizzonte storiografico con il richiamo ad una dimensione temporale vetero europea di più lungo periodo, inclusivo dell'epoca della 'politica di gabinetto', nella quale, dato il ruolo propulsivo esercitato dal ceto dei dottori, « war es durch aus beliebt, diplomatische Aktionen mit Pandektenzierat zu schmücken » (9).

Eppure è altrettanto evidente che un'analisi esauriente in questa linea presupporrebbe implicitamente a sua guida una precisa valutazione di fondo su di un indirizzo successivo — o, nella migliore delle ipotesi, contemporaneo — al processo che si tratta qui invece di descrivere: cioè da un lato una reazione alla sopravvalutazione del diritto pubblico, finalizzata a farvi invece subentrare un compito scientifico che si deve alla lunga risolvere nell'accantonamento della tendenza a giocare diversi specifici settori della dogmatica l'uno contro l'altro, emancipandoli ed isolandoli così sempre di più, per raggiungere al contrario con forza la consapevolezza della *Berührung und Verschmelzung der einzelnen Fächer* (10). Ma d'altro canto e dialetticamente, l'inizio di un procedimento di 'rimozione', volto a trascendere « das alte, erstarrte Typensystem der Pandektendoktrin » per sostituirlo con un « mehr wirtschaftlich,

---

*im 19. Jahrhundert und der Kampf um die Durchsetzung des bürgerlichen Eigentumsbegriffs*, Diss. iuris, Jena, 1955, pg. 113 ss.

Alcune delle intuizioni del nostro ci paiono comunque ancora suggestive ed utilizzabili al di là della loro contingenza 'partigiana'.

(7) Cfr. J.W. HEDEMANN, *loc. cit.*, pg. 123 e in generale pg. 100 ss.

(8) F.C. von SAVIGNY, *System*, cit., vol. 1, pg. 22 ss.

(9) J.W. HEDEMANN, *loc. ult. cit.*, pg. 98, nota 2. Accenni di qualche interesse ancora in R. HÖHN, *Die Wandlung im Staatsrechtlichen Denken*, Hamburg, 1934, pg. 13 ss.

(10) J.W. HEDEMANN, *loc. cit.*, pg. 99.

mehr politisch orientiertes Privatrecht », sulla base della considerazione speculare — a sua volta negatrice della contrapposta sopravvalutazione —, secondo la quale non soltanto la Politica (e il diritto pubblico ad essa connesso) può ‘ apprendere ’ dal diritto privato, bensì anche questo da quella <sup>(11)</sup>.

Ora, per quanto ‘ privatamente ’ si sia o si debba essere inclini ad accogliere una simile visuale — personalmente noi pure crediamo che sia legittimo esserlo — non si dovrà però più a lungo evitare di prendere coscienza del fatto che fare propria la convinzione appena delineata, trasfondendola sul piano metalinguistico a principio guida della ricerca, verrebbe in parole assai povere a significare il dare per scontato che lo sviluppo storico del sistema pandettistico si sia appunto compiuto sulla falsa riga indicata; ovvero inserire surretiziamente quello che ‘ potrebbe ’, semmai, essere un risultato all’interno delle premesse medesime.

Queste due prospettive in via di principio astrattamente percorribili una volta scelta la *Fragstellung* ‘ diritto pubblico nel diritto privato ’, restano quindi per noi spie, paradigmi indiziari proprio nel medesimo istante in cui veniamo ad assodare che si tratta di descrivere invece il cammino stesso che conduce la semplice distinzione di settori del sapere accademico ad assurgere a parametro iniziale, ‘ inaugurale ’ del sistematizzare, prima, e, in un secondo momento, al (per lo meno presunto) rango di ‘ grande dicotomia ’, ovvero al suo impiego privilegiato allo scopo di delimitare l’orizzonte entro cui si iscrive una determinata disciplina; per dirla con Bobbio, ad un suo « uso sistematico » (in senso forte, aggiungeremo noi) <sup>(12)</sup>. « Ma la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico che abbiamo avuto occasione di toccare con le precedenti annotazioni, esige una disamina assai più precisa. L’interesse della medesima è infatti non soltanto un interesse scientifico, ma al contrario un interesse pratico, ed anzi esso si riferisce ai più importanti rapporti del presente e rappresenta uno dei più fatali compiti per il futuro.

La suddivisione in diritto pubblico e diritto privato non deve in nessun modo costituire una mera intelaiatura costruttiva avente

<sup>(11)</sup> *Ibid.*, pg. 130.

<sup>(12)</sup> N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, cit., pg. 146.

lo scopo di una più agevole visualizzazione o di un più semplice ordinamento del diritto, come è il caso di una costruzione dottrinale finalizzata all'insegnamento; essa deve invece considerarsi distinzione che si rivolge al *più intimo fondamento*, ovvero al principio della *validità* e permanenza di quel medesimo diritto »<sup>(13)</sup>.

Ma perché, ci chiediamo a questo punto, si tratta proprio di seguire o descrivere questo cammino, compendiosamente ripercorso e riassunto nelle sue essenziali tappe diacroniche nel testo che abbiamo appena voluto riesumare? La verità è che un tale itinerario merita di essere attentamente vagliato appunto a motivo della sua specifica contingenza; altrimenti detto, siamo di fronte ad un percorso a ritroso per più versi soltanto 'apparente', ed è allora lo statuto medesimo di grande dicotomia raggiunto dalla distinzione, che necessita di essere rimesso in discussione e riverificato nella sua reale portata.

Ad un lettore attento non sarà forse sfuggita una certa quale malizia implicata oggettivamente nella scelta medesima dell'osservatorio: nell'anno 1840, nell'anno 'segnato' dunque indelebilmente, ed al di là di ogni dubbio dal sistema del diritto romano attuale savignyano è proprio al 'professore politico', al 'sorpasato' giusrazionalista e *Nationalökonomer* Karl von Rotteck che è stata invece concessa la parola<sup>(14)</sup>.

---

(13) « Aber der Unterschied zwischen Privat- und öffentlichem Recht; den wir in Voranstehendem berührt haben, fordert eine genauere Erörterung. Das Interesse derselben ist nicht nur ein wissenschaftliches, sondern ein praktisches, und zwar ein auf die allerwichtigsten Verhältnisse der Gegenwart und auf die verhängnisreichsten Aufgaben für die Zukunft sich beziehendes.

Die Eintheilung in öffentliches und Privat-Recht soll keineswegs ein blosses *Fachwerk* zum Zweck der leichteren Ueberschauung oder bequemeren Ordnung der Rechte etwa in einem Lehrgebäude seyn; sondern eine auf den *innersten Grund* der Rechte, d.h. auf das Prinzip ihrer *Giltigkeit* und ihres Fortbestandes sich beziehende Unterscheidung » (K. von ROTTECK, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, Bd. 1, *Allgemeine Einleitung in das Vernunftrecht. Natürliches Privatrecht*, Stuttgart, 1840<sup>2</sup>, pg. 105.

(14) Su Rotteck forniremo maggiori ragguagli nel prosieguo; cfr. per ora K.H. SCHEIDLER, *Beilagen, die Charakteristik und Apologie K. v. Rotteck's und seines vernunftrechtlich-politischen Systems, sowie des ächt deutschen*

Resta così in ultima analisi aperta la via all'originario senso nel quale andava a nostro avviso in via di principio intesa la formulazione « *jus publicum in jure privato* »: il tentativo cioè di tener presente — assai di più di quanto finora si sia organicamente voluto o potuto condurre a termine <sup>(15)</sup> — che esiste una ' *Staatslehre* ', una teoria politica e del diritto pubblico messa in opera dai giusprivatisti d'ispirazione ' *pandettistica* ', talvolta implicita e dispersiva, talaltra — e sono i casi più significativi — apertamente strutturata, ed anzi portata avanti fino a costituire spesso la condizione medesima di comprensione del diritto più propriamente ' *privato* ' all'interno del *bürgerliches Recht*; almeno tanto quanto valga per l'inversa prospettazione del problema.

Anzi, diremmo di più, solo accostandosi al dispositivo globale approntato da questi giuristi con la precisa consapevolezza critica della sua tendenziale non riducibilità alla mera dimensione privatistica, ci si potrà in qualche modo collocare in una migliore condizione di leggibilità rispetto al fenomeno del rapporto della teoria *pandettistica* con l'elaborazione di una *allgemeiner Theil* del diritto civile, e successivamente con la proposizione di una teoria generale del diritto ' *in generale* ': si tratterà appunto di storicizzare con la massima precisione consentita dalle fonti le tappe ed anche le possibili involuzioni di questa ' *tendenzialità* '.

Battezzare però come apparente la ricostruzione per stadi intuitivamente offertaci da Rotteck — a sua volta tutta giocata in profondità sulla base del dislivello costituito dalla coppia concettuale apparenza (*wissenschaftlich, blosser Fachwerk, Lehrgebäude*) — realtà (*praktisch, innerster Grund, Princip ihrer Giltigkeit*) — viene comunque ad assumere il senso di un impegno ricostruttivo diverso dall'immediato riconoscimento che nel *Begriffspaar* del tutto formale « *pubblico-privato* », « *privato* » rappresenti per lo più sol-

---

*Liberalismus überhaupt betreffend. Nebst einigen Bemerkungen über sein Denkmal*, in ID., *Paränesen zum Studium der philosophischen und positiven Rechtswissenschaft*, Erstes Heft, Jena, 1841, pg. 45 ss.

<sup>(15)</sup> La letteratura in argomento è oltremodo scarsa; cfr. almeno D. STRAUCH, *Recht, Gesetz und Staat bei F.C. von Savigny*, Bonn, 1960 e F. SCHIKORSKI, *Die Auseinandersetzung um den Körperschaftsbegriff in der Rechtslehre des 19. Jahrhundert*, Berlin, 1978.

tanto una negazione e che, quindi, si debba poterne in primo luogo determinare il 'vero' significato soltanto in base al concetto di pubblico. Un concetto di pubblico dal canto suo storicamente soggetto a dei mutamenti i quali in definitiva verrebbero a collocarlo in un contesto di interna connessione con quel correlato esclusivamente con l'avvento dell'ordinamento giuridico del secolo diciannovesimo.

Indubbiamente non va dimenticata la dipendenza di questi concetti dal moderno sistema giuridico; tuttavia l'affermazione che la distinzione in diritto pubblico e privato acquisti un senso « preciso » soltanto in base al presupposto del moderno concetto di sovranità, ed inoltre della sua relazione con le due categorie di Stato e Società — società civile in quanto contrapposta al moderno Stato sovrano <sup>(16)</sup> —, se può giustificarsi ed addirittura valere come avvertimento contro il 'malinteso' nel quale incorrono quegli storici tutti tesi a ritrasportare queste categorie nell'epoca da loro rispettivamente studiata, senza operare alcun riferimento al presente <sup>(17)</sup>, molto meno sarà però in grado di rendere conto del differenziato processo che si è invece articolato all'interno medesimo dello spazio semantico 'moderno-sistema giuridico': in una parola si tratta infatti di affermazione per sua stessa natura ancora troppo carica di presupposti inespressi.

È necessario in questo senso prendere allora altrettanto sul serio quel dato organizzativo e non ontologico dei saperi specialistici, che nella prospettiva di Rotteck ci appariva dequalificato ad un livello 'meramente' organizzativo, semplice intelaiatura per una più agevole visualizzazione scolastica della materia giuridica: esso viene anche storicamente a costituire una tappa intermedia tra la non rilevanza di un « uso sistematico » della categorizzazione, quale abbiamo potuto ad esempio riscontrare in Nettelblatt, fino a giungere ad una quasi parossistica intensificazione del contenuto ideologico esplicito con cui caricare la distinzione allo scopo di farla transustanziare in grande dicotomia. Tappa però in certo senso qualitativamente distinta dallo stadio successivo come dal precedente: ele-

---

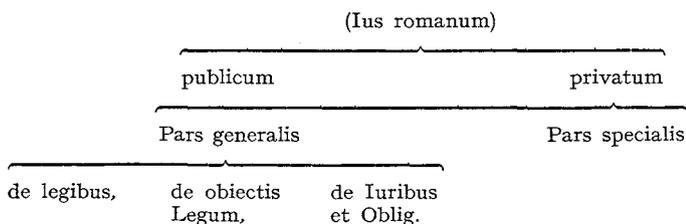
<sup>(16)</sup> O. BRUNNER, *Terra e potere*, trad. it. a cura di P. SCHIERA, Milano, 1983, pg. 174.

<sup>(17)</sup> In questo senso appunto BRUNNER, *loc. cit.*, pg. 223 ss.

vare la ‘ Unterscheidung » a *summa divisio* nel senso tecnico di distinzione preliminare da cui prendere le mosse, non esclude infatti la possibilità di riconoscere che da una organizzazione cognitiva del sapere di scuola non consegue necessariamente una corrispondente partizione ‘ sociale ’ di questo medesimo sapere o delle sue espressioni istituzionalizzate — insegnamenti, carriere professionali, — all’interno della struttura di volta in volta all’uopo utilizzabile (18).

(18) Cfr. sul punto R. STICHWEH, *Zur Entstehung des modernen Systems wissenschaftlicher Disziplinen. Physik in Deutschland 1740-1890*, Frankfurt am Main, 1984, pg. 10; in particolare il primo capitolo, di carattere globale, costituisce un ampio approfondimento dell’impostazione già delineata in ID., *Ausdifferenzierung der Wissenschaft. Eine Analyse am deutschen Beispiel* (Report Wissenschaftsforschung Nr. 8), Bielefeld, 1977, e si rivela pertanto assai utile ai nostri fini.

Quanto andavamo affermando nel testo può essere visualizzato in modo forse ancor più immediato richiamando un intervento classificatorio interno alla Scuola gottinghese, sul quale avremo in ogni caso modo di difenderci con maggiore accuratezza più avanti nel corso dell’analisi (C.C. HOFACKER, *Nähere Entwicklung und Vertheidigung seiner systematischen Methode im Vortrage des römischen Rechts statt einer zweiter Vorrede zu seinem Institutionibus Iuris Romani...*, Göttingen, 1773, pg. 12):



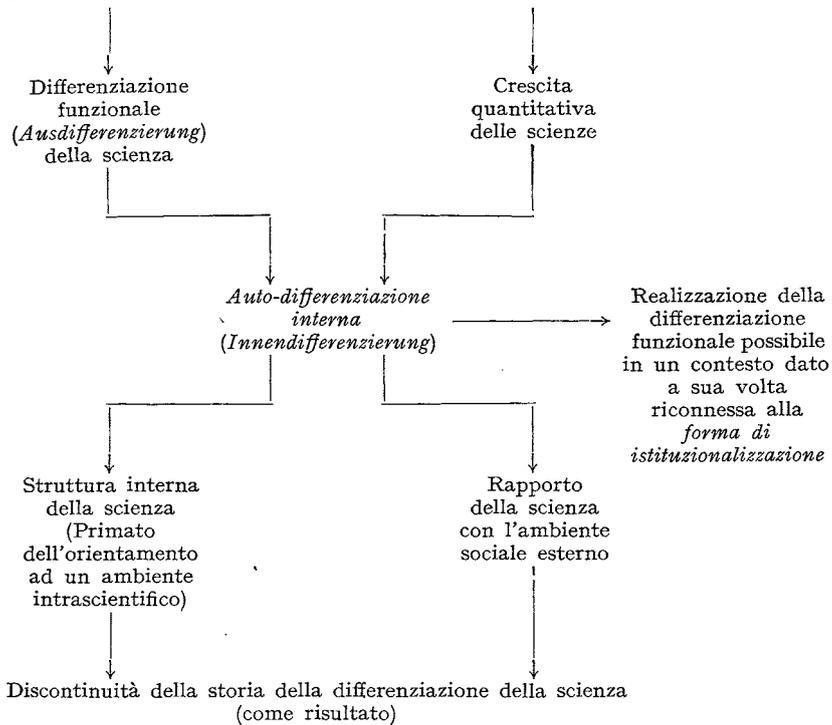
È in altre parole chiaro come l’elevazione della coppia pubblico/privato a *summa divisio* in Hofacker non ci dica ancora (esplicitamente) nulla di un valore (eventualmente acquisito) di ‘ distinzione per essenza ’, che anzi il contenuto assunto per parte sua dalla *Allgemeiner Theil* sembra venire a porre sotto più di un profilo in dubbio.

Si tratta ovviamente non di un problema meramente ‘ regionale ’: il modello volto a porre in ‘ frizione ’ immediata la distinzione con un suo possibile comun denominatore storiografico di carattere esterno ed etero-

Prima di ricorrere all'aiuto di un modello o canone interpretativo che ricollegli immediatamente la coppia in questione, astratta dal suo sottofondo accademico, ad un ambiente esterno, magari del

geneo appare quindi soffrire di una complessità esplicativa troppo limitata e unidirezionale, e andrà pertanto integrato col tema dell'auto-differenziazione:

Trasformazione della forma di differenziazione della società  
in differenziazione di funzioni



(si veda per questo schema ed ulteriori dettagli sul punto ancora R. STICHWEH, *Zur Entstehung des modernen Systems*, cit., pg. 41, nonché G. SIMMEL, *La differenziazione sociale* (1890), trad. it. a cura di B. ACCARINO, prefazione di F. FERRAROTTI, Roma-Bari, 1982; può essere interessante notare incidentalmente come Simmel, tra i primi certamente a porre l'accento su questi processi, fosse venuto a non episodico contatto con tutta una serie di elaborazioni in tema di diritto penale facenti capo ad approcci di tipo hegeliano-jheringhiano).

tipo che sarebbe concretizzato dallo svolgimento oggettivo del processo di separazione della Società dallo Stato, sembra quindi che valga ancora la pena di interrogarsi in via strutturale sui 'vagabondaggi' della dicotomia a livello di « costruzione dottrinale »<sup>(19)</sup>, nella loro referenza generalizzata alle più ampie procedure instaurative del moderno sistema delle discipline scientifiche; facendo nostro cioè una volta di più proprio il luogo di radicamento discorsivo — la classificazione<sup>(20)</sup> — offerto apertamente agli sguardi in tutta la sua impellenza da molti dei giuristi più impegnati nell'oscuro sforzo di una lenta e costante modificazione delle suddivisioni tramandate, apparentemente di carattere solo formale<sup>(21)</sup>: giuristi comunque certo restii a celare questo sforzo sotto mentite spoglie di più elevati approfondimenti culturali.

E si tratta di farlo nostro per l'appunto non solo e non tanto al fine di tracciare le linee portanti di uno sviluppo, quanto piuttosto per esporre in piena luce la singolare paradossalità, quasi il carattere controfattuale di un simile impegno.

Vediamo adesso di dipanare un po' più analiticamente questo primo filo conduttore.

È evidente infatti che i principi di classificazione scaturiscono originariamente dall'esigenza — costituente un po' uno *specificum* della tradizione veteroeuropea, rampollante in una rimarchevole continuità culturale fino dalla tarda antichità greca<sup>(22)</sup> — di suddividere la totalità del sapere in modo tale che la successione dei

<sup>(19)</sup> Va rilevato del resto il carattere di 'disponibilità' che assume il designare come *Lehrgebäude* piuttosto che come ordine 'interno' una determinata partizione: i diversi impieghi della qualificazione ed i loro spostamenti sono allora utili segnali di 'riconoscimento'.

<sup>(20)</sup> In generale sul punto vedi P. SPEZIALI, *Classification of the Sciences*, in P.P. WIENER (Hrsg.), *Dictionary of the History of Ideas*, Bd. 1, New York, 1973/1974, pgg. 462-467.

<sup>(21)</sup> Così ad esempio G. HUFELAND, *Rechtfertigung meiner Eintheilung der gesammten positiven deutschen Rechtsgelahrtheit*, in Id., *Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der Positiven Rechtswissenschaften*, 2. Stück, Jena, 1803, pg. 33 ss.

<sup>(22)</sup> Vedi in particolare J. MURPHY, *Rhetoric in the Middle Ages. A History of Rhetorical Theory from Saint Augustine to the Renaissance*, Berkeley, Los Angeles, London, 1974.

vari campi dello scibile così ottenuta renda possibile recuperare di nuovo (o meglio per la prima volta) un ordine razionale; ma l'ordine 'razionale', se pone quei principi medesimi di fronte all'alternativa o di accentuare la distinzione e irreducibilità dei singoli settori, oppure di far scivolare l'attenzione su momenti di un trapasso 'regolato' dall'uno all'altro e di interrelazione, nulla dice poi sulla concreta prevalenza, o tanto meno preferibilità, di uno dei corni del dilemma.

La possibilità che intervenga una decisione in favore della seconda alternativa sembrerebbe destinata ad aumentare nel momento stesso in cui si procede a correlare più strettamente *Hobe Schulen* ed esigenze dello Stato territoriale; abbiamo veduto e vedremo ancora più innanzi come effettivamente qualche indizio in tal senso non possa essere sottovalutato.

Non va tuttavia d'altro canto sottaciuto che proprio a motivo della rigida struttura accademica, che abbisognava di un preciso e stabile ordinamento di orari e specialismi disciplinari, si doveva inevitabilmente (ed al contempo) verificare una contropinta tendente a favorire una larga e talvolta indiscriminata invarianza dei rispettivi criteri di delimitazione.

Alla luce di questo stato di cose dialettico e fors'anco in se stesso antinomico, risulterà allora leggibile fino in fondo il fenomeno congiunturale della emigrazione delle proposte strutturalmente innovatrici di un *Nettelblatt* verso i lidi offerti dalla *Georgia Augusta* gottinghese: ad epoche di progressiva intensificazione della riforma scolastica e accademica viene a corrispondere quasi specularmente un altrimenti poco comprensibile 'piacere della classificazione' del sapere e delle scienze; e quale più ghiotta occasione poteva presentarsi alla supposta aridità dell'esercizio classificatorio, al di fuori della fondazione di una Università completamente nuova?

Ci rendiamo ora perfettamente conto che l'introduzione di una lezione introduttiva enciclopedica — non più puramente presentita o appena abbozzata nelle sue dimensioni generalissime, ma consapevolmente evoluta ed accettata come tale, fin dalla medesima coscienza dalla sua denominazione e del carattere materiale della parallela produzione libresca — non costituiva altro che la risposta

istituzionale al crescente fermento e alla sempre maggiore frammentazione di una scienza giunta infine all'aurora del suo risveglio.

Una storia per molti aspetti a noi oramai già nota. Ma nella prospettiva che ci siamo scelti la questione è però un'altra e ben diversa<sup>(23)</sup>: si tratta cioè di appuntare lo sguardo proprio sulla improvvisa ed inattesa caduta dell'interesse enciclopedico<sup>(24)</sup>.

(23) Cfr. U. DIERSE, *Enzyklopädie. Zur Geschichte eines philosophischen und wissenschaftstheoretischen Begriffs*, Bonn, 1977, pg. 153 ss.

(24) *Ibid.*, pg. 177-207. Quanto verremo esponendo non deve condurre alla troppo affrettata conclusione che il 'movimento enciclopedico' — per usare la pregnante designazione di A. BUSCHMANN, *Enzyklopädie und Jurisprudenz*, in *Archiv für Kulturgeschichte*, hrsg. von H. GRUNDMANN u. F. WAGNER, Köln-Wien, Bd. 51, pg. 313 — fosse destinato ad una repentina uscita di scena nel corso dell'Ottocento. Un rapido sguardo cronologico alle più significative pubblicazioni del 'settore' potrà essere sufficiente a convincerci del contrario: Chr. G. KONOPAK, *Über den Begriff und Zweck einer Encyclopädie im Allgemeinen und der Encyclopädie der Rechtswissenschaften insbesondere* (1800); Chr. F. MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie* (1807); C.A. GRÜNDLER, *Institutionen des Rechts enthaltend die Einleitung zur Rechtswissenschaft, die Enzyklopädie der allgemeinen Begriffe und Grundsätze der in Deutschland geltenden Rechte und die Methodologie der Rechtswissenschaft* (1809); le diverse parti apparse anche separatamente nel 1808); A. HUMMEL, *Encyclopädie des gesamten positiven Rechts* (1804-1813); C.F. WENCK, *Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft* (1810); I. RUDHART, *Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft* (1812); LÖBELL, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie und Methodologie* (1819); J.N. WENING, *Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft* (1821); N. FALCK, *Juristische Encyclopädie* (1821); L. ARNDTS, *Grundriss der juristischen Encyclopädie und Methodologie* (1843); A. FRIEDLÄNDER, *Juristische Encyclopädie* (1857); L. GOLDSCHMIDT, *Encyclopädie der Rechtswissenschaft im Grundriss* (1862); A. MERKEL, *Juristische Encyclopädie* (1885); K. GAREIS, *Rechts-Encyclopädie und Methodologie* (1887); F. v. HOLTZENDORFF, hrsg., *Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung* (1870<sup>1</sup>, 1915<sup>7</sup>); K. BIRKMEYER, *Encyclopädie der Rechtswissenschaft* (1901).

Un altrettanto rapido sguardo vale però anche a palesare in maniera inequivocabile in primo luogo lo scarso interesse mostrato dai rappresentanti della 'Scuola Storica' — se si eccettuano appunto le posizioni rappresentate da un Puchta, da un Warnkönig o da un Bluhme (cfr. *infra*; posizioni indice comunque di una 'singolarità' della loro collocazione); — in seconda istanza andrà rilevata forse la medesima 'digradante' frequenza temporale del genere in sé preso.

La scansione temporale di un tale 'movimento' costituisce in ogni

Si fa luce a questo punto un fenomeno che ci sembra degno di menzione e perlomeno di un tentativo di chiarimento. Il ' periodo delle riforme ' nel campo istituzionale-universitario agli inizi dell'Ottocento non poteva dirsi infatti certamente concluso<sup>(25)</sup>,

---

caso un termometro rilevante per quanto concerne la ' replica ' italiana della vicenda. Basti qui ricordare (tra i molti) i lavori di F. BUONAMICI, *Introduzione allo Studio del Diritto o Enciclopedia giuridica*, Pisa, 1869; B. BRUGI, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, Firenze, 1891<sup>1</sup>, Milano, 1928<sup>5</sup> od ancora F. FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia giuridica*, che nel 1917 era giunta già ad una settima edizione (Napoli, Jovene). Nel quadro di un più generale progetto di analisi della ' recezione ' italiana della giurisprudenza tedesca dell'Ottocento stiamo approntando uno studio sulla importanza e le valenze del fenomeno ' enciclopedico ' in Italia, al quale ci permettiamo sin da ora di rinviare per annotazioni ulteriori.

(<sup>25</sup>) La letteratura sul punto si lascerebbe moltiplicare senza difficoltà. Tra gli interventi più risalenti cfr. comunque specialmente L.H. JACOB, *Über die Universitäten in Deutschland, besonders in den Königl. Preussischen Staaten*, Berlin, 1798; E.F. KLEIN, *Über das Studium der Rechtswissenschaft in den Preussischen Staaten*, in *Annalen der Gesetzgebung und Rechtslehramkeit in den Preussischen Staaten*, hrsg. Von Ernst Ferdinand Klein, Berlin und Stettin, Bd. 24 (1806), pg. 157 ss.; J.G. FICHTE, *Deducierter Plan einer zu Berlin zu errichtenden höhern Lehranstalt*, in E. SPRANGER (hrsg.), *Über das Wesen der Universität, drei Aufsätze von Joh. Gottl. Fichte, Friedr. Schleiermacher, Henrik Steffens aus den Jahren 1807-1809, mit einer Einleitung über « Staat und Universität »*, Leipzig, 1919, pg. 1 ss.; A.W. REHBERG, *Ueber die Staatsverwaltung deutscher Länder und die Dienerschaft des Regenten*, Hannover, 1807, pg. 87 ss.; (S.), *Schule und Wissenschaft des preussischen Rechts*, in *Hallische Jahrbücher für deutsche Wissenschaft und Kunst*, hrsg., von A. RUGE und T. ECHTERMAYER, 1838; pg. 2217 ss., 2225 ss., 2233 ss.

Per quanto riguarda la posizione di Humboldt si veda almeno F. SCHAFFSTEIN, *Friedrich Carl von Savigny und Wilhelm von Humboldt*, in ZSS, GA (1955), Bd. 72, pg. 154 ss. nonché G. KOTOWSKI, *Wilhelm von Humboldt und die deutsche Universität*, in O. BÜSCH u.W. NEUGEBAUER (hrsg.), *Moderne Preussische Geschichte 1648-1947* (Veröffentlichungen der Historischen Kommission zu Berlin Bd. 52/3. Forschungen zur Preussischen Geschichte), Berlin-New York, 1981, Bd. 3, pgg. 1346-1365. Sul sottofondo sociale del problema si rivela sempre di grande utilità W.H. BRUFORD, *Die gesellschaftlichen Grundlagen der Goethezeit* (1936), Frankfurt am Main, Berlin, Wien, 1979, spec. pg. 222 ss. nonché H. SCHELSKY, *Einsamkeit und Freiheit. Idee und Gestalt der deutschen Universität und ihrer Reformen*, Hamburg, 1971<sup>2</sup>.

Dal punto di vista storico-teorico, nella prospettiva da noi assunta, si

ché anzi si trattava ora per l'appunto di trarre finalmente molte delle conseguenze implicite in quanto già fin dal 1765 Pütter aveva intuito e descritto con estrema lucidità a partire dall'esperienza dell'Università gottinghese, di quell'Università, cioè, che si era rivelata in grado di formare dal suo seno una società 'accademica' espressamente finalizzata a quanto modernamente verrebbe fatto di definire attività di 'ricerca' <sup>(26)</sup>: ne veniva in tal modo rovesciata

---

veda però particolarmente L. BOEHM, *Wissenschaft - Wissenschaften - Universitätsreform. Historische und Theoretische Aspekte zur Verwissenschaftlichung von Wissen und zur Wissenschaftsorganisation in der frühen Neuzeit*, in F. KRAFFT u.a. (hrsg.), *Berichte zur Wissenschaftsgeschichte (Das Entstehen neuer Wissenschaften in der Neuzeit, XV Symposium der Gesellschaft für Wissenschaftsgeschichte, 19. - 21. Mai 1977 in Mainz)*, Bd. 1 (1978), Heft 1/2, pgg. 7-36.

<sup>(26)</sup> Il concetto di 'ricerca' (*Forschungsbegriff*) costituisce non a caso una delle innovazioni tematiche più ricche di implicazioni che sia dato far risalire alla *Bildungstheorie* che presiedette alla 'Reformzeit' prussiana d'inizio secolo; e non va d'altro canto trascurato un profilo che si segnala per una sua tutta 'peculiare' significatività, ovvero la contrapposizione di fronti — non ci interessa in questo momento stabilire quanto intenzionalmente perseguita — che si veniva ad istituire nei confronti del concetto di *Cultur*, corrente negli ambienti anglofilo-empiristi di Gottinga (cfr. soltanto K. HUNGER, *Die Bedeutung der Universität Göttingen für die Geschichtsforschung am Ausgang des achtzehnten Jahrhunderts*, Berlin, 1933, pg. 43 ss.).

Proprio l'ultimo titolo appena citato, con il suo riferimento ad una 'Forschung' storiografica, ci offre però il destro per introdurre qualche non inutile riflessione, volta come sarà a portare chiarezza sul carattere di 'proiezione a ritroso' che assume l'utilizzazione di un simile concetto quando la si voglia applicare anche al secolo diciottesimo.

In realtà il nostro 'Forschungsbegriff' appartiene propriamente (e a pieno titolo) al 19° secolo. Esso fu anzi usato per la prima volta nel suo senso sostantivizzato con il progetto di Statuto dell'Accademia Berlinese, appunto ad indicare in generale il compito di una Accademia scientifica; mentre si può affermare con tranquillità che gli statuti delle Accademie settecentesche, nel caso che avessero dovuto esprimere un contenuto concettuale similare, venivano a servirsi di espressioni come « Entdeckungen », « Vermehrungen », sottolineando il lato della oggettiva 'novità', piuttosto che incorrere in una enfatica accentuazione del carattere di apporto 'originale' che doveva legare ogni dottrina al *Lehrer* incaricato poi anche di insegnarla (cfr. sul punto F. SCHALK, *Die Akademien und die Entstehung neuer Wissenschaften im Zeitalter der Aufklärung*, in *Berichte zur Wissenschaftsgeschichte*, 1 (1978), pg. 37 ss.; R. TOELLNER, *Entstehung und Programm der Göttinger Gelehrten Gesellschaft unter besonder Berücksichtigung des*

quella che era la tradizionale impostazione, che voleva quest'ultima

*Hallerschen Wissenschaftsbegriffs*, in F. HARTMANN u. R. VIERHAUS (hrsg.), *Der Akademiengedanke im 17. und 18. Jahrhundert*, Bremen und Wolfenbüttel, 1977, pgg. 97-116, nonché per la notizia relativa al progetto di Stato berlinese del 1812, Id., *Diskussionbemerkung*, in *Mitteilungen der Gesellschaft für Wissenschaftsgeschichte*, 10 (1972), pg. 22, qui riportato secondo R. STICHWEH, *Zür Entstehung des modernen Systems*, cit., pg. 73, nota 175.

È importante notare infatti con quest'ultimo che quando in ambiente gottinghese si parla di 'Vermehrung des Wissens' ovvero di 'ricercare' (*Forschen*) — vedi in proposito lo scritto di Ernst Brandes citato *infra*, sub nota 30, pg. 135 ss. — si viene con evidenza (e non altrimenti di quanto valga per l'intero Settecento) ad avvalorare l'ipotesi che sussista una sostanziale continuità nel trapasso tra assimilazione e 'conservazione' della conoscenza, da un lato, ed invece *accrescimento* del sapere, dall'altro.

L'ideale della 'Formazione', della *Bildung* in tanto si oppone ad una siffatta visione del problema, in quanto ne contesta *radicalmente* — o perlomeno in maniera tendenzialmente radicale — la correttezza metodica e sostanziale: le dimensioni dello spirito, le competenze mentali che vengono richieste sono infatti di tipo del tutto diverso. In altri termini si deve qui prendere partito, se si vuole restare all'interno della 'Bildungstheorie', per una 'discontinuità' di sostanza, fondamenti e principi, che impone dal canto suo una completa ristrutturazione dello 'spirito' di chi abbia intenzione di volgersi all'attività di ricerca, una rottura quasi traumatica con il suo passato epistemologico 'laico'. Non sarà più allora la comprensione imitativa il modello cui rifarsi, ma l'idealistico «Reich des produktiven Forschens» (R. STICHWEH, *loc. ult. cit.*, in restituzione della terminologia fichtiana impiegata dal *Naturwissenschaftler* G.S. Ohm). Esso richiede un riorientamento alla dimensione del futuro: si ingannerebbe però colui che fosse portato a ritenere che si tratti della medesima dimensione temporale (di tempo reale) alla quale poteva richiamarsi un Hugo quando assegnava il compito 'critico' della dogmatica (spettante, come sappiamo, alla *Rechtsphilosophie*) appunto allo *Zukunft*. Questo futuro è invece allo stesso tempo il puramente presente del compito produttivo del *Gebildeter* — dello studioso di filologia o di storia che rinnova finalmente su sicure basi un'analisi testuale, per intenderci; dacché il *Forschungsideal* è tutt'altro che esclusivo delle scienze natural-sperimentali, data la fondamentale e postulata unità del *Geist* —.

Ovviamente il processo che conduce all'enucleazione di questa discontinuità 'fondante' tra accumulazione ed accrescimento del sapere dovrà forse essere valutato storicamente di nuovo come costituito da una continuità di (piccoli) passi, e si potrà fors'anche indicare nel concetto medesimo di 'Aufklärung' una tappa significativa della fase di trapasso, proprio a motivo del suo carattere di postulato di un'autonoma attività produttiva; ma un

compito specifico delle Accademie, riservando all'Università la

---

altro elemento appare tuttavia almeno altrettanto certo: il concetto di *Bildung* si rivela in ultima analisi di per se stesso idoneo a determinare il progressivo accantonamento linguistico prima, sostanziale poi — e, dato che ci interessa assai davvicino, anche in campo dogmatico-giuridico —, della nozione di (juristische) *Wahrheit*. Conclusione che non potrà apparire se non in tutta la sua veste 'epocale', laddove si rifletta che per Nettelbladt, come per Hugo, per Leibniz come per Wolff, concetti quali quello di dogma e di 'verità' venivano sì forse non sempre a coincidere, ma tuttavia in ogni caso a cadere certamente su di un unico livello discorsivo.

Il contenuto di verità della scienza giuridica anche per tale via era ormai tendenzialmente sottratto al nume tutelare della scienza ultima, alla filosofia, e doveva cercare altrove (fosse pure in un diverso rapporto con essa) le sue forme di legittimazione.

Nell'uno come nell'altro caso la *Bildungsidee* rivelava una sua intima, in qualche misura impercettibile, ma irresistibile propensione a risolversi in *Juristenprivileg*: propensione indubbiamente peculiare al carattere di strumento e canale di mobilitazione sociale ai danni della vecchia 'Geburtsaristokratie' spettante sotto certi profili a quell'idea (cfr. H. ROSEMBERG, *Bureaucracy, Aristocracy and Autocracy. The Prussian Experience 1660-1815* (Harvard Historical Monographs, vol. 34), Cambridge/Mass., 1958, pg. 182 ss. e W. BLEEK, *Von Kameralausbildung zum Juristenprivileg. Studium, Prüfung und Ausbildung der höheren Beamten des allgemeinen Verwaltungsdienstes in Deutschland im 18. und 19. Jahrhundert, Historische und Pädagogische Studien, Bd. 3*, Berlin, 1972, pg. 38 ss., 91 ss., 159 ss.).

Una delle migliori testimonianze delle potenzialità 'alternative' sul piano più specificamente giuridico racchiuse nel processo che abbiamo per sommarissimi capi delineato — delle migliori appunto per il suo 'statuto' non definitivo e neppure ancora del tutto scevro da ambiguità e contraddizioni — ci sembra essere quella restituitaci dal breve carteggio tra il Gran Cancelliere Karl Friedrich von Beyme (1765-1783) e Wilhelm von Humboldt del 1809, riportato alla luce in una non notissima dissertazione dattiloscritta da U. BAKE, *Die Entstehung des dualistischen Systems der Juristenausbildung in Preussen*, Diss. iuris, Kiel, 1971, pg. 155 ss.

Vale la pena dedicarvi un attimo d'attenzione per avere la riprova di quale fosse la capacità di espansione concreta del concetto di *Bildung*. Beyme scrive a Humboldt il 29 agosto 1809 per sottoporgli una questione di qualche impellenza: se sia cioè il caso di eliminare dal piano di studi i *Collegien* sull'ALR e sull'ordinamento giudiziario, non certamente sulla base di considerazioni del tipo di un inferiore valore scientifico rispetto, ad esempio, al diritto romano, ma bensì in forza di un ragionamento assai specifico, tutto imperniato sulle nozioni di utilità e *Rechtstheorie*.

Paradossalmente lo Stato prussiano sarebbe venuto a giovarsi del man-

più modesta funzione di trasmissione di un sapere altrove 'scoperto' (27).

tenimento di tali lezioni 'pratiche' soltanto se non fosse insorta nei futuri burocrati l'erronea aspettativa, secondo la quale quanto appreso nel corso universitario doveva in sostanza corrispondere una volta per tutte alle future necessità dei loro impieghi pubblici. Se a ciò si aggiungeva poi lo scarso livello raggiunto dalle lezioni medesime, a motivo della carenza di un « solider Grund in der *Rechtstheorie* », la conclusione drastica del 'Grosskanzler' (ovverosia, dopo la riforma dell'organizzazione burocratica, il soggetto in veste di unico *Justizminister*) non poteva sembrare comunque del tutto fuorviante, restando riservato ad un'istanza successiva, intraburocratica, quel tipo adeguato di informazione allo stato non raggiungibile.

Tuttavia — e con qualche sorpresa — la risposta di Humboldt, neppure particolarmente sollecita (10 novembre), doveva rivelarsi ben lontana non soltanto dall'accogliere la pratica soluzione, ma persino dall'accettare il colloquio su di un medesimo piano.

Seguendo il dipanarsi dell'argomentazione non è difficile per noi, giunti a questo punto, afferrare le ragioni di un simile completo mutamento di atmosfera: « Das Studium der Jurisprudenz setzt ernstes Studium des Menschen und seiner Geschichte praktische Philosophie und eine Menge vorbereitender Kenntnisse zum voraus. Auf der Universität wird nur der Grund gelegt, das ganze künftige Leben des denkenden Geschäftsmann soll dieser grossen *Wissenschaft* gewidmet seyn. Wenn der akademische Lehrer von dieser Gesichtspunkte ausgeht, wenn er in diesem *Geiste* lehret und lehrend sich selbst immer weiter verwollkommet: so ist nicht so leicht zu besorgen, dass der Jungling durch Vorträge über die Landesgesetze zu dem Wahne gebracht wird, er dürfte die anderen Zweige des Rechts übergehen oder in seinen Studien Stillstehen, wenn die akademische Laufbahn geschlossen ist.

*Doch die Verkennung dieses wahren und einzigen Geistes ächter Juristen, Verabsäumung der alten Literatur, sogar der Sprache, worin die grössten Muster der Jurisprudenz vorhanden sind, und Mangel an Sinn für allgemeine Bildung hat hier eben den Schaden hervorgebracht, wie überall jene Ansicht die Staaten und Schulen wie Fabrikansalten gewürdigt und alles Streben des Geistes auf das unmittelbar Anwendbare zu beschränken versucht hat. Dagegen hilft allein die Berufung geistvoller und gelehrter Dozenten, und eine radikale Reform aller Lehr-Anstalten, insofern diese gegen den Strom des Zeitgeistes möglich ist » (in U. BAKE, *loc. cit.*, pg. 158).*

Parlavamo tuttavia di un processo ancora non definito, di ambiguità: è infatti bensì vero che Humboldt propone con queste appassionate espressioni qualcosa di diverso da un corretto rapporto prassi-teoria; e del resto sappiamo che egli non distingueva, come invece era solito fare Suarez, tra *Ausbildung* di tipo teoretico e pratico, quanto piuttosto tra *wissenschaftliche Bildung* e 'praktische Ausbildung' (*ibid.*, pg. 82).

Pütter era in altre parole in chiaro più di un punto fondamentale: la *condizione imprescindibile* perché assumesse un qualche senso il tentativo di 'trasferimento' anche nell'ambito universitario dei procedimenti di ricerca — ovviamente intesa ancora nell'ottica tardo settecentesca come « *Bereicherung der Wissenschaften mit neu entdeckten Wahrheiten* » —, non poteva che essere in ultima analisi rappresentata da una *crescita organizzativa* della Università. Essa doveva essere posta ormai in condizione di disporre « di un *numero tale* di insegnanti, da far sì che ciascuno di essi si possa limitare soltanto a singoli campi del sapere (sich nur auf *einzelne Teile* der Gelehrsamkeit *einschränken* darf), e che egli al di fuori di quelle ore che deve dedicare alle lezioni, sia in grado di risparmiare ancora tempo (noch *Zeit ersparen* kann), per ampliare le sue proprie prospettive in quelle mede-

In ogni caso è altrettanto significativo che Humboldt non rinunci ancora completamente a richiamarsi ad un ideale complessivo di '*Theorie des Recht überhaupt*', nella quale anche le 'leggi territoriali' costituissero una componente 'essenziale': la *Ableitung* del diritto può allora presentarsi 'anche' sotto forma filosofica, « aus der Idee des Rechts überhaupt, mit *Hülfe der Moral, der Politik und der Logik...* » (ibid., pg. 159).

Uno dei motivi principali che sembrano aver spinto il Nostro a respingere il suggerimento di Beyme si rivela allora quello della tendenziale convergenza, nella sua visuale, di 'Bildung' e necessità di limitare al minimo le capacità d'intervento dello Stato nel settore concernente l'educazione universitaria; lo Stato non potrebbe, in conformità a questa tendenziale convergenza, esercitare alcun influsso *diretto* sulle singole scienze, dovendo invece limitarsi ad assicurare le forme ed i mezzi esteriori allo scopo necessari: ogni altro tipo d'intromissione sarebbe altrimenti « *vielmehr immer hinderlich* » (cfr. *loc. ult. cit.*, pg. 89). Questo atteggiamento però non può occultare la circostanza che il suo richiamo all'impostazione della filosofia *pratica* intesa nel senso dell'Illuminismo, al di là della completa identità di vedute con Savigny sull'importanza da assegnare all'ideale della *Bildung*, ricostituiva un non trascurabile momento di divergenza. Savigny sarà in certo senso più conseguente nel trarre le conclusioni dall'accettazione della 'Bildungstheorie', ed avremo occasione di rendercene conto più da vicino, anche con riferimento alle sue lezioni sul Codice prussiano.

(<sup>27</sup>) Si veda per ulteriori indicazioni bibliografiche — tra le quali riveste un certo interesse l'opinione espressa da Condorcet in un manoscritto inedito « *Sur l'utilité des academies* » (1780) — ancora R. STICHWEH, *Zur Entstehung des modernen Systems*, cit., pg. 71.

sime scienze che è suo compito proporre ad altri »<sup>(28)</sup>; soltanto per una Università propensa ad accettare fino in fondo — ma esclusivamente in questi termini — la logica della divisione del lavoro<sup>(29)</sup>, si sarebbe quindi rivelato inevitabile un collegamento con le « mehrere gelehrte Gesellschaften » capaci di far progredire in modo decisivo l'attività di acquisizione di nuove verità: per quanto secondo Pütter una simile attività dovesse pur sempre essere affidata ad una istituzione *formalmente* separata — ma in realtà da essa non distinta, proprio perché scaturente dal suo interno —, si era così compiuta una 'innovazione' concettuale decisiva per la tendenziale attribuzione all'Università *in quanto tale* della funzione di conservazione e 'moltiplicazione' del sapere<sup>(30)</sup>.

In considerazione di questi svolgimenti ci si sarebbe allora potuti attendere tutt'altro che una 'caduta' dell'interesse enciclopedico-classificatorio; anzi non sarebbe apparso neppure ingannevole avanzare l'ipotesi di una sua *crescente* adeguatezza all'incandescente crogiuolo dovuto alla situazione reale di partenogenesi delle discipline<sup>(31)</sup>.

---

<sup>(28)</sup> J.S. PÜTTER, *Versuch einer academischen Gelehrten-Geschichte von der Georg-Augustus-Universität zu Göttingen*, Göttingen, 1765, *Von der Königlichen Societät der Wissenschaften zu Göttingen*, § 139, pg. 251; cfr. anche *ibid.*, pg. 265 ss. le considerazioni sul ruolo giocato da queste società per la fondazione e la prosecuzione delle *Göttingische Gelehrte Anzeigen*.

<sup>(29)</sup> Siamo così posti in condizione di meglio comprendere, una volta collocatele sul sottofondo istituzionale loro più appropriato, le riflessioni di Gustav Hugo che abbiamo avuto l'occasione di riportare in precedenza alle pg. 35 e ss.

<sup>(30)</sup> Un tale passo sarà poi con tutta consapevolezza compiuto in Göttingen, laddove cioè maggiori erano le occasioni di riflessione sulle intime connessioni tra crescita organizzativa e possibilità pertanto riservate all'istituzione-università di raggiungere una completezza nel perseguimento del compito di 'accrescimento' del sapere, come tale preclusa alla Accademie. Cfr. E. BRANDES, *Über den gegenwärtigen Zustand der Universität Göttingen*, Göttingen, 1802, pg. 16 ss.

In questo senso può parlarsi, al contrario — e nonostante tutta la retorica riformistica che accompagnò la fondazione dell'Università di Berlino — di un atteggiamento più realistico rispetto a quello (presto sorpassato dai tempi) che assunsero, appunto sul terreno dei rapporti tra accademie e Università, i padri del movimento 'riformatore' prussiano, pretendendo ancora di assegnare alle prime il monopolio della ricerca specialistica.

<sup>(31)</sup> Un altro segnale del mutamento dei tempi sul quale avremo oc-

Fin dagli ultimi decenni del diciottesimo secolo si addensavano però già numerosi e non elusivi segnali secondo i quali ad un ordine delle scienze puramente o prevalentemente 'aggregativo' veniva sostituendosi l'idea di una disciplina che dovesse in prima istanza occuparsi del lato *comune* a tutte le scienze, l'idea di una *Wissenschaftskunde* sistematica: un primo gradino sulla strada che si sarebbe mostrata suscettibile di condurre a distogliere lo sguardo dall'albero della conoscenza nella sua interezza, per fare invece consapevolmente centro sul singolo *Fachgebiet* preso in considerazione, riducendo così l'elemento comune alle varie scienze a quello del *punto di contatto*; sino anzi a rendere ormai di fatto incerto e problematico il riferimento medesimo ad una *pluralità* delle scienze, dacché la « *Wissenschaftskunde* giebt die Darstellung des Begriffs *einer* Wissenschaft, ihres Umfangs und innern Zusammenhangs, ihrer Verbindung mit *andern*, ihres Einflusses und Nutzens »<sup>(32)</sup>.

Hufeland non aveva quindi motivo di sottrarsi alla logica interna dell'« ordine » discorsivo appena introdotto, e poteva così prendere atto senza ambagie del fatto che una simile 'Wissenschaftskunde della scienza giuridica' imponeva a sua volta una 'dissociazione' (*zerfällt*)<sup>(33)</sup> tendenzialmente *radicalizzata* in scienza giuridica vera e propria (*eigentliche* Rechtswissenschaft) e scienze ausiliarie (*Hilfswissenschaften*).

Che in queste poco percettibili modificazioni linguistiche fosse coinvolta la posta di un gioco dal respiro assai più ampio, può forse a tutta prima non rilucere di particolare evidenza: eppure no-

---

casione di soffermarci più o meno direttamente, sarà rappresentato dal processo mediante il quale alle 'Enciclopedie filosofiche' — o meglio, d'orditura principalmente filosofica — subentreranno, a partire da Hegel, vere e proprie Enciclopedie della Filosofia, che verranno ormai a prendere in considerazione le altre scienze solo nella misura in cui se ne presenterà la 'filosofica' necessità.

<sup>(32)</sup> G. HUFELAND, *Abriss der Wissenschaftskunde und Methodologie der Rechtslehre*. Zu Vorlesungen, Jena, 1797, § 6, pg. 3; cfr. *ibid.* § 7: « Die Wissenschaftskunde lässt sich in die *allgemeine* (Wissenschaftskunde im strengen Sinne) und *besondere* eintheilen. Von der letztern ist die Wissenschaftskunde der Rechtswissenschaft eine Art. Diese muss sich über alle Theile verbreiten, die zur Rechtsgelahrtheit gehören ».

<sup>(33)</sup> *Ibidem*; sottolineatura nell'originale.

nostante l'apparente permanere del nostro nel quadro di un ideale 'globale' di educazione del giurista (34), la sua scelta per la *Wissenschaftskunde* — altamente rappresentativa del momento di trapasso — pone, staremo per dire 'drammaticamente', anche lo stesso mondo del diritto di fronte alla irreversibile crisi del 'modello-enciclopedia'; una crisi che può costituire comunque nella nostra ottica l'inizio di una spiegazione della prepotente emersione di partizioni dicotomiche e 'secondo l'oggetto', del tipo pubblico/privato, ad un ruolo prima non raggiungibile.

La ripercussione inevitabile della diversa collocazione degli accenti, che percorre tutta la struttura di un discorso svolto a livello di *Wissenschaftskunde* (35), funge quasi da moltiplicatore dell'effetto: la cassa di risonanza più appropriata la possiamo allora rinvenire nella sezione della connessa *Methodologie*, allorché si tratta di precisare più da vicino il concetto di Enciclopedia interna (*innere Encyclopädie*) (36), ovvero di Istituzioni dell'intero diritto positivo.

---

(34) Si veda per un raffronto la tavola del suo progetto di corso che riproduciamo in *Appendice I*: essa ben sottolinea anche visivamente il *Vorrang* oramai assunto dalla scienza giuridica 'vera e propria', ruolo vieppiù autonomizzato e quasi dotato di un segno superiore dalla completa assenza di un diritto naturale diverso da quello tendenzialmente già considerato dalla tradizione come parte del diritto vigente; cfr. J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz » auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1979, pg. 157, nota 124.

(35) La medesima Allgemeine Wissenschaftskunde viene adesso ridotta al rango di mera scienza 'ausiliaria'; G. HUFELAND, *op. cit.*, II. *Abschnitt. Hilfswissenschaften*, § 55. 1) *Sachkenntnisse a) Allgemeine Wissenschaftskunde*, pg. 25: « Der Zusammenhang aller Wissenschaften unter einander ist so genau und so fest verschlungen, dass eine Uebersicht des ganzen Feldes der Wissenschaften eine unerlassliche Bedingung einer vollständigen und richtigen Einsicht in jedes einzelne wissenschaftliche Gebiet ausmacht. Sie wird in der allgemeinen Wissenschaftskunde gegeben ».

(36) I concetti di enciclopedia esterna ed interna acquisiscono un rilievo tutto particolare come cartina di tornasole dei processi che stiamo prendendo in esame, ed avremo occasione di precisarlo meglio a suo luogo. Ci limitiamo qui ad alcuni rilievi 'genetici'.

Non si deve infatti ritenere che una siffatta partizione possa essere ricondotta *sic et simpliciter* ad un retroterra kantiano, come sarebbe a prima vista agevole.

Per richiamare infatti un solo, ma sintomatico esempio, C.S. ZACHA-

In questo contesto ci troviamo infatti di fronte ad una strutturazione del piano di studi intesa come 'risposta' ad una domanda tripartita, sul tipo di quella che poco dopo anche Gustav Hugo do-

---

RIAE, *Grundlinien einer wissenschaftlichen juristischen Encyclopädie. Zur Ankündigung seiner von Ostern bis Michael 1795. auf der Universität Wittenberg zu haltenden Vorlesungen*, Leipzig, 1795, pg. 19 ss. dà bensì mostra di conoscere ed usare la distinzione cara al filosofo-giurista di Königsberg — sulle nozioni di interno ed esterno nella dottrina giuridica kantiana si veda H.-G. DEGGAU, *Die Aporien der Rechtslehre Kants*, Stuttgart-Bad Cannstadt, 1983, spec. pg. 29 ss., nonché W. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, Berlin-New York, 1984, 120 ss. —, ma la utilizza appunto con esclusivo riferimento al Diritto; per il concetto di Enciclopedia la partizione generalissima è invece quella di Enciclopedie (giuridiche) scientifiche ed Enciclopedie (giuridiche) storiche (*ibid.*, pg. 12 ss.).

L'introduzione della coppia interno-esterno nel concetto di enciclopedia è comunque senz'altro opera dei 'nuovi' giuristi; cfr. C.F.C. WENCK, *Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1810, pg. 18. La sua stessa interscambiabilità con la coppia speculare materiale-formale ci mette però sull'avviso: si tratta infatti di una *Übertragung* nel campo della trattazione dell'enciclopedia giuridica della identica suddivisione che era entrata di nuovo in uso nel settore della Storia del diritto soprattutto per merito del leibnizismo di Gustav Hugo.

Non per caso è a lui che dobbiamo fare capo se ne vogliamo incontrare un'analisi di rilievo: « Was ἐγκυκλιος παιδεία bey den Griechen geheissen habe, darüber finden sich philologische Untersuchungen in einer eigenen Schrift des Herrn Prof. Konopak (Hugo allude qui al saggio di C.G. KONOPAK, *Über den Begriff und Zweck einer Encyclopädie im Allgemeinen und der Encyclopädie der Rechtswissenschaften insbesondere*, Halle, 1800). Wenn man den Sprachgebrauch der Neuern aus folgenden bekannten Beyspielen abstrahirt: Dictionnaire encyclopédique, Frankfurter Encyclopädie, Sulzer's Encyclopädie, Plank's theologische, Gatterer's historische Encyclopädie u.s.w.; so wird man leicht sehen dass bloss der Begriff des Allgemeinen überall zum Grunde liegth, dass er aber 1. bald auf alles menschliche Wissen, hald nur auf ein bestimmtes Fach bezogen wird, 2. bald bey einem blossen Aggregate, etwa nach alphabetischer Ordnung, bald bey einem Systeme vorkommt, und dass. 3. auch bey einem Systeme bey weitem nicht immer blos auf den Umriss gesehen werden muss, sondern dass auch ein Grundriss gemeint seyn kann, kurz dass eine *innere (materiale)* Encyclopädie im Gegensatz einer *äussern (formalen)* bey weitem nicht so etwas unerhörtes ist, wie etwa eine innere Peripherie » (*Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlin, 1811<sup>4</sup>, pg. 36, nota 2). Per un'analisi più dettagliata del problema cfr. *infra*.

veva reputare come implicitamente indicata dal concetto medesimo di diritto positivo<sup>(37)</sup>.

Tuttavia, quest'ultimo potrà ritenere il quadro perfettamente concluso ed integrato *soltanto* allorché alla dogmatica come elemento pratico (in risposta alla prima questione, cosa sia diritto) e alla storia del diritto medesimo (la risposta sulle modalità del diritto 'divenuto' costituisce quindi il *terzo* livello dell'articolazione hughiana), si fosse affiancata la valutazione antropologico-filosofica, assurta già per la sua collocazione topica — la seconda domanda concerne appunto il problema « ist es vernünftig, dass es so sey? »<sup>(38)</sup> — a cerniera dell'intera partizione; ben differente si rivela invece la sequenza impostata da Hufeland, tutto volto — dopo aver stabilito 'il che cosa ed il come' della *validità* del diritto con la serie Istituzioni, Storia del diritto — a far culminare la struttura, con una completa estromissione della (od incapacità di pensare una) *Rechtsphilosophie*, nella gugia sistematica: « 3) Warum gilt es jetzt als Recht? — Systeme der einzelnen Wissenschaften. In diesen werden dann die Folgen aus den Grundsätzen mit dem Beweise der Grundsätze selbst verbunden »<sup>(39)</sup>.

Poco importa che qui il concetto di sistema in sé e per sé appaia ancora legato a formulazioni di sapore incerto tra un tardowolfismo di ritorno ed il sostanziale kantismo cui Hufeland farà espressamente capo sin forse agli ultimi anni; quello che veramente conta è il diverso 'movimento' ascensionale, che rende testimonianza mediante la diversa relazione con il campo filosofico — e lo vedremo di qui a poco — del mutamento che sta intervenendo e che solo renderà possibile l'emersione in condizione di tendenziale esclusività di una partizione sistematica basata sugli *oggetti* del diritto; di una partizione cioè che fosse in grado di soddisfare l'esigenza, ormai avvertita dai più, di rivendicare finalmente alla scienza giuridica un principio *unitario* di suddivisione.

---

(37) Vedi G. HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus, Erster Band, welcher, als allgemeine Einleitung in die Jurisprudenz überhaupt und den civilistischen Cursus ins besondere, die juristische Encyclopädie enthält*, Berlin, 1799<sup>2</sup>, pg. 15.

(38) Cfr. anche *Systema iuris*, I, pg. 177 ss.

(39) G. HUFELAND, *op. ult. cit.*, pg. 45.

Il mantenimento dell'ideale di 'scientificizzazione' e della medesima *Bildungssee*, una volta superato lo spartiacque dell'anno 1800, non farà che approfondire questo tipo di esigenze, e proprio nello stesso istante nel quale eleverà ad interesse primario della ricerca non già il tema della *pluralità* delle scienze, ma quello assai più gratificante del *concetto di 'Scienza'* <sup>(40)</sup>.

Accade così, in altri termini, che venga impercettibilmente dissolta la 'radiazione di fondo', che al di là di ogni possibile convergenza sui temi specifici, fondamentalmente opponeva la idea di Enciclopedia a quella di Sistema: la prima ferma nella convinzione secondo la quale il tipo di integrazione enciclopedica delle affermazioni scientifiche, con tutte le discrepanze e le difficoltà che pur innegabilmente presentava, costituisse il limite *massimo* dell'integrazione perseguibile, ed anzi che fosse *contro* il principio stesso dell'Enciclopedia immaginare che tutte queste difficoltà si 'potrebbero' in via di principio eliminare <sup>(41)</sup>.

L'altra, invece, volta a recuperare la dimensione temporale del futuro (critica) del diritto — che la prima riservava con Hugo appunto alla sua *seconda* e specifica articolazione scientifico-giuridica —, per ricondurla *all'interno* dell'idea di Sistema in quanto completa conoscenza dei fatti e delle norme giuridiche *presenti*; in una parola come una mera funzione subalterna di *anticipazione*, in modo da poter fare 'previsioni' complete per un 'futuro' ormai divenuto una delle *dimensioni* medesime del concetto di Sistema.

Non si dovrà pertanto parlare di una completezza 'semplice' del sistema di contro alla accentuata *incompletezza* dell'enciclopedia, ma piuttosto si tratterà di sottolineare il carattere 'qualificato' di quella completezza, perché essa si presenta in senso forte come una completezza *anticipata*.

<sup>(40)</sup> Cfr. R. STICHWEH, *op. cit.*, pg. 9, 14 ss.

<sup>(41)</sup> Si veda O. NEURATH, *Unified Science as Encyclopedic Integration* (1938), trad. it. in AA.VV., *Neopositivismo e unità della scienza*, Milano, 1958, pg. 45. Su Neurath esiste ormai una recente letteratura alla quale si può tranquillamente rinviare; D. ZOLO, *Otto Neurath. Scienza sociologia e politica in una prospettiva post-empirista*, Milano, 1985, nonché F. FRSTETTI, *Neurath contro Popper. Otto Neurath riscoperto*, Bari, 1985, spec. pg. 69 per utili precisazioni sul concetto di enciclopedia.

Non si può negare, d'altro canto, che questo sovvertimento — destinato a lungo andare a produrre un vero e proprio accantonamento dell'interesse meramente classificatorio — interveniva a porre, in qualche misura, rimedio alla situazione 'disturbata' della realtà comunicativa di una scienza abituata per tutto il corso del diciottesimo secolo ad una 'cronica' carenza di vincoli ordinativi di carattere disciplinare.

Se il campo delle conoscenze scientifiche aveva a presentarsi più che altro come un insieme in linea di massima destrutturato di problematiche meramente eventuali (pur in una loro tendenziale connessione), non doveva essere difficile giungere alla assunzione di una predominanza della singola vicenda intellettuale dello scienziato a costituire il *principio ordinatore* di cui si andava in cerca: questo atteggiamento non poteva per altro non indicare una accentuata propensione, per non dire frenesia, verso la *Systembildung*, intesa però soltanto come tentativo di ricostruzione *individuale* di sezioni *il più possibile comprensive dell'intero* patrimonio scientifico di volta in volta preso in considerazione<sup>(42)</sup>.

La conseguenza di un simile *habitus* mentale — come vedremo divenuta in sé tutt'altro che obsoleta nel corso della vicenda sistematica ottocentesca — non poteva farsi attendere a lungo, consistendo, come consisteva, nell'assai scarso successo comunicativo dei sistemi così progettati, dal momento che anche per ciascun altro soggetto compartecipe della qualifica di scienziato doveva essere naturale, o meglio quasi ovvio, dedicarsi ad un personale tentativo di ricostruzione, piuttosto che richiamarsi alle sistematizzazioni progettuali già esistenti: « La panoramica-sommario (*Uebersicht*) sul campo oggetto di una lezione si rivela particolarmente essenziale nel momento dell'esposizione che assuma a suo tema *l'intero sistema giuridico*. Non c'è nulla tuttavia che accada più raramente qualora si tratti appunto di procedere ad esposizioni di questo tipo, del fatto che un insegnante faccia proprio il Sistema di un altro, che egli possa seguire la struttura ordinativa (*die Ordnung*) di un libro altrui, per quanto possa apparirgli evidente che secondo il suo contenuto esso gli sarebbe utilissimo. Non vi può essere perciò nulla di sorprendente, se qualcuno non pone a fondamento delle sue

---

(42) R. STICHWEH, *loc. cit.*, pg. 11.

lezioni nessuno dei molti manuali di Enciclopedia (*Lehrbücher der Encyclopädie*) dei quali egli ha forse pur tuttavia fatto uso in alcuni, od anche in molti singoli punti »<sup>(43)</sup>.

A questo punto ha un senso riproporre la domanda che avevamo già in precedenza accennato, ovverosia di come mai paradossalmente la tradizione enciclopedico-classificatoria venga a far cadere il suo momento dissolutivo proprio nella fase storica in cui il *contenuto* di realtà delle distinzioni da essa impiegate senza ombra di dubbio si accresce? Una risposta soddisfacente non può esimersi dal prendere in considerazione un duplice ordine di riferimento.

Da un lato va infatti messo in rilievo come venga in realtà a mutarsi l'intenzione scientifico-sistematica medesima con la quale ci si sente chiamati a perseguire l'istanza classificatoria, a seconda del diverso grado di integrazione teoretica degli specifici campi del sapere; tanto minore appare infatti l'oggettiva forza di connessione e di autoidentificazione delle discipline, tanto maggiormente si avverte l'esigenza, ed anzi la necessità — remunerata sul piano della 'celebrità' scientifica — di un intervento ordinativo *esterno* che non può che essere delegato alla scoperta dei singoli *Ordner*<sup>(44)</sup>. A questo stadio corrisponde sul piano della autolegittimazione metaforica il ricorso ad immagini che restituiscano lo *sguardo di insieme* sull'esempio di un viaggio attraverso un paesaggio, reso possibile solo mediante il possesso della carta geografica con la sua relativa invarianza nel tracciato dei confini<sup>(45)</sup>, od anche tramite il riferimento al carattere di edificio, di costruzione, che presuppone una scansione ordinata ed ascensiva di interventi a partire dall'atto del gettar le fondamenta: il movimento viene allora percepito al massimo come fine eventuale da raggiungere, come *Möglichkeit*, in

---

<sup>(43)</sup> G.F. PUCHTA, *Grundriss zu Vorlesungen über die Juristische Encyclopädie und Methodologie*, Erlangen, 1822, pg. III. Come illustremo meglio al capitolo 3, si tratta della *prima* Enciclopedia del Nostro sinora completamente sconosciuta (cfr. per ulteriori dettagli filologici *Appendice II, Nota introduttiva*).

<sup>(44)</sup> Lo aveva ben inteso già H. RATJEN, *Die Ordner des römischen Rechts. Beitrag zur juristischen Literaturgeschichte*, in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, VIII (1869), pg. 277 ss.

<sup>(45)</sup> Cfr. sul punto A. DEMANDT, *Metaphern für Geschichte. Sprachbilder und Gleichnisse im historisch-politischen Denken*, München, 1978, spec. pg. 220 ss.

relazione tuttavia ad una sequenza di stadi definitivamente dati nella loro successiva staticità, dei quali, in ultima analisi, può porsi a modello la figura del catalogo.

Ma dopo l'insorgere di un *concreto* e specifico sistema delle discipline scientifiche la classificazione delle scienze si vedrebbe costretta a presentarsi sic et simpliciter come la *reduplicazione* di una struttura che sembra già, presa di per sé, di facile osservabilità nella realtà esterna <sup>(46)</sup>.

Tuttavia sarebbe erroneo ritenere che una concreta riorganizzazione della sempre crescente massa del sapere potesse da sola costituire la ragione sufficiente per soppiantare il vecchio strumentario: l'interrelazione dinamica tra le discipline appare certo agli inizi dell'Ottocento un fatto reale; ciò nonostante è necessario un ulteriore duplice passaggio perché si giunga ad una nozione di *Real-system*, tale da rendere teoreticamente superfluo il ricorso all'intervento riorganizzativo esterno.

Come aveva ben visto nel 1803 Schlegel, una metafora non poteva essere sostituita che da un diverso tipo di metafore, a loro volta dotate — anch'esse di fatto dall'esterno — di una forte carica valutativa, nella loro pretesa qualità di *migliori* paragoni: al posto di *Landkarte* o *Gebäude*, subentra ora 'organismo biologico' oppure — come suo più realistico contraltare — 'Organisation'; un'organizzazione che in tanto diviene strumento euristico insostituibile, in quanto sia *allo stesso tempo* « causa ed effetto di se stessa (*Ursache und Wirkung von sich selbst*) » <sup>(47)</sup>.

Adesso l'ordine sistematico inteso come *realmente* dato potrà essere e restare oggetto di contemplazione, ma si otterrà per definizione ad interventi di carattere esteriore, soprattutto (o *persino*) se provenienti dalla filosofia. La sistematizzazione della scienza giuridica secondo il suo oggetto, innegabile preludio alla ricostruzione intrasistemica della asimmetria pubblico/privato, è comprensibile infatti — e siamo qui giunti in prossimità del secondo passaggio — solo sullo sfondo della vicenda di destrutturazione della tradizionale gerarchia della quale la filosofia costituiva parte integrante.

<sup>(46)</sup> R. STICHWEH, *loc. cit.*, pg. 12.

<sup>(47)</sup> Si tratta di osservazioni avanzate in A.W. SCHLEGEL, *Vorlesungen über Encyclopädie*, contenute in un manoscritto sinora non pubblicato, ed ora rese accessibili da U. DIERSE, *Encyclopädie*, cit., pg. 142 ss.

La logica della 'cosa stessa', mediante il rinnovato riferimento allo scoglio delle gerarchie ci riconduce insomma ancora nelle vicinanze del problema che già in precedenza avevamo avuto occasione di sollevare<sup>(48)</sup>, contribuendo anche a rafforzare l'impressione in forza della quale sembra imporsi a questo punto inevitabilmente una approfondita e più globale indagine, volta a specificare il significato delle gerarchie per l'organizzazione del mondo intellettuale. Proprio in connessione alla società del secondo settecento, ancora ampiamente strutturata in forme cetual-gerarchiche — di più, anche in virtù della riproblematizzazione del dato cetuale nella sua 'frizione' con l'elemento 'puramente privatistico' — ci sarà infatti consentito di imbattersi nei primi rilevanti tentativi di soluzione del quesito che qui interessa<sup>(49)</sup>.

Un simile procedimento si rivela altresì *prima facie* di sicuro effetto in forza della considerazione che il principio di coordinazione delle discipline ormai autonome (caratteristico del sistema moderno) sembra essere appunto costituito su di una base strutturale immediatamente negatrice delle gerarchie; appare pertanto plausibile ipotizzare il tema della progressiva *dissoluzione* delle medesime come nodo focale del trapasso indirizzato alla differenziazione disciplinare. Va tuttavia rimarcato — contro facili inclinazioni a cui in ultima analisi non riesce a sfuggire un certo tipo di sociologismo totalizzante<sup>(50)</sup> — che una tale 'dissoluzione' riguarda

---

<sup>(48)</sup> Cfr. *supra*, pg. 75 ss.

<sup>(49)</sup> Sul punto vedi specialmente quanto diremo al paragrafo immediatamente successivo in riferimento alle posizioni del genere di Goethe e 'compagno di viaggio' di Gustav Hugo, nonché esperto di economia politica Johann Georg Schlosser: per notizie bibliografiche ulteriori a quelle che forniremo nel prosieguo cfr. sin da ora *Systema iuris I*, cit., pg. 115, nota 51.

<sup>(50)</sup> Sotto questo profilo esso costituisce certamente un approfondimento ed una riproposizione ad un livello di maggiore complessità ed astrattezza della tematica weberiana della razionalizzazione 'specialistica' implicata nel mondo 'moderno' (cfr. in particolar modo W. SCHLUCHTER, *Die Paradoxie der Rationalisierung. Zum Verhältnis von 'Ethik' und 'Welt' bei Max Weber*, in Id., *Rationalismus der Weltbeherrschung. Studien zu Max Weber*, Frankfurt am Main, 1980, pgg. 9-40).

Non vanno tuttavia sottaciuti i meriti che sotto il profilo interpretativo sembra offrire l'impostazione cui si fa riferimento nel testo — e alla quale anche noi ci richiamiamo, naturalmente nei limiti che ci appaiono com-

assai più il processo di differenziazione funzionale, che non invece il fenomeno ad essa connesso della *ricostruzione* 'interna' della stessa disciplina giuridica mediante schematizzazioni di tipo bina-

---

patibili con il concreto sviluppo storico —; tra i quali va a collocarsi precisamente l'esplicita tematizzazione del rapporto tra la costruzione di un tipo sistematico tale da non lasciare più istituzionalmente 'confini aperti' nei confronti della società, ed il problema delle schematizzazioni binarie (rappresentate appunto dalla tipologia vero/non vero, buono/non buono, questo/non questo, privato/pubblico) che vi stanno alla base come possibile codice: « Seit Kant ist die aprioristisch orientierte Selbstkontrolle des Einsatzes binärer Schematismen der Kognition (wahr/unwahr), der Moral (gut/nicht gut) und der Form (dies/nicht dies) ein historisch nicht mehr zurücknehmbare Reflexionsposition » (N. LUHMANN, *Selbstreferenz und binäre Schematisierung*, in ID., *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Bd. 1, Frankfurt am Main, 1980, pgg. 301-313, 310). Sulla questione si può rinviare anche per ulteriori esplicitazioni ancora a N. LUHMANN, *Der politische Code: 'Konservativ' und 'progressiv' in systemtheoretischer Sicht*, in ID., *Soziologische Aufklärung 3*, Opladen, 1981, pgg. 267-286 (trad. it. in N. LUHMANN, *Potere e codice politico*, a cura di G. GOZZI, Milano, 1982, pgg. 62-99).

Va comunque sottolineato che in Luhmann l'elaborazione teorica di questo schema interpretativo anche in tema di gerarchie appare anteriore ad un incontro con le più raffinate analisi di Dumont (*Homo Hierarchicus* viene infatti preso in considerazione solo in una riedizione londinese del 1970 — priva quindi del saggio del 1978 — e piuttosto di sfuggita; se non andiamo errati esclusivamente a partire dall'ultimo lavoro del nostro: cfr. N. LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, 1984, pg. 461). Avendo sotto gli occhi il problema dell'evoluzione giuridica ottocentesca, si può perciò affermare che Luhmann lasci ampiamente non chiarita — nonostante che essa venga in più punti sollevata proprio in connessione alle 'gerarchie' (*ibid.*, pgg. 26, 38, 39, 606, 607) — la questione della riferibilità dello schema interpretativo medesimo alla tradizione (idealistico)-dialettica; cfr. A. LOCKER, *On the ontological Foundations of the Theory of Systems*, in W. GRAY, N. D. RIZZO (ed.), *Unity Through Diversity: A Festschrift for Ludwig von Bertalanffy*, New York, 1973, Bd. 1, pgg. 537-572, nonché le considerazioni di F. VARELA, *Principles of Biological Autonomy*, New York, 1979, pgg. 100-101, riportate da M. CERUTI, *Introduzione a S. KÖRNER, Sistemi di riferimento categoriali*, Milano, 1983, pg. 22; considerazioni che ci sembrano però postulare una troppo netta distinzione tra il paradigma classico (hegeliano) di dialettica, come legato ad una dualità di tipo esclusivamente polare, la cui forma fondamentale sarebbe costituita dalla simmetria (poli appartenenti al medesimo livello), ed una rappresentazione 'attuale', nella quale invece la forma-fondamento è l'asimmetria,

rio (pubblico/privato; diritto soggettivo/diritto oggettivo; *Gewohnheitsrecht/Juristenrecht; Volk/ Staat*). Questa ricostruzione interna tenderà invero, nella sua nuova veste 'binaria', ad interiorizzare, per così dire — non da ultimo in forza della *reduplicazione* che al metodo giuridico sarà imposta dalle acquisizioni medesime dell'idealismo obbiettivo<sup>(51)</sup> — il fondamento stesso del pensiero gerarchico<sup>(52)</sup>.

secondo cui i termini si estendono entrambi attraverso i livelli, a generare, quindi, l'autoriferimento; sotto il profilo grafico rispettivamente:

dialettica hegeliana

(A/non A)

① ↔ ②

dialettica 'autoreferenziale'

(organicistica)

2 ↔ ①

Sia come sia, è in ogni caso evidente la parentela tra lo schema «cosa»/processo che conduce alla «cosa» di tipo referenziale (organicistico) e quello gerarchico da noi precedentemente illustrato.

La connessione tra la tradizione sistematica giuridica ottocentesca e questi apparentemente 'modernissimi' sviluppi non è da ultimo sfuggita all'acuto e assai critico sguardo di D. NÖRR, *Savigny, die Ökologie des Geistes und der Laplace'sche Dämon*, in *Rechtshistorisches Journal*, 3 (1984), hrsg. von D. SIMON, pgg. 175-182: « Vieles, was gegen die Lehre Savigny's vorgebracht wurde, liesse sich auch gegen ein kybernetisches (Gesetzgebungs-) Modell verwenden » (pg. 179).

<sup>(51)</sup> Con il tema della *Doppelung* metodologica tocchiamo un punto sul quale dovremo soffermarci più innanzi al capitolo terzo, perché concerne specificatamente la relazione del metodo giuridico con la dialettica di tipo idealistico; fondamentale si rivela sul tema da ultimo J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, 1984, spec. pg. 331 ss. La duplicazione è connessa al tentativo di esprimere contemporaneamente l'elemento generale e necessario accanto, o meglio come immanente, all'individuale concreto e contingente, mediante schemi che si ritraducono in una soluzione triadica, e che traggono le loro origini da modelli del tipo Natura-Arte, o Natura-Ideale. È in questo contesto che è emerso recentemente un interesse particolare per un *excerptum* savignyano non datato e relativo ad un frammento tratto dall'*Hyperion oder der Eremit in Griechenland*, Buch 1.2., 1797, Buch 3.4, 1799 di Hölderlin, nel quale spicca appunto l'espressione « diviene Ideale ciò che era natura » (cfr. H. KIEFNER, *Ideal wird, was Natur war*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9, 1980, pgg. 515-522; nonché ancora J. RÜCKERT, *loc. cit.*, pg. 141:

Se allora ci chiediamo con quale gerarchizzazione del mondo intellettuale dovesse essere chiamata definitivamente a fare i conti aspirazione ad una classificazione della scienza giuridica secondo un criterio unitario — o, per esprimerci in termini ancora più prestanti, quale specifica struttura dovesse entrare in una fase dissolutiva per poter offrire spazio alla *possibilità* medesima che insorse quell'aspirazione —, l'indagine ci condurrà assai per tempo a prossimità di una risposta plausibile: è, in una parola, nella gerarchia delle forme di conoscenza che dovremo imbatterci.

E si tratterà precisamente della *Hierarchie* che si basa sulla distinzione tra conoscenza storica, filosofica e matematica, nella forma radica che viene stabilizzata e 'codificata' nel pensiero tedesco nel secolo diciottesimo dal Wolff e da alcuni dei suoi scolari<sup>(53)</sup>.

---

Il primo tendendo addirittura a ravvisarvi la possibile fonte genetica della teoria della rappresentazione del popolo da parte dei giuristi, *ivi*, pg. 120).

Ci pare comunque elemento di qualche interesse il notare — con E. WOLFF, *Das Wesen des Rechts in der Dichtung Hölderlins*, in *Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie. Neue Folge des Logos*, hrsg. von H. FLOCKNER u. K. LARENZ, Bd. 6 (1940), pg. 169 ss.; fonte del resto sfuggita completamente a Kiefner e successivamente rielaborata in ID., *Vom Wesen des Rechts in deutscher Dichtung* (1946), al quale adesso si richiama invece Rückert — come Savigny eviti di far riferimento alle 'dottrine' più specificatamente 'giuridiche' del nostro poeta, in gioventù vicino addirittura con la sua nozione di 'spirito comune del popolo' a concetti del tipo *la volonté générale* di Rousseau (*loc. cit.*, pg. 198).

Il riferimento è invece non a caso al periodo mediano della produzione di Hölderlin, nel quale il *pathos* rivoluzionario comincia ad estinguersi, per lasciare spazio a quello 'vaterländisches'.

Le differenze permangono tuttavia di rilievo (cfr. *ibid.*, pg. 193 ss.), anche per quanto riguarda il concetto dello Stato. Sul punto, come sul continuo ed interessante riferimento hölderliniano al retaggio metafisico eibniziano, che trova così forse un canale per raggiungere Savigny, vedi anche M. L. BAEUMER, « *Eines zu seyn mit Allem - Heine und Hölderlin* », in *Heine-Studien*, Stuttgart, 1966, pgg. 49-91.

<sup>(52)</sup> Cfr. ancora *supra*, pg. 78 ss.

<sup>(53)</sup> Si veda in generale sulla vicenda G. G. FÜLLEBORN, *Zur Geschichte der Mathematischen Methode in der Deutschen Philosophie*, in ID. (hrsg.), *Beiträge zur Geschichte der Philosophie*, 5. Stück (1795), pgg. 108-130; nonché, della letteratura moderna G. TONELLI, *Die Streit über mathematische Methode in der Philosophie in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts und die Entstehung von Kants Schrift über die 'Deutlichkeit'*, in *Archiv für Philo-*

Per noi adesso, ovviamente al di là delle molte considerazioni che pure potrebbero essere fatte, è importante individuare il principio di suddivisione che vi sta alla base; appare abbastanza chiaramente trattarsi di una distinzione tra tre diversi metodi di acquisizione o modalità di accesso al patrimonio del sapere. L'elemento specifico che contrassegna la mentalità che stiamo prendendo in esame è quindi rappresentato dall'esclusione della possibilità di assumere una classificazione che si valga come di suo principio unitario, nonché primario e (almeno tendenzialmente) esclusivo, del riferimento al campo degli oggetti sui quali la singola disciplina viene ad incidere, degli *Erkenntnisobjekten*. In una parola il criterio non viene ricavato dall'oggetto della forma di conoscenza, eventualmente resa specifica appunto dal suo stretto rapporto con esso — non è definibile, per dirla nel linguaggio del tempo, 'ratione objecti', laddove per oggetto va inteso l'*objectum materiale* (54).

Si tratta invece di forme di conoscenza predicabili indifferentemente dell'intero campo degli oggetti accessibili alla mente umana, ovverosia di metodi universali che escludono per esempio la definizione della matematica come scienza degli oggetti e dei problemi matematici, della storia come chiarificazione dei processi diacronici, o della filosofia in senso stretto come « scienza della verità sovrasensibili necessarie » (55).

---

*sophie* (1959), pagg. 37-66; inoltre F. KAMBARTEL, *Erfahrung und Struktur. Bausteine zu einer Kritik des Empirismus und Formalismus*, Frankfurt am Main, 1968, pag. 83 ss.

(54) Cfr. C. WOLFF, *Ratio Praelectionum* (1735)<sup>2</sup>, in ID., *Gesammelte Werke*, 1. Abt., *Deutsche Schriften*, Bd. 9, Hildesheim-New York, 1973, pag. 108 e vedi altresì J. G. DARJES, *Discours über sein Natur-und Völkerrecht auf Verlangen herausgegeben*, Jena, 1762, pag. 80 ss.

(55) Ci si richiama qui ad un tentativo effettuato in Halle da J. A. EBERHARD, *Vom dem Begriffe der Philosophie und ihren Theilen*, Berlin, 1778, pag. 23, citato secondo R. STICHWEH, *Zur Entstehung des modernen System*, cit., pag. 21; tentativo che comunque non gli avrebbe procacciato seguaci neppure a Göttingen, per motivi ovviamente del tutto contrastanti con quelli dell'ortodossia wolfiana: ovvero per la globale dominanza delle scienze specialistiche, che induceva persino i professori istituzionalmente incaricati dell'insegnamento della filosofia a ritagliarsi settori ben più specifici per la loro concreta attività. Lo scetticismo rispetto ad impostazioni d'altro tipo non potette essere meglio rappresentato nel corso di tutto

Se fosse stato questo il caso ci si sarebbe con evidenza trovati di fronte ad un processo di differenziazione orizzontale, non gerarchico, nel senso che la percezione dei momenti di rottura delle interdipendenze esistenti nella realtà dei *Gegenstände* avrebbe potuto fungere da meccanismo generatore della formazione di sempre nuove discipline intorno a porzioni di realtà enucleate secondo nuovi 'tagli' sistematici.

In realtà, una volta concepita la storia al contempo in qualità di *notitia rerum singularium* e 'fondamento' della scienza, insostituibile, ma appunto 'fuori della scienza medesima' — rango superiore della filosofia, quindi —, rimane aperta la via alla costruzione di un rapporto a gradi anche tra filosofia (scienza di tutte le cose possibili, *ratione fundamenti*)<sup>(56)</sup> e la matematica, in quanto « l'ultimo grado di conoscenza richiede che si sappia misurare tutte le cose che hanno una grandezza; ... e in tal modo la matematica ci conduce alla conoscenza più accurata e *più perfetta* che sia possibile conseguire »<sup>(57)</sup>.

La triade garantisce allora l'istituzionalizzazione di un processo di differenziazione verticale o gerarchico delle attività della conoscenza, ri-costruendo per così dire in tre successivi 'assalti' un medesimo 'soggetto', che viene pertanto considerato di volta in volta sotto forme diverse, nessuna delle quali però compiutamente definibile *senza ricorso alle altre*.

Tutto ciò non comporta naturalmente la totale assenza del procedimento di differenziazione secondo l'oggetto, talvolta condotto anzi con estrema accuratezza. Esso funge tuttavia soltanto da differenziazione *secondaria*, continuamente 'incrociata' ed interrotta dalle distinzioni fondamentali, cosa che comporta tra le sue conseguenze una 'duplicazione' — quando non la triplicazione — del metodo di trattare uno stesso campo di oggetti<sup>(58)</sup>: il dualismo di 'Statistica' come conoscenza storica dello Stato e *Politica* come esplicitazione scientifica delle circostanze politiche a queglii

---

l'Ottocento, che dal rifiuto opposto all'acquisizione nella biblioteca universitaria di un qualsivoglia esemplare delle opere di Schelling.

<sup>(56)</sup> Cfr. J. G. DARJES, *Discours*, cit., pg. 54.

<sup>(57)</sup> C. WOLFF, *Logica tedesca*, a cura di R. CIAFARDONE, Bologna, 1978, pgg. 31-32.

<sup>(58)</sup> R. STICHWEH, *loc. ult. cit.*, pgg. 18-19.

stessi Stati connesse, per non fare neppure cenno alle numerose articolazioni hughiane, costituiscono esempio probante in tal senso.

Abbiamo così individuato il tema dell'autodifferenziazione come primo sfondo plausibile sul quale collocare l'emergere delle classificazioni sistematiche del tipo pubblico/privato; resta tuttavia fuor di dubbio che non si possa parlare soltanto di evoluzioni a carattere esclusivamente semantico, o, peggio, riducibili ad una mera dimensione di *Begriffsgeschichte*. Tali processi vengono molto più ad incarnare le premesse di una formazione del sistema sociale della scienza che può essere a sua volta concepito interamente solo mediante la sua collocazione nel quadro degli svolgimenti della struttura sociale presa di per sé: allora è la stessa differenziazione funzionale del sistema sociale generale che è in grado di manifestarsi soltanto come differenziazione della sua struttura sociale e della sua semantica categoriale.

È quindi su questo piano che sembra *prima facie* assumere un carattere seducente l'assunzione secondo la quale l'accoglimento della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico — specialmente nella fase in cui si tende a raffigurarlo come *Wesenunterschied*, come contrasto che vada appunto al di là di una differenziazione puramente concettuale<sup>(59)</sup> — retroagisce favorendo inizialmente il superamento del feudalismo di stampo medioevale ancora ben radicato in Germania, per condurre infine in direzione di una configurazione moderna dell'essenza dello Stato. In breve l'ipotesi che la distinzione sia da riconnettere alla contrapposizione di Stato e società come a suo contenuto materiale<sup>(60)</sup>.

---

<sup>(59)</sup> Cfr. in particolare D. GRIMM, *Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichen und Privatem Recht in Deutschland*, in W. WILHELM (hrsg.), *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, 1972, Frankfurt a.M., pg. 224 ss.; S. GAGNÉ, *Über Voraussetzungen einer Verwendung der Sprachformel « öffentliches Recht und Privatrecht » im kanonistischen Bereich*, in *Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966*, hrsg. von E. v. CAEMMERER und K. ZWEIGERT, Berlin, Tübingen, 1967, pg. 23 ss.

<sup>(60)</sup> Oltre al già citato testo del Brunner cfr. specialmente E. R. HUBER, *Einheit und Gliederung des völkischen Rechts. Ein Beitrag zur Ueberwindung des Gegensatzes von öffentlichem und privatem Recht*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, hrsg. von H. BENTE, E. R. HUBER, A. PREDÖHL, Bd. 98 (1938), pg. 312 ss. Sul punto si veda però giustamente

A tutta prima sembrano non essere di fatto assenti numerosi elementi confermativi, ed elementi la cui portata globale — dettati come sono in prima istanza sul piano sociale dal fenomeno progressivo della 'disintegrazione' dello Stato in una molteplicità di settori autonomi, tra i quali l'economico si legittima sempre più pericolosamente come capace di assurgere ad un ruolo egemonico<sup>(61)</sup> — appare idonea per cerchi concentrici a consolidare l'impressione di una lenta, ma irresistibile linea di sviluppo dall'unità alla frammentazione 'specialistica'. È proprio al crepuscolo dell'era giusnaturalistica che ci viene incontro, per la prima volta con qualche significatività, la cristallizzazione terminologica di una scienza che si candida alla massima comprensività pensabile nell'ambito giuridico sociale<sup>(62)</sup>; ad un 'unire per distinguere' che sussuma *Staatslehre* e filosofia del diritto, *Rechtswissenschaft* e scienze economiche, sociologia e *Volkstumkunde* in un'unica ed integrale prospettiva. Nel 1793 appare infatti a Gottinga il lavoro a noi oramai ben noto di August Ludwig Schlözer « Allgemeines Staatsrecht und Staats-

---

già E. MOLITOR, *op. cit.*, pg. 11, nota 8 e pg. 14 nota 16, le cui perplessità ci paiono per più di un motivo condivisibili.

<sup>(61)</sup> Per quanto ciò possa sembrare paradossale manca a tutt'oggi una indagine globale sui rapporti tra scienza economica e scienza giuridica nell'Ottocento; non sono mancati invero lavori che hanno tentato di fornire un primo approccio al tema, ma essi sono per lo più rimasti allo stadio preliminare di abbozzi o dissertazioni dottorali. Tra queste ultime merita un particolare cenno per l'interesse intrinseco della tematica R. WALDER, *Das Wesen der Gesellschaft bei Adam Smith und Rudolf von Jhering. Zur Geschichte des rechtsphilosophischen und soziologischen Positivismus*, *Diss. iur.*, Kiel, 1943, sotto gli auspici di K. Larenz. La trattazione è comunque ben lungi dal potersi ritenere soddisfacente. Cogliamo l'occasione per esprimere il nostro particolare ringraziamento al prof. Eugen Dietrich Graue, direttore dello Juristisches Seminar della locale università per averci consentito di prenderne visione.

Ci riproponiamo comunque, al di là degli accenni che si riveleranno strettamente necessari per il prosieguo del nostro attuale discorso, di tornare approfonditamente su tutta la questione. Essa ci sembra di particolare interesse anche in vista del problema della recezione italiana, se solo si faccia capo, ad esempio, ad una certa familiarità che un Brugi poteva mostrare per il lavoro di uno dei giuristi più impegnati su questo fronte, il Dankwart.

<sup>(62)</sup> Utili indicazioni si rinvengono al proposito nell'ancora troppo scarsamente utilizzato, per non dire semi-sconosciuto H. L. STOLTENBERG, *Geschichte der deutschen Gruppwissenschaft*, cit., spec. pg. 171 ss.

verfassungslehre », la cui prima sezione viene battezzata non senza sottintesi appunto ' *Einleitung in die Staatswissenschaft* ', mentre la seconda reca l'intitolazione di ' Enciclopedia della medesima '.

Ma siamo ben distanti dall'avere in tal modo potuto presenziare alla nascita di una scienza integrale, destinata a fastigi ed affermazioni ininterrotte, per non parlare poi di una ' lunga vita ' (63). Quando pochi decenni più tardi Robert von Mohl avrà a fondare la « *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft* » (1844), essa appartiene oramai alla dimensione perdente della scienza giuridica, ed anzi starà lì a rappresentare piuttosto il canto del cigno di una simile impostazione: un'impostazione, si badi, nella quale persino Hegel si era voluto in certa misura riconoscere fin dalle lezioni del 1817/1818, secondo un programma che lo stesso ' Obertitel ' della definitiva ' *Filosofia del diritto* ' *Naturrecht und Staatswissenschaft in Grundriss* paleserà senza ripensamenti di sorta (64).

Nulla di più plausibile quindi se, con richiamo al medesimo Hegel, consapevole indagatore — quando non addirittura gratificato del titolo di primo ' scopritore ' della sua esplicita formula concettuale (65) — delle diverse conseguenze della separazione tra Stato e società e, conseguentemente, sferzante critico del liberalismo (66), si tende ad individuare l'ingresso definitivo della separa-

---

(63) Cfr. E. R. HUBER, *Die deutsche Staatswissenschaft*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Bd. 95 (1935), pgg. 1-65. Il termine tecnico era comunque in uso anche in precedenza. Cfr. soltanto F. C. FISCHER, *Lehrbegriff und Umfang der Teutschen Staatswissenschaft*, Halle, 1783.

(64) Dato che in seguito dovremo tornarvi, ci limitiamo qui a richiamare la recentissima pubblicazione di alcuni inediti hegeliani tra i quali spicca G. W. F. HEGEL, *Die Philosophie des Rechts. Die Mitschriften Wannenmann (Heidelberg 1817/18) und Homeyer (Berlin 1818/19)*, hrsg. von K.-H. ILTING, Stuttgart, 1983.

(65) Sempre utilizzabile sul punto appare A. von UNRUH, *Dogmenhistorische Untersuchungen über den Gegensatz von Staat und Gesellschaft vor Hegel*, *Diss. iur.*, Göttingen, 1928. Ormai classico sull'argomento M. RIEDEL, *Hegels Begriff der « bürgerlichen Gesellschaft » und das Problem seines geschichtlichen Ursprungs*, in *Id.*, *Hegel fra tradizione e rivoluzione*, Roma, Bari, 1975, pgg. 123-151; esso appare tuttavia meritevole di qualche correzione.

(66) « Die Richtung, die an der Abstraktion festhält, ist der Liberalismus, über den das Konkrete immer siegt, und gegen das er überall

zione nell'ambito delle scienze intorno alla metà del XIX secolo<sup>(67)</sup>: non solo, ma altresì a ravvisare poi i primi accenni di un simile sviluppo nella teoria dello Stato dell'idealismo tedesco e del romanticismo, movimenti nei quali « si annunciava minacciosamente il concetto di una società autonoma »<sup>(68)</sup>.

Soltanto a partire da questa decisiva separazione, distruttiva della stessa unità dell'essenza del politico, si sarebbe allora potuta sviluppare una indefinita catena di nuove distinzioni e astratte separazioni: da quella di Stato e diritto, di valore politico e *Rechtswerte* — idonea a dar corpo ad una giurisprudenza non statutale e non politica, alla quale corrisponderebbe come sintomo evidente la completa svincolatezza di scienza giuridica e *Rechtsphilosophie* —; alla separazione tra *Herrschaft* come elemento peculiare della cultura giuridica romanistica e *Gemeinschaft* come retaggio della storia del diritto tedesco interpretata da una germanistica in via di autonomizzazione (definitivamente inasprita nella formula gierkiana di *Staat/* versus *Genossenschaft*); per giungere infine alla distinzione tra Stato ed economia, tra *homo politicus* e *homo oeconomicus*, ma soprattutto alla *Trennung* di Stato da una parte e concetto di personalità dall'altra, tra sfera della sovranità e sfera attribuita al privato, con la necessaria elevazione della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato ad una dimensione trascendente il suo carattere di « bloss logisch - begriffliche Unterscheidung »<sup>(69)</sup>.

Il pensiero 'separatistico' d'impronta liberal-borghese, il *System der Trennungen* rappresenterebbe quindi il correlato di un progressivo sforzo di neutralizzazione, volto ad approfondire il solco tra sfera della società e statualità, senza arretrare neppure un istante di fronte alla conseguenza che l'eventualità di una contrap-

---

Bankrott macht » (G. W. F. HEGEL, *Philosophie der Weltgeschichte*) cit. secondo E. R. HUBER, *Die deutsche Staatswissenschaft*, cit., pg. 1; ma le citazioni si potrebbero agevolmente moltiplicare.

<sup>(67)</sup> Cfr. ad es.: W. CONZE, *Staat und Gesellschaft in der frühevolutionären Epoche Deutschlands*, in *Historische Zeitschrift*, 186 (1958), pgg. 1-33.

<sup>(68)</sup> E. R. HUBER, *loc. ult. cit.*, pg. 3. Si veda in generale, anche relativamente alle oscillazioni a cui vien sottoposta la datazione, P. SCHIERA, *Il cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano, 1968, pg. 97 ss.

<sup>(69)</sup> E. R. HUBER, *loc. ult. cit.*, pg. 22.

posizione di Stato e personalità potesse rendere in ultima analisi fortemente probabile l'assunzione da parte del « *privates gesellschaftliches Denken* » di un ruolo dominante nel campo del diritto pubblico medesimo<sup>(70)</sup>.

Per quanto seducente e dotato di indubbia forza argomentativa, il quadro disegnato sulla base dell'armonia prestabilita tra concreto processo sociale (separazione/contrapposizione tra Stato e società come elemento della realtà storica oggettiva), categorie atte a ritradurlo sul piano logico (contrapposizione Stato/società come espressione concettuale della dinamica storica in atto), ed infine teoria giuridica non politica e formalizzata come « *die letzte Gipfelung des liberalen Wissenschaftsbegriff* »<sup>(71)</sup>, non ci pare tuttavia reggere nei particolari, ma ancor più nel suo complesso, e mostra anzi le sue non poche debolezze se lo si voglia assumere in qualità di descrizione 'interna', di prospettiva emergente dallo stesso processo storico, proprio in relazione al tema della nostra 'dicotomia'<sup>(72)</sup>.

Anzitutto va rilevato come in realtà il cosiddetto *Trennungsmodell* sia chiaramente rinvenibile in Germania assai prima di Hegel, ed in ogni caso prima di quanto non venga per solito ammesso — laddove talvolta una certo solo 'aurorale' consapevolezza viene attribuita ancora al nostro Schlözer<sup>(73)</sup>. Esso si presenta invece come manifestazione di un neogiusnaturalismo ormai svincolato dal riconoscimento tradizionale di una completa *libertas commerciorum*, di una « possessive market society »<sup>(74)</sup>, soltanto

<sup>(70)</sup> Per le inesatte interpretazioni a cui troppo spesso questa assunzione ha dato luogo cfr. K. HESPE, *Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in der deutschen Staatsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, Köln und Berlin, 1964, pg. 32.

<sup>(71)</sup> E. R. HUBER, *loc. cit.*, pg. 24.

<sup>(72)</sup> Cfr. J. RÜCKERT, *Idealismus*, cit., pg. 166.

<sup>(73)</sup> M. RIEDEL, *Art. Gesellschaft, bürgerliche*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. von O. BRUNNER, W. CONZE, R. KOSELLECK, Stuttgart, 1975, Bd. 2, pg. 754.

<sup>(74)</sup> Il riferimento d'obbligo è a G. B. MACPHERSON, *The political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke* (1962), trad. it., col titolo *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, Milano, 1971<sup>1</sup>.

nello 'Status naturalis' (75). Principalmente sotto la spinta delle ideologie economiche dei pensatori fisiocratici (76) si va sviluppando infatti tra gli anni '70-'80 un'analisi attenta a cogliere la società in quanto elemento ormai autonomizzato, nella sua qualità di mero luogo dello scontro concorrenziale degli interessi privati (*Vermögens-Gesellschaft*), e quindi in sostanza come *Vereinigung* « per la reciproca soddisfazione dei bisogni, mediante il reciproco e libero scambio e movimento degli affari relativo ai prodotti delle proprie forze, del patrimonio e dei beni in generale » (77). Una qualità che la oppone, pertanto, a motivo della sua ormai raggiunta indipendenza concettuale, allo Stato, giungendo anzi a postularne il primato.

È un'analisi questa che trapasserà — per poi essere soggetta ad ulteriori sviluppi — nel contemporaneo diritto naturale e nelle trattazioni economiche dei medesimi adepti tedeschi di Adam Smith (78). Ma il punto focale che la rende interessante ai nostri

---

(75) Cfr. ad es. J. S. PÜTTER, *Von der Bestimmung, welche die Landeshoheit mit jeder andern höchsten Gewalt auch darinn gemein hat, dass einem jedem sein wohlverworbenes eigenthümliches recht zu lassen ist*, in Id., *Beyträge zum Teutschen Staats-und Fürsten-Rechte*, Teil I, Göttingen, 1777, pg. 351 ss.

(76) È questo un dato da tenere presente perché rincontreremo questo problema poco più avanti in occasione della disamina della figura di uno degli autori che più ha contribuito all'insorgere della *Wesenunterschied*, appunto però senza affatto connetterla ad un problema di separazione della società dallo Stato.

Sul punto, relativamente alle teorie dei fisiocratici, fondamentale D. KLIPPEL, « *Libertas commerciorum* » und « *Vermögens-Gesellschaft* ». *Zur Geschichte ökonomischer Freiheitsrechte in Deutschland im 18. Jahrhundert*, in G. BIRTSCH (hrsg.), *Grund-und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte. Beiträge zur Geschichte der Grund-und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848*, Göttingen, 1981, pg. 313 ss. Si veda inoltre P. PREU, *Polizeibegriff und Staatszwecklehre. Die Entwicklung des Polizeibegriff durch die Rechts-und Staatswissenschaften des 18. Jahrhundert*, Göttingen, 1983, pg. 203 ss.

(77) S. C. WITTE, *Ueber die Schicklichkeit der Aufwandsgesetze*, Leipzig, 1782, pg. 62 ss., qui citato secondo D. KLIPPEL, *loc. ult. cit.*, che vi rinvia anche il primo esempio in ordine temporale sinora attingibile di modello 'separatista' (pgg. 328-329).

(78) Si veda ancora D. KLIPPEL, *loc. cit.* per il riferimento ad Hufeland.

occhi è il suo insistere su di una distinzione tra libertà di carattere giuridico (le *Eigentumsfreiheiten*) e libertà invece di carattere puramente economico (*Wirtschaftliche Freiheiten*)<sup>(79)</sup>, senza negarne la reciproca indipendenza ed anzi implicitamente rinunciando al facile parallelismo, alla costruzione *immediata* del sistema sulla dicotomia diritto privato/pubblico<sup>(80)</sup>.

Certamente un 'fisiocraticismo'<sup>(81)</sup> giusnaturalistico 'rivoluzionario' di questo tipo, con il suo riferimento ai 'rapporti sociali' come criterio primario della sistematica, costituiva occasione di incrinatura grave agli occhi dei fautori del tentativo di mantenere inviolata l'unità della scienza di fronte ai pericoli di inquinamento provenienti dalla vicina Francia: « *Die verschiedenen Wissenschaften können nicht voneinander getrennt werden, ohne dass eine jede derselben von ihrer Vollkommenheit verliert. Die in neueren Zeiten erzwungene oder gepriesene Spaltung alles dessen, was zusammengehört, die Trennung ohne Wiedervereinigung, welche von der logischen Einteilung wohl unterschieden werden muss: scheint mir nicht nur eine Armseligkeit des Geistes zu verraten und sehr oft der Deckmantel der Unwissenheit zu sein, sondern um so mehr zum Verderbnis der Wissenschaften zu reichen, als sie der Natur der Dinge zuwider ist. Jene Disziplinen eines und desselben Ganzen setzen einander notwendig voraus, so*

(79) *Ibid.*, pg. 314.

(80) *Ibid.*, pg. 330.

(81) Inteso ampiamente nel senso in cui l'adopera G. HUGO, *recensione a C. D. ERHARD, Versuch einer Kritik des allgemeinen Gesetzbuchs für Preussischen Staaten, Ersten Theil Erster Band*, Dresden und Leipzig, 1792, in *Id., Beyträge zur civilistischen Bücherkenntniss der letzten vierzig Jahre...*, Erster Band (1788... 1807), Berlin, 1828, pg. 321. Val la pena di accennare che Erhard — come mostra anche il suo richiamo d'apertura a Tieftrunk, che incontreremo di nuovo seguace di Kant — è ben lontano dal negare al suo tempo in generale la vocazione alla codificazione, prendendo a pretesto l'ALR, come sarà poi il caso di Schlosser. Più di una mera curiosità erudita potrà essere il richiamo ad un altro suo lavoro nel quale magnificava la legislazione di Leopoldo di Toscana (cfr. *ibid.*, pg. 136, il riferimento alle *Betrachtungen über Leopolds Gesetzgebung in Toscana*; su Erhard, 1759-1813, figura tutt'altro che insignificante, si veda la letteratura indicata in W. SCHUBERT, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhundert. Zivilrecht, Gerichtsverfassung und Zivilprozessrecht*, Köln/Wien, 1977, pg. 66, nota 125).

*scharf sie sich, übrigens bloss in Gedanken, sondern lassen; sie begründen und vollenden einander wechselseitig* »<sup>(82)</sup>.

Le parole del controrivoluzionario per antonomasia Haller — certamente per parte sua ben poco incline ad accogliere anche solo sotto il profilo squisitamente economico le teorie ‘anglo-francesi’<sup>(83)</sup> — ci sottopongono tuttavia inopinatamente un problema centrale per la corretta determinazione della funzione che la ‘grande dicotomia’ verrà a svolgere specialmente nella teoria della scuola storica, consentendoci di recuperare parzialmente la tematica moderna della separazione tra Stato e Società come ‘punto di vista’ ermeneutico di qualche significato.

Il pensiero di Haller viene difatti frequentemente esorcizzato: un ‘cane morto della reazione’, i cui intenti ingenuamente restaurativi erano destinati a rimanere infruttuosi nel loro mero ricorrere ad una visione medieval-patrimonialistica, esclusivamente privatistica dello Stato, visione ‘ovviamente’ da lungo tempo superata e inattuale. Ci pare considerazione a questo punto quasi scontata quella tendente a mettere in evidenza come in tal modo si venga largamente ad espungere dall’orizzonte interpretativo la questione del perché mai praticamente tutti i più significativi esponenti della scienza giuridica a lui contemporanea, da Hugo a Savigny, da Stahl a Puchta — per non parlare degli interventi di Hegel, Mohl o Roscher<sup>(84)</sup> — abbiano avvertito l’esigenza di misurarsi con lui.

Sta di fatto che troppo spesso si tralascia di sottolineare la circostanza che la generalizzata avversione politica per la Rivoluzione francese — sia che si manifesti in forme di recezione e critica (Hegel), sia che assuma i toni ben più accesi di uno Stahl —, av-

---

<sup>(82)</sup> C.L. von HALLER, *Restauration der Staatswissenschaft oder Theorie des natürlich-geselligen Zustandes der Chimäre des künstlich entgegengesetz*, 2. Aufl., Winterthur, 1820, Bd. 1, *Darstellung, Geschichte und Kritik des bisherigen falschen Systeme. Grundsätze der entgegengesetzten Ordnung Gottes und der Natur*, pg. 14.

<sup>(83)</sup> Cfr. C. PFIZER, *Die Publizistik Karl Ludwig von Hallers in der Frühzeit 1791-1815*, Bern, Frankfurt a.M., 1975, pg. 184 ss.

<sup>(84)</sup> Vedi W. KÄMPFER, *Die Kritik Hegels an der Staatsauffassung K. L. von Hallers*, in *Festgabe Max Obrecht*, hrsg. von Solothurn. Juristenverein, Solothurn, 1961, pg. 27.

versione peculiare del resto a tutta la corrente dominante il panorama della scienza giuridica tedesca a cavallo tra i due secoli, esigeva come suo naturale contrappeso un'altrettanto chiara 'presa di distanza' rispetto alle teorie dichiaratamente reazionarie.

Per la prospettiva con cui stiamo affrontando il problema sono però le varie tipologie di confutazione dei giuristi nella loro specificità a meritare qualche cenno più ravvicinato, proprio a motivo di quella caratterizzazione 'privatistica' che la teoria di Haller pareva dover venire ad assumere.

Va allora senz'altro rimarcato un profilo di notevole rilevanza. La consueta comprensione della 'restaurazione delle scienze dello Stato' come tentativo di dissolvere lo Stato medesimo in una serie di rapporti giuridici privati non è di fatto appropriata: essa corrisponde assai più alla situazione soggettiva di alcuni di quei critici (non di tutti), e funge così da insospettata cartina di tornasole dello stadio di evoluzione raggiunto nell'ottica propria a ciascuno di essi dalla 'distinzione di essenza' tra pubblico e privato.

In realtà l'intenzione di Haller — che costruiva certamente in netto contrasto con le fonti medievali, potendo semmai far labile riferimento alla teoriche dei giuristi del XVIII secolo, incamminati alla ricerca di un fondamento giuridico peculiare per la dubbia 'statualità' dei territori tedeschi<sup>(85)</sup> — era al massimo quella di dare voce ad un tentativo di sfuggire alle conseguenze del principio rivoluzionario della sovranità popolare mediante una « riprivatizzazione *politica* del (diritto) pubblico »<sup>(86)</sup>.

Se vogliamo però evitare di esprimerci ancora con un linguaggio troppo carico di presupposti estranei ai testi di Haller, per giungere infine, al di là delle sovrastrutture interpretative, all'es-

(85) O. BRUNNER, *Terra e potere*, cit., pg. 205 ss.

(86) Così acutamente, ma con una utilizzazione concettuale forse non completamente soddisfacente, già C. F. von GERBER, *Ueber öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852, trad. it. a cura di P. L. LUCCHINI, Milano, 1971, pg. 29. Non ci pare che il punto sia stato colto in tutta perspicuità da L. BJÖRNE, *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert*, Ebelsbach, 1984, pg. 104. Questo interessante volume ci è stato comunque accessibile (per motivi connessi alla sua disponibilità editoriale pratica soltanto a partire dal 1985) quando oramai ci trovavamo in conclusione della nostra fatica; si è ritenuto per correttezza di darne ancora conto per quanto possibile nelle note, nel mentre che ci riproiettiamo di offrirne una disamina più ampia nelle sedi opportune.

senza del suo progetto <sup>(87)</sup>, bisognerà tuttavia sottolineare piuttosto un tentativo di rappresentare in toni vorremmo dire quasi ‘ darwinistici ante-litteram ’ la convivenza umana come un aggregato di rapporti di *dipendenza sociale*. Per assumere il linguaggio della contrapposizione Stato-società, la *Restaurationspolitik* tendeva a superare l’opposizione negando molto semplicemente uno dei fattori di quest’ultima. La dissoluzione ‘ sociologica ’ dello Stato nella società avveniva in questo caso mediante l’*esclusiva* assunzione, esasperata polemicamente, del punto di vista dei proprietari fondiari feudali, dell’aristocrazia temporale e spirituale — al di qua quindi di un discorso articolato su diritto e protezione giuridica, sugli scopi dello Stato <sup>(88)</sup> e sull’organizzazione del processo —, in virtù della dissacrazione beffarda della forma del diritto a mero involucro di rapporti di dipendenza (e obbligazione) *materiale* ad un livello biologico naturale tra ‘ Herrscher ’ e dominati: « Lo Stato non è perciò affatto, così come la maggior parte dei pubblicisti sono soliti definirlo, un’istituzione per l’assicurazione del diritto (Rechtsversicherungs-Anstalt), una società di uomini liberi costituita semplicemente per la concretizzazione della giustizia esteriore; esso è invece null’altro che un rapporto sociale naturale tra liberi e soggetti a rapporti di dipendenza, che si distingue da altri rapporti consimili soltanto mediante l’indipendenza che compete al suo supremo capo (Oberhaupt) » <sup>(89)</sup>.

È proprio di fronte ad una teoria così provocatoria e ‘ moderna ’ nel suo riferimento <sup>(90)</sup>, che i nostri giuristi sentono la necessità di prendere partito: è a questo punto che la cartina di tornasole funziona tuttavia in modo paradossale, dimostrando che in ul-

---

<sup>(87)</sup> Cfr. S. NEUMANN, *Die Stufen des preussischen Konservatismus. Ein Beitrag zum Staats- und Gesellschaftsbild Deutschlands im 19. Jahrhundert* (Historische Studien, Heft 190), Berlin, 1930, pg. 80 ss. nonché J. SCHLUMBOHM, *Freiheit. Die Anfänge der bürgerlichen Emanzipationsbewegung in Deutschland im Spiegel ihres Leitwortes (ca. 1760-ca. 1800)*, Düsseldorf, 1975, pg. 188.

<sup>(88)</sup> Cfr. K. HESPE, *op. cit.*, pg. 20.

<sup>(89)</sup> C. L. von HALLER, *Handbuch der allgemeinen Staatenkunde, des darauf gegründeten allgemeinen Staatsrechts und der allgemeinen Staatsklugheit nach den Gesetzen der Natur*, Winterthur, 1808, pg. 41.

<sup>(90)</sup> Cfr. F. MEINECKE, *Weltbürgertum und Nationalstaat*, trad. it., Firenze, 1975, vol. I, pgg. 215 ss., 217.

tima analisi le severe critiche di un Hugo, pur con le debite differenze e prendendo le mosse certamente anche da un interessante abbozzo di storia filologica di tutto ciò « was wir Staat nennen »<sup>(91)</sup>, si muovono largamente sullo stesso piano prescelto da Haller, mentre sarà appunto Savigny — e proprio nel momento nel quale non vorrà dissimulare una parziale convergenza contenutistica — ad individuare quel piano come del tutto inidoneo alla creazione di una dottrina giuridica delle relazioni tra pubblico e privato.

Egli potrà però raggiungere un tale risultato soltanto collocandosi, nonostante il contrapposto punto di partenza, ampiamente 'dalla parte' di Hegel nel tentativo 'irenico' di togliere la contraddizione tra Stato e società non già più mediante l'eliminazione politico-polemica di uno dei fattori, ma tramite la negazione stessa dell'esistenza di quella contraddizione<sup>(92)</sup>.

2. a) Una volta preso atto dell'esistenza di un 'duplice' piano di svolgimento del processo che conduce da un lato alla enucleazione della distinzione tra pubblico e privato come tendenziale *summa divisio* della *Rechtswissenschaft* a livello 'manualistico'<sup>(93)</sup> — suddivisione della medesima secondo l'oggetto —; e, dall'altro, alla intensificazione della contrapposizione, anche al di là di una sua eventuale immediata utilizzazione sistematica nel primo senso indicato, sino a caricarla di più d'una valenza ideologica d'essenzialità ed irrinunciabilità, non ci resta che dar conto partitamente di questi sviluppi, senza trascurare, ove possibile, di segnalarne gli eventuali punti di contatto.

---

(91) G. HUGO, *Ueber Herrn von Haller's Handbuch der allgemeinen Staatenkunde, im Verhältnisse zu der philosophie des positiven Rechts*, in *Civilistisches Magazin*, III (1812), pg. 465. Sul punto intendiamo tornare in altra sede. Per lo sviluppo della nozione di Stato cfr. per ora G. MIGLIO, *Genesi e trasformazioni del termine-concetto « stato »*, in AA.VV., *Stato e senso dello Stato oggi in Italia*, Milano, 1981, pgg. 65-86.

(92) Cfr. *infra* gli accenni al paragrafo quarto e vedi specialmente il prossimo capitolo.

(93) Cfr. L. BJÖRNE, *Rechtssysteme*, cit., pg. 20, per una disamina del rapporto tra suddistinzioni manualistiche e loro contenuto di realtà, con particolare riferimento alle tesi di Schröder relative alla sistematica di Pütter.

Abbiamo potuto constatare come in realtà uno dei principali ostacoli alla utilizzazione del concetto di *Gegenstand* in qualità di strumento sistematico ricostruttivo delle rispettive materie, fosse rappresentato dalla tripartizione gerarchica delle forme di conoscenza, ripartizione idonea per le sue peculiari sfumature ad incrociarsi e sovrapporsi ad ogni altro principio di suddivisione che potesse in tesi essere fatto proprio dal (Rechts-)Gelehrte.

Non appare allora infondato avanzare a titolo di ipotesi esplicativa il 'teorema storico' inverso: ovvero sia che alla messa in crisi o per lo meno all'attenuazione della coerenza metodologica di quel tipo di impostazione che voleva privilegiare l'attività conoscitiva, estendendone in modo illimitato il raggio di azione, e contemporaneamente riducendo ad 'indifferente' il 'campo' degli oggetti — o, più precisamente, a zona accessibile a differenziazioni di carattere derivato e secondario —, dovesse allora conseguire una riflessione più meditata e diretta proprio sul nuovo ruolo che avrebbe potuto assumere un simile nodo delle partizioni sistematiche.

L'attesa non va in questo senso delusa: la figura che si staglia sullo scenario problematico appena delineato è ancora sempre quella di Daniel Nettelbladt, una volta di più a testimonianza, se pure ve ne fosse bisogno, che i percorsi di attenuazione, ripensamento, per non dire di sotterranea 'liquidazione' dell'eredità wolfiana seguono inizialmente per 'linee interne' e non clamorose. A questo oscuro lavoro intellettuale e dogmatico potranno poi riconnettersi tentativi e ricerche di ben altro respiro.

Già fin dal 1754 Nettelbladt aveva infatti avanzato espressamente — generalizzando ad un più alto livello di astrazione prese di posizione accennate anche in precedenza<sup>(94)</sup> — più di una riserva sull'idoneità di una logica generale come quella wolfiana che pretendeva di estendersi indifferentemente a tutti gli oggetti, a tutte le veritates, pur essendo di fatto esemplata soltanto « auf die natürlichen Wahrheiten ». Il carattere unitario di quella logica si poneva in altre parole in contraddizione con la sua pretesa alla com-

---

(94) D. NETTELBLADT, *Von dem rechten Gebrauch der Wolffischen Philosophie in der Theorie der positiven Rechtsgelahrtheit* (1750), in Id., *Sammlung kleiner juristischer Abhandlungen*, Halle, 1792, pgg. 119, 123.

pletezza, a poter informare di sé tutte le realtà del mondo conoscitivo.

Si trattava invece molto più di avvertire le differenze che concretamente sussistevano tra verità positive e naturali, in modo da porsi fundamentalmente nella condizione di evitare il 'superamento' dei confini sussistenti tra filosofia e 'positive Rechtsgelahrtheit', di limitare (*ein-schränken*) l'uso della filosofia al suo oggetto competente. Una logica unitaria tale da coprire realmente entrambi i settori agli occhi di Nettelblatt non era ancora stata progettata: le cosiddette logiche giuridiche esistenti non si rivelavano idonee allo scopo, in quanto — ed un tale aspetto viene lucidamente sottolineato, nonostante che il nostro non si dimostri per altro ben in chiaro sul fatto che la possibilità medesima di un tipo di logica come quella da lui richiesta, postulava preventivamente una nuova impostazione del problema stesso nella direzione da lui prospettata: impostazione invece del tutto superflua nell'ottica dominante — ci si trova di fronte piuttosto a logiche generali o di tipo più specificamente matematico applicate al fenomeno giuridico soltanto in virtù della loro peculiare espansibilità; dato quest'ultimo del resto conforme al modello gerarchico tricotomico<sup>(95)</sup>.

Parallelamente alla sempre maggior consapevolezza che Nettelblatt giunge ad assicurarsi sulla questione di principio, cresce l'interesse teorico-tecnico a pronunziarsi sul tema della sistematizzazione; anche se andrà ribadito, a scanso di equivoci, che l'iniziale aggancio alle dinamiche wolffiane non gli consentirà mai di liberarsi del tutto dal considerare la ripartizione secondo l'oggetto piuttosto come la più adeguata per la giusta costruzione di una struttura dottrinale atta agli scopi dell'insegnamento — e suscettibile pertanto di essere condotta sulla base di 'piani' diversi (validità, fonti, etc.) —, che non come l'unica esatta in via di astrazione<sup>(96)</sup>. In ogni caso resta abbastanza significativo un evento la cui portata risiede nella sua capacità di sgombrare il cammino ad una attenzione preferenziale per questo tipo di suddivisione, palesemente non in tutto conforme alle premesse.

---

<sup>(95)</sup> D. NETTELBLADT, *Von der Verdiensten des Freyherrn von Wolf um die positive Rechtsgelahrtheit*, in *Hallische Beiträge zu der Juristischen Gelehrten Historie*, 2. Stück, Halle, 1754, pg. 223.

<sup>(96)</sup> J. SCHRÖDER, *op. cit.*, pg. 110.

Il sedimento del crescente interesse del quale si discorreva si rinviene per l'appunto del tutto dispiegato qualche anno più tardi, in occasione di una riflessione retrospettiva sulla seconda edizione del proprio manuale introduttivo allo studio della giurisprudenza pratica; settore la cui precisa determinazione istituzionale era venuta a collocarsi in una posizione di sempre maggiore centralità tra gli sforzi della giurisprudenza settecentesca<sup>(97)</sup>.

In questa linea il problema centrale sembrava essere costituito dall'estensione del concetto e della sua trattazione a coprire l'intero campo della giurisprudenza pratica<sup>(98)</sup>; in altre parole, senza volersi esclusivamente limitare, come sino ad allora si era fatto sull'onda della comprensione tradizionale, all'analisi della dottrina del processo nella sua fase 'giudiziaria' (die Lehre von dem gerichtlichen Process).

Nettelblatt è portato a questo punto di buon grado a riconoscere che non già a se stesso, ma bensì al gottinghese Pütter spettasse il merito di essere stato il primo ad intuire la necessità di abbandonare un angolo visuale così ristretto a livello di teoria, quando poi alla giurisprudenza pratica intesa nel senso ampio venivano dedicate singole specifiche lezioni<sup>(99)</sup>.

L'incongruenza tra il manuale teorico e la configurazione (di volta in volta concreta o ideale) del corso delle lezioni si rivela insomma nuovamente come l'experimentum crucis di questo tipo di mentalità giuridica accademizzante: proprio su di un tale piano Nettelblatt può tuttavia far valere una sua ulteriore originalità e capacità innovativa rispetto al suo pure illustre battistrada. Se in-

---

<sup>(97)</sup> D. NETTELBLADT, *Nachricht von der neuen Ausgabe des Nettelblattischen Versuchs einer Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelehrtheit* (1775), in *Id.*, *Sammlung*, cit., pg. 242 ss.

<sup>(98)</sup> Ulteriori notizie su questi sviluppi in J. SCHRÖDER, *op. cit.*, pg. 54 ss. Ad un ramo specifico della giurisprudenza pratica che assume rilievo anche sotto il profilo sistematico è dedicata l'interessante dissertazione di H. L. BERGER, *Die Entwicklung der zivilrechtlichen Relationen und ihrer denktechnisch-methodischen Argumentations-formen*, Diss. iuris, Frankfurt a.M., 1975.

<sup>(99)</sup> J. S. PÜTTER, *Anleitung zur juristischen Praxi, wie in Teutschland sowohl gerichtliche als aussergerichtliche Rechtshändel oder andere Canzley-Reichs-und Staats-Sachen schriftlich oder mündlich verhandelt, und in Archiven beygelegt werden*, Göttingen, 1753.

fatti l'estensione del settore « auf alle rechtliche Geschäfte » non doveva essergli ascritta a merito, valeva pur tuttavia la pena di osservare la « completa divergenza » del piano secondo il quale questi *negotia* venivano rispettivamente risistemizzati all'interno del nuovo ambito risultante dalla diversa *actio finium regundorum*: non a caso Pütter aveva dal canto suo optato molto pragmaticamente per una suddivisione che combaciasse perfettamente con le differenze materiali delle singole lezioni, decidendo di trattare le dottrine ricomprese nella giurisprudenza pratica « nach der Verschiedenheit des Vortrages ... so dass erstlich die schriftlichen Handlungen, darauf die mündlichen und persönlichen Handlungen erörtert werden, und mit einem Anhang von Archiven beschlossen wird ».

In tal modo veniva in altre parole ulteriormente assicurata, pur nell'estensione 'moderna' della materia, la continuità della sua 'peculiarità', come già in precedenza istituzionalmente fissata.

Nettelbladt ritiene invece necessaria una omogeneizzazione anche di questo corso secondo un criterio più generalmente accettabile; orbene questo criterio non può essere offerto altrimenti che da una classificazione dei *rechtliche Geschäfte* secondo gli oggetti: « Ich habe hingegen die rechlichen Geschäfte nach dem *Gegenstande* der selben classificiert, und daher die *Civilgeschäfte* von den *Criminalgeschäften* abgesondert. Bei den *Civilgeschäften* habe ich die *Staatsgeschäfte* und die *Privatgeschäfte* von einander getrennet, und diese wiederum in die gerichtliche und aussergerichtliche abgetheilet » <sup>(100)</sup>.

Così trattata infatti anche la lezione 'pratica' si rendeva disponibile per una valorizzazione ormai non diversa da quella spettante alla dimensione teorica, e precisamente sotto il profilo sistematico.

Comunque sia, la riflessione teorica — o, come potremmo noi oggi in maniera forse più avvertita definirla, l'analisi sul piano di una 'Wissenschaftsgeschichte' <sup>(101)</sup> —, una volta individuato il piano del criterio principale di suddivisione, non poteva certamente considerarsi soddisfatta con la mera postulazione di un rinnovamen-

<sup>(100)</sup> D. NETTELBLADT, *loc. ult. cit.*, pg. 247.

<sup>(101)</sup> Cfr. M. HERBERGER, *Rechtswissenschaftsgeschichte - eine neue Disziplin?*, in *Rechtshistorisches Journal*, 3 (1984), pg. 150 ss.

to, senza che poi ci si desse la pena di studiarne più da vicino la meccanica: è allora nel momento dell'affinamento tecnico dello sguardo che Nettelbladt affronta alcuni argomenti atti a modificare dall'interno — e non solo formalmente — il nesso sino ad allora abituale tra *Staatsrecht* e *Civilrecht*.

Il sovrapporsi di vari criteri di partizione, spesso al di là della scelta di un qualsiasi parametro con cui ordinare le preferenze, o persino della medesima consapevolezza di una eventuale necessità a riflettere immediatamente sulla loro natura, rendeva infatti inevitabile sul piano del diritto positivo — oltre all'inserimento di coppie sul tipo di ' parte teorica del diritto/processo ' — la coesistenza incrociata di sistematizzazioni operate secondo l'oggetto con l'enumerazione che veniva dettata a partire dalla differenziazione degli *Stände*, dei vari ' ceti ' che erano chiamati a comporre la società dell'epoca, o dei negotia e delle *Handlungen* la cui stipulazione od esercizio si rivelava di specifica pertinenza degli appartenenti ai medesimi <sup>(102)</sup>.

Se a ciò si accompagna il carattere riflesso con cui si veniva affrontando nel corso del XVIII secolo il problema della diversa ampiezza competente allo *Jus privatum* — a seconda cioè della sua diretta contrapposizione, rispettivamente, allo ' *Staatsrecht* ' oppure allo *Jus publicum* (in quanto traducibile, come vedremo dappresso, con *öffentliches Recht*) —, nonché la tendenza a considerare come praticamente sinonimi le espressioni di *Jus civile* (nella sua ' cattiva ' traduzione con *bürgerliches Recht*) e *Jus privatum* (*Privatrecht*), si giungerà facilmente ad intendere il senso di disorientamento e la fluidità veramente ' enciclopedica ' del quadro generale.

Non ci dovrà sembrare quindi casuale se ci è dato incontrare uno degli esempi-limite di questa situazione ' spirituale ' ben rappresentato proprio nella *Encyclopädie und Methodologie* che all'epoca costituiva un po' l'opera standard — anche in senso positivo, ben inteso — nel suo genere; l'Enciclopedia dell'esponente di un illuminismo giuridico dalle grandi tradizioni come quello lipsiense, e precisamente August Friedrich Schott <sup>(103)</sup>.

---

<sup>(102)</sup> J. S. PUTTER, *Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie*, Göttingen, 1767, pgg. 22-40 ss.

<sup>(103)</sup> E. LANDSBERG, *Geschichte*, cit., Bd. 3, note, pg. 306.

Di fatto non può però non sorprendere l'amplessissima quantità di materie che ancora a pochi decenni dalla 'svolta' di fine secolo si riesce ad attribuire — staremmo per dire a 'cuor leggero' — al diritto privato (*das Positive Privatrecht eines Staats*). Da una parte in virtù della suddivisione 'combinata' secondo i genera e le singularità dei *Geschäfte* e delle *Handlungen* (diritto ecclesiastico, diritto feudale, diritto penale, Handlungsrecht, diritto marittimo, cambiario, Handwerksrecht, diritto commerciale e di polizia), dall'altra in riferimento alle diversità degli *Stände der Personen*; ed allora vengono in questione: a) Kriegerrecht, b) *Jus privatum principum*, c) diritti della nobiltà, d) *Stadt-und Bürgerrecht* nonché e) diritti competenti al ceto dei contadini (*Dorf-und Bauern Recht*) ed infine f) *Judenrecht* <sup>(104)</sup>.

Ancora meno potrà pertanto sorprendere la circostanza che a motivo del suo stesso progressivo affinamento della riflessione sulla sistematizzazione secondo la « *Verschiedenheit der Gegestände der Rechtswahrheiten* », Nettelblatt si veda costretto a misurarsi con una proposta ricostruttiva di tal fatta. In realtà il problema era rappresentato precisamente dalla mancanza di chiarezza e dall'improprietà linguistica con cui Schott aveva proceduto alla utilizzazione della coppia 'gemeines Privatrecht/besonderes Privatrecht'.

Al giurista Lipsiense non sfuggiva propriamente la possibilità di ripartire la giurisprudenza positiva sia secondo il criterio della 'Unterschiede der Gesetze', sia secondo l'altro, caro al Nettelblatt, della diversità degli oggetti <sup>(105)</sup>.

Tuttavia, al momento di decidere sulle « *summae divisiones* » della giurisprudenza, optando — come si accennava — per la distinzione tra *Jus commune* o *universale* e *Jus particolare* o *speciale*, ritenendola poi ulteriormente suscettibile di essere impiegata sotto un duplice punto di vista — ovverosia non solo in una comprensione 'geografica', ma anche « in Objectivischen Sinne » —, la at-

---

<sup>(104)</sup> A. F. SCHOTT, *Entwurf einer juristischen Encyclopädie und Methodologie*, Leipzig, 1790<sup>5</sup>, § 21, 22 pg. 15. Noi ci siamo valsi di questa edizione, nonostante che Nettelblatt nel suo saggio si riferisca a quella del 1780; un rapido raffronto con la più risalente edizione del 1744, nonché con i testi riportati da Nettelblatt, mostra infatti la continuità ed invarianza delle suddivisioni da Schott messe in opera.

<sup>(105)</sup> *Ibid.*, § 10-13, pgg. 10-11.

tribuiva in definitiva sic et simpliciter al tipo di distinzioni scaturenti dalla diversità degli oggetti; intendendo, anzi, di vederla limitata con riferimento esclusivo al settore del Privatrecht.

Le conseguenze al momento dell'applicazione della coppia concettuale al diritto privato positivo non potevano allora che essere quelle che ci sono già venute incontro; e proprio in forza di questa medesima confusione originaria, così come era stata lucidamente intravista da Nettelblatt: « Denn eines Theils enstehet der Unterschied der Rechte, dass sie entweder gemeine oder besondere Rechte sind, nicht nach der Verschiedenheit der Gegenstände, sondern der Gesetze. Andern Theils kann nicht behauptet werden, dass nur allein das positive Privatrecht in ein gemeines und besonderes Recht abgetheilet werden könne und müsse »<sup>(106)</sup>.

Coerentemente Schott si vedeva costretto ad una commistione dei due punti di vista<sup>(107)</sup>, stravolgendo così il senso medesimo del termine *besonderes Privatrecht* a significare non già il diritto privato di uno specifico territorio (secondo il senso ' geografico ' suo proprio), ma bensì di volta in volta determinate masse giuridiche idonee a ricomprendere soltanto specifici generi di oggetti: esso non veniva tuttavia opposto in questa sua nuova valenza semantica neppure ad una eventuale parte generale, come sarebbe a questo punto stato forse più logico. Il risultato doveva essere con tutta evidenza ancora un tipo ulteriore di commistione, rappresentata stavolta dall'ingresso di elementi di partizione a carattere statutale, e soprattutto cetuale, direttamente nel cuore della nozione di diritto privato; senza che si avvertisse, però, il bisogno scientifico di determinarne in qualche modo per lo meno un rango sottordinato o complementare, dacché il problema di una loro eliminazione si palesava ovviamente come ancora prematuro<sup>(108)</sup>.

Il progresso teorico che Nettelblatt riesce a raggiungere, rispingendo polemicamente la distinzione scelta dal nostro ' malaccorto ' enciclopedista — teoreticamente malaccorto, non certo ' socialmente ' — tra le partizioni secondo le ' differenze delle leggi ', e

<sup>(106)</sup> D. NETTELBLADT, *Von den Nebentheilen der positiven Rechtsgelahrtheit* (1780), in ID., *Sammlung*, pg. 290.

<sup>(107)</sup> *Ibid.*, pg. 291.

<sup>(108)</sup> P. RATHJEN, *Die Publizisten des Achtzehnten Jahrhundert und ihre Auffassung vom Begriff des Staatsrechts*. Diss. Jur., Bonn, 1968, pg. 57.

proponendo in sua vece la scomposizione — questa sì strutturalmente di competenza della sistematica secondo l'oggetto — tra *Haupttheile* e cosiddette *Nebentheile* <sup>(109)</sup>, non può non apparirci allora innegabile, al di là delle sue stesse inevitabili oscillazioni, proprio in considerazione del suo profilo 'tendenziale' <sup>(110)</sup>, rispetto alle impostazioni puramente tratlative di uno Schott, od anche, in certa misura, dello stesso Pütter <sup>(111)</sup>.

Basterà per l'appunto riflettere che sotto la denominazione di 'parti accessorie', tali da non permettere una loro appartenenza a qualcuna delle specifiche articolazioni principali della giurisprudenza — di quelle partizioni, cioè, che prese insieme « den ganzen Umfang aller Positiven Rechtswarheiten unter sich Begreifen » <sup>(112)</sup> — vengono a ricadere in linea di principio praticamente tutte le suddivisioni 'cetuali' ancora attribuite da Schott al diritto privato: ma non solo di questo si tratta. In questa prospettiva va attirata infatti l'attenzione sul passaggio tecnico immediatamente successivo. Pur essendo in ogni caso fuori discussione la possibilità teorica di approntare simili *Nebentheile* viene ora per la prima volta posta esplicitamente la questione della loro necessità.

A scanso di equivoci va ribadito che non si intende con ciò procedere ad una ridefinizione dell'oggetto diritto che coinvolga senza mediazioni aspetti 'sociali'. La messa in crisi dell'ideale 'privatistico-cetuale' non è in altre parole di carattere ideologico o addirittura coscientemente perseguito — al contrario, Nettelblatt si muove ancora completamente all'interno di una simile ottica. Il problema rimane invece circoscritto sul piano della configurazione del corso delle lezioni universitarie e della corretta costruzione sistematico-manualistica.

<sup>(109)</sup> D. NETTELBLADT, *loc. ult. cit.*, pg. 289.

<sup>(110)</sup> Di diverso avviso sembra essere SCHRÖDER (*Wissenschaftstheorie*, cit., pg. 110), propenso a sottolineare più che la prospettiva tendenzialmente innovatrice, il carattere 'relativo', non necessario 'in maniera definitiva' del tipo di partizione scelta da Nettelblatt: in particolare ci pare tuttavia che vada in qualche misura rovesciato il giudizio sulla 'necessità' delle parti 'accessorie', proprio ponendolo in connessione con il sistema nella forma più completa che assume nei rispetti della lezione accademica.

<sup>(111)</sup> Cfr. ancora D. NETTELBLADT, *loc. ult. cit.*, pg. 294, per una esplicita presa di posizione polemica.

<sup>(112)</sup> D. NETTELBLADT, *loc. ult. cit.*, pg. 290.

Premesso questo, è tuttavia doveroso sottolineare l'importanza anche di approcci di un tale tipo, se si vuole analoghi ad altri fenomeni di 'anticipazione' — per intenderci, sulla falsariga delle manifestazioni capitalistiche 'prima del capitalismo' o degli argomenti politici in suo favore precedenti alla sua affermazione<sup>(113)</sup> —: si tratta infatti di un fenomeno atto di per se stesso a sommuovere le stagnanti acque della discussione accademica. E non a caso la risposta a quel quesito cade in ultima analisi, pur con qualche ambiguità, nel senso di negarne 'per relationem' la necessità: in connessione alla strutturazione di un « sistema giusto e completo » della giurisprudenza positiva la *Nothwendigkeit* di simile partizione « cade »<sup>(114)</sup>, e si degrada a semplice utilità; un'utilitas per parte sua legata ad una trattazione in sé rigorosamente 'abgesondert'<sup>(115)</sup>.

Ormai soltanto considerate a sé, astrattamente, singolarmente queste 'Nebentheile' conservano una loro dignità di parti certo autonomizzate della giurisprudenza; una dignità che i diversi criteri in precedenza adottati legavano più direttamente al cuore del sistema. Sistema completo e 'parte accessoria' divengono a poco a poco realtà non (ancora) socialmente, ma certo logicamente eterogenee.

Questa tendenza appare confortata dal rinvio operato dallo stesso Nettelbladt<sup>(116)</sup> in direzione di sue precedenti analisi — appena quattro anni più tardi integrate da importanti precisazioni<sup>(117)</sup> — di una delle materie più disputate nella sua appartenenza

<sup>(113)</sup> Cfr. in generale A. O. HIRSCHMAN, *Le passioni e gli Interessi. Argomenti politici in favore del capitalismo prima del suo trionfo* (1977), trad. it., Milano, 1979.

<sup>(114)</sup> « Wenn aber, wie allerdings geschehen muss, das System der positiven Rechtsgelahrtheit nach den Haupttheilen dieser Wissenschaft in dem academischen Unterrichte richtig und vollständig vorgetragen wird, so fällt die Nothwendigkeit der Nebentheile so gewiss weg... » (D. NETTELBLADT, *Von den Nebentheilen*, cit., pg. 298).

<sup>(115)</sup> *Ibid.*, pg. 297.

<sup>(116)</sup> D. NETTELBLADT, *Von den Nebentheilen*, cit., pg. 294, laddove è esplicitamente richiamato il suo *Entwurf einer Historie der Privatrechtsgelahrtheit der erlauchten Personen in Teutschland*, in *Hallische Beyträge zu der juristischen Gelehrten Historie*, cit., Bd. 1, pgg. 97-130.

<sup>(117)</sup> D. NETTELBLADT, *Ueber die rechte Einrichtung eines Lehrbuchs der Staatsrechtsgelahrtheit der Teutschen* (1784), in *Id.*, *Sammlung*, cit., pg. 381 ss.

sistemica: lo *Jus Privatum Principum* (Privatfürstenrecht, Privatrechtsgelahrtheit der erlauchten Personen in Deutschland). La difficoltà concettuale ad integrarlo perfettamente nella distinzione diritto pubblico/diritto privato aveva non a caso inizialmente messo in qualche misura in crisi il punto di vista dei pubblicisti di Halle — divenuto ormai dominante a livello di Staatsrecht —, che tendevano ad affermare l'insussistenza di influssi di qualche rilievo dello Jus civile sullo Jus publicum, il quale sarebbe stato piuttosto da valutare come una materia *sui generis* <sup>(118)</sup>.

Pertanto la tendenza più 'moderna' appariva in ogni caso contraria ad un suo assorbimento nella disciplina dello Staatsrecht, giungendo a proporre talvolta, secondo una 'moda' da poco introdottasi <sup>(119)</sup>, una considerazione come di materia a sé stante — con il rischio, pienamente corso da Schott, di aggregarla di seguito puramente e semplicemente allo *Jus privatum* in quanto tale. Stando così le cose non potrà negarsi la lucidità e l'interesse teorico del tentativo di classificazione concettuale anche stavolta intrapreso dal nostro, in piena armonia con la sua impostazione generale rivolta verso una sistemica in linea di principio conscia dei suoi precisi confini, e pertanto 'purificata' da intromissioni di 'Nebenwissenschaften' e 'Nebentheile' <sup>(120)</sup>.

Il punto è allora in sostanza quello di individuare « die wahre Gränzlinie, zwischen der Staatsrechtsgelahrtheit und der Privatrechtsgelahrtheit... » <sup>(121)</sup>: infatti tutte le *Juridicae veritates* con-

<sup>(118)</sup> Cfr. N. HAMMERSTEIN, *Jus und Historie, Ein Beitrag zur Geschichte des historischen Denkens an deutschen Universitäten im späten 17. und im 18. Jahrhundert*, Göttingen, 1972, pg. 319.

<sup>(119)</sup> Secondo Nettelbladt il primo ad introdurre questa usanza sarebbe stato Senckenberg (*Anfangsgründe der alten, mitlern, und neuen teutschen gemeinen Rechtsgelehrsamkeit*, Göttingen, 1737); il quale avrebbe subito incontrato l'approvazione di Pütter. Quest'ultimo nei suoi *Elementa iuris Germanici privati hodierni in usum auditorum*, Göttingen, 1756, proleg. par. 84 n. 1, avrebbe prescelto appunto il criterio di trattare la materia all'interno del diritto privato germanico. Cfr. D. NETTELBLADT, *Entwurf einer Historie*, cit., pgg. 123-4. Cfr. I. S. PÜTTER, *Elementa iuris publici germanici*, editio III, Goettingae, 1760, pg. 790 ss., che sembra tuttavia manifestare ancora qualche incertezza sistemica.

<sup>(120)</sup> Cfr. P. RATHJEN, *Die Publizisten*, cit., pg. 66, nota 3.

<sup>(121)</sup> D. NETTELBLADT, *Ueber die rechte Einrichtung eines Lehrbuchs der Staatsrechtsgelahrtheit*, cit., pg. 393.

cernenti i diritti e le obbligazioni delle *Personae illustres* andranno considerate in questa ottica come facenti parte dello Staatsrecht — a sua volta purificato, ancora contro la ‘moda’, di tutte le norme concernenti la religione e la chiesa (i *Sacra*), nonché delle disposizioni di diritto feudale e penale —; ma vi spetteranno solo nella misura in cui tocchino lo « specifico pubblicistico » (... den innern öffentlichen Zustand dieses Staats ... betreffen), sia in sé e per sé, sia nella forma che di lì a poco andrà ad evolversi verso il diritto amministrativo, ma che qui Nettelbladt utilizza ancora nella sua veste tradizionale (*Regierungsrechte*).

Se invece essi non riguardano in alcun modo la dimensione ‘naturalmente’ pubblica vanno allora reputati come di spettanza della scienza del diritto privato, anche se i soggetti di questi rapporti siano rivestiti della qualifica di ‘Adelige’<sup>(122)</sup>.

Non si vuole con ciò affermare che Nettelbladt intendesse contestare radicalmente — e sarebbe stata contestazione ben troppo significativa dal punto di vista politico — il *Privatfürstenrecht* come *Nebentheile* autonoma; e di fatti, nel momento in cui i rapporti siano da riferire ai « besondere Rechte der erlauchten Personen » una tale categoria riemerge: ma riemerge — e qui ci è dato riscontrare quella tendenzialità a cui abbiamo avuto occasione di far cenno — limitata nella misura più ampia proponibile per chi all’epoca fosse incline a tenere fermo il quadro generale di riferimento.

Su questo sfondo di mutamenti certo non eclatanti, ma senz’altro significativi anche al di là di una loro immediata recepibilità, verrà ad assumere allora un rilievo del tutto particolare la proposta da lui medesimo pochi anni prima dimessamente formulata, sempre sulla falsariga dell’innovazione del piano di studi universitari: « poiché ora oltre a ciò ciascun insegnante è chiamato a fare attenzione affinché nell’una specie di lezioni non si venga a *mischiare* ciò che appartiene alle altre, ed ha colà il suo *vero* posto (und daselbst seinen *wahren* Sitz hat): così da ciò consegue nel modo più chiaro che sia conforme a ragione e del tutto privo di pericoli per gli ascoltatori, se nella lezione sulle Pandette le dottrine che appartengono 1) alla giurisprudenza del diritto privato te-

---

(122) *Ibid.*, pgg. 394, 395-399.

desco; 2) alla giurisprudenza pratica; 3) alla dottrina dello Stato, al diritto ecclesiastico ed al diritto penale, vengano nel corso di quelle medesime lezioni sulle Pandette *completamente tralasciate*.

Se ora questo accade, non rimarrà così del precedente collegio delle Pandette null'altro come residuo, se non le dottrine che colà appartenevano alla giurisprudenza del diritto privato secondo i fondamenti del diritto romano e canonico, ovverosia del diritto straniero vigente in Germania, e queste sole dottrine dovranno essere pertanto impartite » <sup>(123)</sup>.

Del tutto evidente è qui il preannunziarsi della sistematico-pandettistica quale emergerà nei testi di Hugo ed Heise; il limite maggiore dell'analisi di Nettelbladt andrà d'altro canto certamente ravvisato nell'incapacità, nonostante tutto persistente, di fissare una volta per tutte il criterio di ripartizione secondo gli oggetti come suddivisione della scienza giuridica *vera in sé*, come distinzione *esclusiva*, facendo definitivamente *scomparire* dalla scena i diritti particolari dei singoli ceti e delle singole attività negoziali; quelle distinzioni divenute cioè, lungo la strada che conduce a quel risultato finale, nel loro stadio intermedio appunto *Nebentheile* <sup>(124)</sup>.

Pur essendo ormai « nell'aria » una tale classificazione unitaria — che avrebbe teso naturalmente a collocare a suo vertice primario, almeno con riferimento al diritto interno dello Stato, la distinzione *Privatrecht/öffentliches Recht* — sarà « per la prima volta » (e, quel che più conta, con piena autoconsapevolezza) <sup>(125)</sup> avanzata da un giurista che respirava ormai da lungo tempo un'aria diversa da quella che aveva dato origine alla tripartizione gerarchica tradizionale dei saperi: il kantiano Hufeland <sup>(126)</sup>.

---

<sup>(123)</sup> D. NETTELBLADT, *Abhandlung von dem gantzen Umfange der natürlichen Rechtsgelahrtheit*, Halle, 1772, pg. 25, qui citato secondo E. EHRLICH, *Beiträge zu Theorie der Rechtsquellen, Erster Theil, Das ius civile, ius publicum, ius privatum*, Berlin, 1902, pg. 229.

<sup>(124)</sup> Cfr. G. HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, 1. Band, *welcher als allgemeine Einleitung die juristische Encyclopädie enthält*, 7. Versuch Berlin, 1823, pg. 85.

<sup>(125)</sup> G. HUFELAND, *Rechtfertigung meiner Eintheilung*, cit., pgg. 38 e 52 e cfr. JAN SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz » auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, cit., pg. 121, nota 227.

<sup>(126)</sup> *Ibid.*, pg. 122.

Tuttavia il raggiungimento del rango di *summa divisio* non costituisce che il compimento di *una* fase del processo: il rapporto opposizionale è adesso offerto al vertice, ma nella sua dimensione classificatoria nulla dice ancora delle sue possibili funzionalizzazioni o delle eventuali mutazioni d'accento interne alla coppia medesima.

Non per caso uno dei precursori espressamente adottati da Hufeland — e dei precursori tra i più consapevoli del corso storico ormai sviluppatosi sotto i suoi occhi: vogliamo alludere a Gustav Hugo — farà esplicito riferimento ad un'altra tradizione di pensiero, che si era per parte sua affaticata col tema di una « reine Zivilgesetzgebung, di una *pura* legislazione civilistica, quando vorrà aggredire anche *materialmente* il ruolo nuovo che per tramite delle partizioni sistematiche si voleva adesso assegnare al diritto privato.

Apprestiamoci ora a seguire anche quest'ultima pista, che mostrerà una volta di più come il moderno concetto di diritto privato non sia certamente sorto con le sembianze di scontata necessità logica dalle ceneri del mondo di ieri.

b) Abbiamo già 'sparsamente' avuto agio di notare le oscillazioni della terminologia settecentesca, alla quale invero si aprivano ancora pochi spiragli in vista di una eliminazione degli 'Staatsrechtliche Elemente' dalla tradizionale nozione di Jus civile: compito, come si sarà intuito, reso non certo più agevole a motivo delle ambiguità risultanti da una accresciuta capacità di sfumature tra di loro ampiamente analoghe, quale ormai si poteva ricavare traducendo il termine in lingua tedesca con 'bürgerliches Recht'. La parentela con l'altra traduzione *Privatrecht* balza con ogni verosimiglianza da sola all'occhio.

Se a ciò si aggiunge che la medesima mancanza di chiarezza era dato riscontrarla di nuovo nei rapporti tra il concetto latino di Jus publicum e le sue versioni tedesche Staatsrecht e öffentliches Recht, non riuscirà di certo troppo difficoltoso riattualizzare alcuni dei motivi che rendevano improbabile una limitazione della nozione di *bürgerliches Recht* a quelle sezioni della scienza giuridica che diverranno invece successivamente l'oggetto privilegiato dell'elaborazione pandettistica. Allo stesso titolo potrà darsi per scontato il vuoto teorico concernente un'eventuale possibilità per

la nozione di Privatrecht a svilupparsi in una direzione che la potesse portare a fungere da concetto 'ideologicamente' superiore, tale cioè da coprire tutte le materie riguardanti le relazioni dei *Bürger* tra loro.

Ma chi arrestasse a questo livello l'analisi, contentandosi di prendere atto della insufficienza di elaborazione tecnico-sistematica e della conseguente, inevitabile frammentazione e non affidabilità della terminologia, resterebbe in debito di una troppo rapida 'chiusura degli atti'.

In questa indecisione si manifesta infatti l'onda lunga dell'efficiacia dell'antica idea dell'unità di tutto il diritto<sup>(127)</sup>; ma, quel che più conta, essa viene ad essere rimessa in onore sotto sembianze politicizzate<sup>(128)</sup>.

Va infatti sottolineato come l'emergere sempre più accentuato di una distinzione in apparenza esclusivamente sistematica quale quella tra « Staats-und Privatrecht », non era diretto in prima istanza a produrre conseguenze di carattere meramente classificatorio; non era cioè pensata nel senso di un orientamento alla suddivisione scientifica delle materie giuridiche. Erano piuttosto le esigenze insite nel processo di costruzione di uno Stato assoluto che venivano a rispecchiarsi in assai più rilevante misura<sup>(129)</sup>.

Basta infatti por mente locale alla circostanza che a quell'emersione pseudosistematica — se c'è consentito con qualche esagerazione chiamarla così — corrispondeva il propagarsi della massima secondo la quale le cosiddette *Regierungssachen* non potevano definirsi 'giustiziabili'. Non solo: di fatto mediante l'attribuzione di una materia allo *Staatsrecht* veniva ampiamente esclusa la compe-

(127) Per il diritto romano e canonico vale la pena di rimandare alle risultanze dell'ampia indagine di H. MÜLLEJANS, *Publicus und Privatus im Römischen Recht und im alteren Kanonischen Recht, unter besonderer Berücksichtigung der Unterscheidung Ius publicum und Ius privatum*, München, 1961, spec. pg. 16 ss. Per il diritto comune rimane fondamentale la ricerca di F. CALASSO, *Ius publicum e ius privatum nel diritto comune classico*, in *Annali di Storia del Diritto*, IX, (1965), pgg. 59-87.

(128) Cfr. P. RATHJEN, *Die Publizisten*, cit., pg. 58; M. BULLINGER, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, cit., pg. 51 ss.

(129) E. R. HUBER, *Einheit und Gliederung des völkischen Rechts*, cit., pg. 311.

tenza dei tribunali imperiali. Basteranno forse queste due notazioni per rendersi conto di quale fosse in realtà la portata della distinzione ed il bersaglio al quale si mirava con la sua introduzione.

Lo scontro avveniva, in altre parole, con la tradizione di pensiero che faceva capo alla sovranità dell'impero, che se non poteva ormai più contare su di un concreto potere dell'imperatore rispetto ai principi, certamente era però in grado di richiamarsi a quanto il venir meno del carisma legato a quel potere non era riuscito ad intaccare: ovverosia proprio i vincoli giuridici ad esso correlativi.

La posta in gioco era altrettanto evidente: l'affermazione della sovranità dei signori territoriali.

Si trattava cioè del tentativo di accantonare la 'privatizzazione' dell'intero diritto in precedenza dominante, perché essa presupponeva un'amplissima capacità di interporre appello quasi contro tutti i giudizi, ed anche sopra questioni concernenti lo *Staatsrecht*. Infatti i *privilegia de non appellando* che competevano a quasi tutti i principi territoriali non potevano spostare in nulla i termini del problema, in quanto non erano in grado di impedire l'immediata proposizione della questione in prima istanza davanti ad un tribunale imperiale, consentendo così di saltare l'istanza giurisdizionale territoriale <sup>(130)</sup>.

Il punto di vista della letteratura del *Reichsstatsrecht*, concorde nel rigettare a questo livello qualsiasi rilevanza della distinzione, veniva in realtà a sancire proprio la tendenza 'statistica' di proporre dinnanzi all'istanza imperiale appunto e prevalentemente controversie di carattere *publicistico*.

Se la privatizzazione era quindi l'ultima parola della tradizione imperiale, non va tuttavia trascurato un altro elemento di rilievo, anche a prescindere dal più o meno duraturo successo territoriale contro questa tendenza. Neppure la teoria 'assolutistica' poteva infatti esimersi dallo sviluppare un'alternativa interna — della quale altrettanto evidenti saranno le motivazioni politiche, seppur di ben altro segno — per ovviare alla serie di inconvenienti, di vere

---

<sup>(130)</sup> Cfr. W. RÜFNER, *Verwaltungsrechtsschutz in Preussen 1749-1842*, Bonn, 1962, pg. 27 ss.; J. WEITZEL, *Der Kampf um die Appellation an Reichskammergericht. Zur politischen Geschichte der Rechtsmittel in Deutschland*, Köln-Wien, 1976, spec. pg. 346 ss.

e proprie 'ingiustizie' che un totale successo avrebbe inevitabilmente generato.

Tale compito fu assunto dalla cosiddetta *Fiskustheorie* <sup>(131)</sup>, che statuiva una scissione dello Stato in due distinte 'parti', una sovrana e l'altra privata, permettendo così che per lo meno nei casi di lesione dei diritti acquisiti, si potesse nella peggiore delle ipotesi agire per il risarcimento del danno.

Dal momento che anche questa soluzione si mostrava suscettibile di raggiungere nella maggioranza dei casi risultati pratici soddisfacenti essa veniva ad offrire paradossalmente la possibilità di ritornare per altra via sulla linea medesima già perseguita dalla tradizione imperiale, ovvero di infondere nuova vita all'ideale di unitarietà del diritto.

Quel tentativo di completo superamento del dualismo tra diritto privato e pubblico fu storicamente incarnato dall'ALR prussiano del 1794 <sup>(132)</sup>: il suo stesso 'padre creatore' Suarez, pur limitando in senso moderno la nozione di diritto privato al diritto dei soggetti privati tra loro in molti luoghi dei suoi *Kronprinzvorträge* <sup>(133)</sup>, si mostrava ben lungi dall'aver chiaro quel medesimo concetto se altrove poteva con altrettanta tranquillità definire le *bürgerliche Gesetze* come quelle leggi mediante le quali « die Privatrechte der einzelnen Untertanen des Staats sowohl gegeneinander als gegen den Staat bestimmt werden » <sup>(134)</sup>.

E precisamente intorno al progetto di codice prussiano doveva divampare quella polemica, sapientemente attizzata dal suo artefice — il cognato di Goethe, ed uno tra i più versatili rappresentanti del tardo illuminismo storicistico tedesco, Johann Georg Schlosser <sup>(135)</sup>

<sup>(131)</sup> Cfr. M. BULLINGER, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, cit., pg. 28 ss. e vedi altresì D. NETTELBLADT, *Ueber die rechte Einrichtung*, cit., pg. 397, nota c).

<sup>(132)</sup> Cfr. P. RATHJEN, *Die Publizisten*, cit., pg. 58, nota 2.

<sup>(133)</sup> C. G. SUAREZ, *Vorträge über Recht und Staat*, Hg. v. Hermann CONRAD und Gerd KLEINHELER, Köln und Opladen, 1960, spec. pg. 215 ss.

<sup>(134)</sup> *Ibid.*, pg. 4. Troppo netto ci pare allora D. GRIMM, *Zur politischen Funktion*, cit., pg. 230.

<sup>(135)</sup> Su di lui si veda H. P. LIEBEL, *Enlightened bureaucracy versus enlightened Despotism in Baden, 1750-1792*, Philadelphia, 1965, pg. 69 ss. Sul tema resta comunque sempre fondamentale il risalente volume di E. GOTHEIN, *Johann Georg Schlosser als Badischer Beamter*, Heidelberg, 1899.

—, che sbalzerà con una forza mai prima sperimentata in Germania la cosiddetta 'dicotomia' dalla sua funzione di suddivisione dottrinale a livello di differenza materiale 'secondo l'essenza' (136).

Per potere delineare appieno la natura di questo salto di qualità e prima di approfondire alcuni temi più rilevanti della critica spiccatamente giuridica rivolta al progetto, ci pare tuttavia necessario spendere qualche breve parola dal retroterra culturale dal quale il nostro prende le mosse.

Soltanto così emergeranno con sufficiente precisione le coordinate e la medesima interiore consequenzialità degli interventi che in sé presi si rivelano certo singolari per un personaggio del quale Goethe ammirava la piena padronanza delle lingue e letterature europee, e che il filologo gottinghese Heyne annoverava addirittura tra i « summi viri » dell'età sua per la capacità non soltanto di dominare perfettamente il retaggio culturale dell'antichità classica, ma di immedesimarvisi ad un punto tale da poterne essere definito 'contemporaneo'; si tratta di giudizi che è bene tenere presenti al di là del dettato apparentemente aneddotico, per comprendere la ventata di novità della sua impostazione rispetto alle ortodossie un po' asfittiche dell'accademia (137).

Si comprenderà che non da ultimo sulla base dell'amplissima reputazione di cui egli poteva allora godere in Germania, persino lo stesso Suarez dovesse sentirsi indotto a sollecitarne la collaborazione al progetto di codice (138). Se, come noterà successivamente Savigny con puntuale riferimento alla vicenda, « forse era implicito nel meccanismo di tutta l'impresa un motivo per cui questo inca-

(136) Cfr. in particolare R. SCHULZE, *Johan Georg Schlosser und die Idee eines reinen Zivilrechts-Gesetzbuches. Zur Privatrechtsentwicklung zwischen Vernunftrecht und Historischer Rechtsschule*, in *Zeitschrift für Historische Forschung*, hrsg. von J. KUNISCH, K. LUIG, P. MORAW, V. PRESS, H. STUCKE, Bd. 6 (1979), Heft 3, pg. 317 ss.

(137) Cfr. M. RIEDEL, *Aristoteles-Tradition und Französische Revolution. Zur ersten deutschen Übersetzung der 'Politik' durch Johan Georg Schlosser*. In ID., *Metaphysik und Metapolitik, Studien zu Aristoteles und zur politischen Sprache der neuzeitlichen Philosophie*, Frankfurt a.M., 1975, pg. 133.

(138) Cfr. E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1963, pg. 449.

rico non sarebbe stato adatto ad un uomo importante e di spirito indipendente »<sup>(139)</sup>, non mancherà certo l'occasione di ricercare i presupposti ' socio-culturali ' di questa indipendenza appunto scavando un po' più da vicino in questo retroterra.

Ed è proprio il nostro, non certo soltanto puro teorico, ma altresì navigato cultore pratico di diritto nella sua veste più che ventennale di ' Sachwalter ', membro dello Justiz-collegium e Oberamtman nel principato del Baden<sup>(140)</sup>, che ci offre una attendibile traccia: in una lettera a Merck, nel definirsi rispetto alla natura costruttrice di un Goethe come spirito ' demolitore ', critico di pregiudizi secolari, egli tendeva infatti ad assumersi il ruolo di prosecutore del Thomasius, contro il cui razionalismo — è bene però rilevarlo — si dirigeva d'altro canto e non a caso tutta la sua carica corrosiva di uomo di opposizione<sup>(141)</sup>.

In realtà se anche l'indicazione così raggiunta non può essere mantenuta sic et simpliciter nella sua astrattezza, essa è però suscettibile di indirizzarci nella giusta direzione.

Il razionalismo, la *Gesetzmacherei*, che ovviamente prefigura le sue valenze rivoluzionarie d'impronta francese, rappresenta infatti un po' il filo rosso che ci permette di leggere in controluce anche le prese di posizione di questo esponente liberal-conservatore, prese di posizione diremmo quasi istintivamente avverse al dispotismo di pretta marca prussiana.

La faticata data 1789 nella quale oltre alle istituzioni di Hugo appaiono anche le prime quattro lettere schlosseriane, non fa altro che offrire veste di ' fatale ' coincidenza ad una entelechia personale che già in queste come in altre contemporanee pagine inizia a germogliare<sup>(142)</sup>.

Non ci pare pertanto di incorrere in un peccato d'anacronismo se per una più corretta valutazione delle componenti culturali della

<sup>(139)</sup> F. C. VON SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* (1814), in A. F. J. THIBAUT-F. C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. MARINI, Napoli, 1982, pg. 148.

<sup>(140)</sup> Cfr. G. HUGO, *Beyträge*, cit., Bd. 1, pg. 109.

<sup>(141)</sup> Vedi E. GOTHEIN, *Schlosser*, cit., pg. 4.

<sup>(142)</sup> J. G. SCHLOSSER, *Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des Preussischen Gesetzbuches insbesondere*, Frankfurt a.M. 1789, pg. 53.

sua critica, spostiamo per un attimo l'attenzione ad una data successiva sì, ma soltanto nella temporaneità esteriore.

È infatti nel 1798 che Schlosser dà alle stampe la sua edizione tedesca della *Politica* aristotelica<sup>(143)</sup>. Non si tratta di una semplice traduzione, ma di molto di più: le annotazioni di Schlosser al testo aristotelico — riproposto ormai 'coscientemente' al termine della sua 'immediata' efficacia storica nella tradizione europea, ma con un altrettanto consapevole rifiuto di storicizzarne le affermazioni<sup>(144)</sup> — si offrono infatti nello stesso istante come un (neutralizzante) commentario alla rivoluzione francese; in altre parole il suo commento ad Aristotele si compie in un contestuale commentario della rivoluzione.

La tradizione aristotelica della politica viene perciò mantenuta intatta nel suo nucleo centrale come pure nella sua connessione con la filosofia morale. L'*Anwendung* della dimensione aristotelica agli eventi francesi 'esaurisce' la notevolissima rilevanza del trapasso (che v'è implicito) tra tradizione e rivoluzione nell'epoca del tardo illuminismo; si tratta di un trapasso qual'è testimoniato dall'evoluzione dell'opera cardine della cosiddetta tradizione vetero-europea a palinsesto su cui il primo traduttore tedesco si dedica a proiettare l'evento 'moderno', in una risposta che vuole essere esplicitamente non controrivoluzionaria ma antichizzante. Ed è però proprio questa patina antichistica che fa sì che 'moderno' possa essere qui inteso come ultima e più specifica applicazione della teoria tradizionale delle *Revolutionen*, quale sarà portata avanti anche in Gottinga: quell'evento può così senza sforzo affiancarsi agli accadimenti ateniesi, romani, olandesi o nord-americani<sup>(145)</sup>.

Se le regole politiche classiche rivestono ancora agli occhi di Schlosser la qualifica di un solido sfondo dalla prognostica rilevanza, si sarà altresì vicini a comprendere come il medesimo paragone istituito dal nostro tra polis antica e stato moderno non raggiunga mai, pur con tutta la chiarezza di uno sguardo al quale non

---

<sup>(143)</sup> M. RIEDEL, *Aristoteles-Tradition*, cit., pg. 141.

<sup>(144)</sup> *Ibid.*, pg. 151.

<sup>(145)</sup> *Ibid.*, pg. 164.

possono sfuggire le differenze, lo stadio dal quale emerge la percezione di una società ormai definitivamente separata dallo Stato <sup>(146)</sup>.

La peculiarità del suo rifiuto della rivoluzione rispetto a quello dei tradizionalisti-reazionari anglo-francesi od anche dei loro seguaci tedeschi, consiste proprio nel costo teorico che egli è costretto a pagare per le sue argomentazioni né controrivoluzionarie né conservatrici in senso stretto: tra la *Politica* di Aristotele e la rivoluzione non può essere ancora collocata la storia come istanza autonoma di valutazione politica. L'istanza, cioè, la cui 'scoperta' costringerà il controrivoluzionario Burke a scendere sullo stesso terreno dei suoi avversari, in un comune mutamento semantico della comprensione del rapporto tra politica e storia.

La predominanza della politica e dell'etica, e la loro connessione con la storia affondano tuttavia le loro radici in altri due frammenti dell'ideologia schlosseriana; si tratta di frammenti al primo tuttavia completamente coerenti, anche se di certo si riveleranno più 'moderni' nei loro svolgimenti <sup>(147)</sup>.

Essi ci conducono in primo luogo in prossimità della sua attività di « Strenger Jurist, der Seine besten Geisteskräfte daran setzt, das römische Recht in altem Glanze erscheinen zu lassen »; attività, si noti, concepita in stretta armonia con l'altra sua vocazione, quella di più significativo avversario della fisiocrazia in Germania <sup>(148)</sup>: un'ulteriore dimostrazione, se ancora ce ne fosse bisogno, della non completa sovrapponibilità dell'enucleazione di un contrasto d'essenza tra diritto pubblico e dimensione privatistica con il processo di emersione della cosiddetta società civile moderna, autonoma dallo Stato.

Le sue convinzioni economiche tenderanno ovviamente — dopo una sua giovanile adesione al movimento fisiocratico tedesco, allora testimoniata dalle lodi di colui che diverrà poi il suo più acceso avversario, il giusnaturalista e *Nationalökonomer* Schlettwein; adesione che sarà già indebolita intorno al 1776 <sup>(149)</sup> — ad un ridi-

---

<sup>(146)</sup> *Ibid.*, pg. 156.

<sup>(147)</sup> E. GOTHEIN, *Schlosser*, cit., pg. 16.

<sup>(148)</sup> Cfr. D. KLIPPEL, « *Libertas commerciorum* », cit., pg. 327, nota 92.

<sup>(149)</sup> E. GOTHEIN, *Schlosser*, cit., pg. 24.

mensionamento delle valutazioni entusiastiche dell'importanza dell'elemento agrario e della *Landesbevölkerung* nel ciclo economico, così come ad una considerazione del rapporto tra i vari settori produttivi, e ad una avversione contro la frammentazione dei beni, che saranno riprese meno di mezzo secolo più tardi negli stessi termini da un autore certo non sospetto come Friedrich List.

Il lato per noi decisivo del suo privilegiamento della borghesia cittadina risiede tuttavia nella dimensione storico-pratica che ne era all'origine. La convinzione cioè che la fioritura economica della Germania da sempre si fosse fondata sul solido ceto rappresentato dallo *Städtisches Bürgertum*, e che, conseguentemente, la rovina degli stati tedeschi fosse stata originata dall'abbandono del primario interesse per le città, rafforzato com'era con la concessione di privilegi, che era stata peculiare dai secoli dal decimo al quattordicesimo. Un'abbandono 'impolitico' che aveva compromesso tutti i settori (commercio, *Fabrikwesen* ed economia agraria) contemporaneamente.

La concezione storica che stava al fondo delle prese di posizione schlosseriane rivelava quindi molto più affinità nei riguardi di quella propria ai circoli dei « *reichstädtische Juristen* » da Schilter a Wenken, che non nei confronti delle corrispondenti intenzioni della moderna economia politica<sup>(150)</sup>.

La tradizione della *Reichspublizistik*, la tradizione giuridica imperiale si conciliava del resto assai bene con i costanti riferimenti all'ultimo dei rami culturali ai quali Schlosser riteneva di dover in più punti affidare le sorti della sua critica.

Essa infatti, prendendo lo spunto dall'immissione nel paragrafo iniziale dell'introduzione al progetto proprio di una disposizione che ricordava da vicino quel concetto unitario di diritto perorato da Suarez<sup>(151)</sup>, si scagliava poi contro la completa confusione sistematica che ne sarebbe conseguita tra i vari tipi di legge, a motivo del carattere « fluttuante » necessariamente assunto da un codice tendente a sbilanciarsi dalla parte dello Stato: « so würde alsdann das preussische Gesetzbuch eben so fluctuirend seyn müssen, als

<sup>(150)</sup> *Ibid.*, pg. 20. Cfr. J. G. SCHLOSSER, *Briefe*, cit., pg. 171 nota.

<sup>(151)</sup> J. G. SCHLOSSER, *Briefe*, cit., pg. 142.

die Pflichten der Unterthanen gegen den Staat fluctuirend sind »<sup>(152)</sup>.

Non è infatti da reputare dato occasionale se il trapasso da una critica « puntuale » alle disposizioni di un progetto (del cui comitato redazionale si sarebbe pur potuto astrattamente far parte), a raggiungere invece formalmente il rango globale di una negazione al proprio tempo della medesima vocazione alla codificazione<sup>(153)</sup>, si sostanzi ampiamente nel riferimento alla tradizione politico-morale anglosassone.

Il processo di « Simplificierung der Regierungs-Maschine »<sup>(154)</sup> — un processo che trova il suo eroe teorico negativo nel nostro Filangieri le cui argomentazioni risultano al contrario del tutto gradite al 'codificante' Klein<sup>(155)</sup> — non viene rifiutato soltanto in virtù della tesi di natura economicistica, secondo la quale la parallela complicazione dei rapporti socio-economici ancora non sufficientemente analizzata dalle scienze competenti, fisiologicamente respinge come inutilmente astratto un intervento legislativo 'cieco'<sup>(156)</sup>.

<sup>(152)</sup> *Ibid.*, pg. 143.

<sup>(153)</sup> A. STÖLZEL, *Carl Gottlieb Suarez*, Berlin, 1886, pg. 271, riteneva questa controversia essenzialmente della stessa natura di quella rinnovata venticinque anni più tardi da Savigny; J. U. HEUER, *Allgemeines Landrecht und Klassenkampf*, Berlin, 1960, pg. 160, nota 32 ha tuttavia giustamente osservato che il mutamento del clima politico generale non rende però altrettanto agevole un'identificazione di posizioni culturali in sé certo analoghe.

<sup>(154)</sup> J. G. SCHLOSSER, *Briefe*, cit., pg. 11.

<sup>(155)</sup> Sulla recezione tedesca di Filangieri rimane sempre insostituibile l'articolo a lui intitolato da I. WEITZEL e H. MARQUARDSEN, in *Das Staats-Lexikon. Encyclopädie der sammtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, hrsg. von K. ROTTECK u. K. WELCKER, 3. Aufl., Bd. 5, Leipzig, 1861, pg. 374 ss. Cfr. altresì P. BECCHI, *La fortuna di Gaetano Filangieri in Germania*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIII (1983), pg. 197 ss., certo ancora piuttosto incompleto, dal momento che nomi rilevanti come quelli di Schlosser, od anche Reitemeier vi sono del tutto sottaciuti. Per la valutazione di Klein cfr. J. G. SCHLOSSER, *Fünfter Brief über den Entwurf des Preussischen Gesetzbuchs insbesondere über dessen Apologie in den Annalen der preussischen Gesetzgebung*, Frankfurt a.M. 1790, che nella sua sezione iniziale riporta appunto la recensione kleiniana apparsa nel quarto volume dei celebri Annali della legislazione: vedi *ivi*, pg. 10 ss.

<sup>(156)</sup> J. G. SCHLOSSER, *Briefe*, cit., pg. 71 ss.

Il riconoscimento dei punti di debolezza dell'ideologia codificatoria 'in sé e per sé' invita in misura altrettanto rilevante a scorgerne il collegamento con il cancro 'antiborghese' — ma poi anche e contemporaneamente antiaristocratico — del dispotismo.

L'identificazione del dispotismo come stato nel quale « le leggi non dipendono in nessun modo dallo Stato nella sua interezza, ma all'opposto soltanto dal 'Regent'; oppure ancora soltanto da lui e dall'aristocrazia insieme con lui, od anche esclusivamente da questa medesima »<sup>(157)</sup>, viene chiaramente a palesare il fatto che la posta in palio non può per nulla consistere nella « semplicità dei diritti, ma invece nella loro sicurezza ed inviolabilità ».

Così è proprio laddove « Menschen sind wie wir und wo Bürger seyn sollen », che la via da percorrere non deve programmaticamente rivelarsi per lo Stato priva di ostacoli. Anzi questi ostacoli vanno disseminati sul suo cammino in forza di una formula sola, della metafora celeberrima dei 'check and balance', mano invisibile atta al medesimo titolo a regolare il conflitto delle umane passioni: « ... da darf die Strasse des Ganges der Regierung, *nicht so eben ein, das ihr Fuss nicht ofter anstösse*, aus anstösse wo Weisheit ihn lenkt. — Es müssen and sollen da, *Ansprüche und Widersprüche, Absichten und Rechte, Wollen und Nichtwollen, sich immer das Gleichgewicht halten*, sich durchkreuzen, sich *hindern* und vereiteln wollen, dürfen, können! Er soll und muss da, manches Uebel geduldet, manchem Guten entsagt werden, *und wie in den Weltgebäude, so muss auch da, die Scheinbare Unordnung die wahre Ordnung seyn* »<sup>(158)</sup>.

Non per nulla l'opera si era aperta con un esplicito rinvio ad uno dei maggiori sostenitori del teorema dell'equilibrio (*Gleichgewicht*) tra i ceti, il celebre autore delle *Letters of the Study and Use of History*, quello stesso visconte di Bolingbroke<sup>(159)</sup>, che nella sua qualità di capo dell'opposizione tory al governo Walpole

<sup>(157)</sup> *Ibid.*, pg. 159.

<sup>(158)</sup> *Ibid.*, pg. 13.

<sup>(159)</sup> Cfr. su di lui e le sue relazioni con la teoria dello Stato d'impronta 'imperiale' N. HAMMERSTEIN, *Jus und Historie*, cit., pg. 241 nonché in generale J. G. A. POCOCK, *Il momento machiavelliano*, vol. II, *La 'repubblica' nel pensiero politico anglosassone*, Bologna, 1980, spec. pg. 119 ss.

si era inoltre trovato nella condizione di individuare necessariamente una chiara linea di demarcazione tra i concetti di *Verfassung* e *Regierung*; per tacere, almeno per il momento, del riferimento ricorrente ai due teorici dell'equilibrio 'costituzionale' tra le passioni, come Shaftesbury e Hutcheson<sup>(160)</sup>.

In una formulazione forse 'eccessiva', ma non ingiustificata — se solo si rifletta ancora per un momento alla fortuna che alla metafora giuridico-politica dell'equilibrio arrideva nella medesima letteratura della *Reichpublizistik* proprio per la sua funzione costituzionale di bilanciamento del rapporto tra i *Reichstände*<sup>(161)</sup> — si può allora sostenere che il moderno contrasto d'essenza, la *Wesenunterschied* tra *Staatsrecht* e *Privatrecht* non emerga altrimenti che come peculiare applicazione dell'antica 'metafora' dell'equilibrio nella veste ad essa attribuita da queste due convergenti tradizioni di pensiero<sup>(162)</sup>.

Equilibrio tra una borghesia emergente ed un ceto aristocratico-feudale<sup>(163)</sup> i cui interessi non sono sentiti in contrasto con

<sup>(160)</sup> Cfr. W. JÄGER, voce *Opposition*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., Bd. 4, Stuttgart, 1978, pg. 475 ss.

<sup>(161)</sup> Un particolare ringraziamento per avere attirato la nostra attenzione sull'importanza a tutt'oggi molto trascurata della nozione di equilibrio va a Giovanni Cappellini, il quale nel corso della preparazione della sua tesi specificatamente rivolta ad analizzare la riflessione schmittiana e meineckiana alla luce di questo concetto, ci ha fornito inedite suggestioni ed aperto prospettive come tali non presenti nella assai scarna letteratura sul tema (si cfr. tuttavia almeno H. FENSKE, voce *Gleichgewicht, Balance*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 2, cit., pg. 959 ss.; assai più utile, nell'ottica che abbiamo ritenuto di fare nostra, si rivela comunque l'analisi di A. O. HIRSCHMAN, *Le passioni*, cit., specialmente pg. 22 ss.). Un accenno alla funzione privilegiata esercitata dalla filosofia morale di Shaftesbury nella prospettiva indicata anche in C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), trad. it., Milano, 1984, pg. 245: ma esso non resta appunto più che un accenno non sviluppato.

<sup>(162)</sup> Nulla in questa direzione è dato ricavare dal summenzionato articolo di H. Fenske, a riprova dello stadio ancora largamente 'aurorale' della ricerca.

<sup>(163)</sup> Sul punto della valutazione schlosseriana dei ceti feudali ampiamente R. SCHULZE, *Schlosser*, cit., pg. 337; sfocata ci sembra in proposito la critica di L. BJÖRNE, *Rechtssysteme*, cit., pg. 35 nota 134, dato che non si avvede della funzione costituzionale che viene a spettare al sistema

la prima proprio perché vengono ormai ridotti in categorie da un lato; e altresì proiettati, dall'altro, sul piano costituzionale, a fungere da contrappeso (Landständige Rechte) all'idea del bene comune onnicomprensivo di stampo assolutistico<sup>(164)</sup>.

La distinzione, insomma, appare frutto di un moderatismo teorico che ha acquisito la consapevolezza ' dialettica ' — ma di una dialettica ben interna all'aristotelismo — della funzione del negativo, dell'incompiuto, nella sua qualità di freno alla necessaria degenerazione — ci par superfluo a questo punto seguitare a dotar di segno questi echi intellettuali —, cui la perfezione ' estrema ', perseguita sino alle sue ultime conseguenze, sottopone qualsiasi forma ideale (costituzionale, politica, giuridica, economica)<sup>(165)</sup>.

Ed infatti per contrastare la tendenza alla fluttuazione destabilizzatrice della sistematica, introdotta dalla espansibilità incontrollata del concetto di bene comune, Schlosser si affatica ancora una volta sulla disputata questione terminologica di come debba essere ben determinata la nozione di legge. Per chiarezza andrà preliminarmente osservato<sup>(166)</sup> che egli non fa propria in nessun luogo delle opere giuridiche principali la dicotomia, intesa nel senso di una utilizzazione nella traduzione tedesca della coppia öffentliches Recht - Privatrecht, anche se sarà proprio la sua partizione ' ideologizzata ' ad esercitare un influsso decisivo sull'ampliamento dell'ormai corrente nozione sistematica di diritto pubblico<sup>(167)</sup>, rivelandosi in tal modo determinante appunto degli orientamenti della ' giurisprudenza dogmatica '.

Il Nostro distingue infatti — « molto giustamente », secondo l'opinione di Hugo<sup>(168)</sup> — in apparenza tra quattro specie o classi

dei ceti nell'ottica del nostro, e neppure della sua ritraduzione di categorie feudali in concettualità privatistico-borghese.

<sup>(164)</sup> J. G. SCHLOSSER, *Briefe*, cit., pgg. 121, 126.

<sup>(165)</sup> Sull'importanza dell'idea di bilancia commerciale si veda in generale J. O. APPELBY, *Pensiero economico e ideologia nell'Inghilterra del XVII secolo*, Bologna, 1983.

<sup>(166)</sup> Così giustamente L. BJÖRNE, *Rechtssysteme*, cit., pg. 32, che precisa un dato sfuggito a Grimm.

<sup>(167)</sup> Cfr. in tal senso P. RATHJEN, *Die Publizisten*, cit., pg. 46.

<sup>(168)</sup> G. HUGO, *Beyträge*, cit., Bd. 1, pg. 111.

di leggi: e ci sia consentito mantenere per qualche momento ancora in sospeso il senso di quell'apparenza.

La 'prima' classe è composta da Staatsgesetze, ovverosia le *leges fundamentales* che danno forma alla « costituzione interna dello Stato », dal momento che per loro tramite cade la decisione dell'interrogativo su chi sia chiamato a svolgere il ruolo di 'Regent', determinandone inoltre, « sey er Monarch oder Senat », i corrispettivi diritti. Non senza intenzione Schlosser si affretta a soggiungere che queste leggi hanno « più la natura di un contratto che non quella di una legge »<sup>(169)</sup>, qualità che non può non ripercuotersi, come vedremo, sull'ordine medesimo della disposizione, che riveste già in sé e per sé una certa importanza.

La seconda specie concerne infatti le cosiddette 'Regierungsgesetze', ovverosia *Verordnungen* della suprema autorità determinata secondo il procedimento costituzionale — appunto mediante la Grundgesetz — sulle istituzioni di carattere pubblico; le « Anstalten zum gemeinen Wohl », come esplicita in modo anche filologicamente corretto ancora Gustav Hugo. Si individua così la dimensione concreta spettante agli 'organi' specificati costituzionalmente, per mezzo della puntualizzazione strutturale del potere; oltre agli interventi militari e di politica estera (*jus belli ac pacis*) si possono allora considerare appartenenti a questo settore « Die Bestellung der Dienste, die Vorschrift der Dienst-Instructionen; die Polizei, die äussere Religions-Einrichtung, die *Civilgesetzgebung* selbst, u. s.w. »<sup>(170)</sup>.

Sulla terza categoria sussiste invece un'incertezza sistematica, perché Schlosser viene qui in qualche modo ad incrociare le due serie sulle quali in realtà si basa la sua concettualizzazione.

In una conformità sostanziale al suo pensiero e 'per amor di sistema' si sarebbero infatti a questo punto dovute introdurre le Strafgesetze, e non a caso questo elemento non sfuggirà all'acume del suo celebre recensore<sup>(171)</sup>: Schlosser comunque in questa sede

<sup>(169)</sup> J. G. SCHLOSSER, *Briefe* cit., pg. 119.

<sup>(170)</sup> *Ibid.*, pgg. 119-120. Andrà forse ricordato che il merito per avere tra i primi individuato il rilievo della mediazione svolta dal nostro spetta soprattutto a E. EHRlich, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, cit., pg. 224.

<sup>(171)</sup> Cfr. ancora G. HUGO, *loc. ult. cit.*

procede ad inserire invece le leggi civili, ovvero l'« altro » caposaldo dell'enumerazione, collocando poi le leggi penali all'ultimo posto <sup>(172)</sup>.

Come si vede non pochi sono i nodi che l'intero edificio ci induce a sollevare e che si tratta adesso per quanto possibile di sciogliere.

Anzitutto ci pare vada dissolta l'impressione meno corretta che certe sfumature del nostro sembrano a prima vista suscitare <sup>(173)</sup>: intendiamo riferirci specificamente alla esplicita equiparazione della Grundgesetze ad un contratto, la quale diviene non per nulla ancor più evidente, fino a raggiungere nel passo immediatamente susseguente, relativo alla normativa amministrativa (Regierungs-Verordnungen), addirittura l'identificazione: « Diese sind eigentlich nichts, als die Ausführung dessen, was der Vertrag, den wir zu der ersten Classe der Gesetze gerechnet haben, von dem Regenten fordert und ihm gewährt ».

Sarebbe difatti prematuro istituire un rapporto di continuità semplice tra la teorica di Schlosser e la tradizione contrattuale-giusnaturalistica; il che varrà a maggior ragione nella valutazione globale con riferimento al problema del 'puro' diritto privato.

Uno dei caposaldi della critica alla codificazione in generale — caposaldo che risale su su fino al lavoro inaugurale del 1777 <sup>(174)</sup> — è infatti in buona sostanza rappresentato dalla 'costitutiva' incacità per il filosofo, per l'Aufklärer <sup>(175)</sup>, di metter mano con qualche frutto alla codificazione. Ci soccorre invece al proposito ancora una volta il richiamo alla caratterizzazione culturale che abbiamo per sommi capi abbozzato in precedenza: la configurazione come contratto della legge fondamentale corrisponde non senza motivo

<sup>(172)</sup> J. G. SCHLOSSER, *loc. ult. cit.*

<sup>(173)</sup> Vedi invece in questo senso L. BIÖRNE, *Rechtssysteme*, cit., pg. 120.

<sup>(174)</sup> J. G. SCHLOSSER, *Vorschlag und Versuch einer Verbesserung des deutschen bürgerlichen Rechts ohne Abschaffung des römischen Gesetzbuchs*, Leipzig, 1777, pg. 13 ss.

<sup>(175)</sup> Non completamente perspicuo in questo senso D. GRIMM, *Zur politischen Funktion*, cit., pg. 225.

perfettamente alla natura pattizia che il concetto veniva ad assumere in alcune delle principali correnti della *Reichsstaatslehre* <sup>(176)</sup>.

Non solo, ma il medesimo atteggiamento di critica cui appena sopra si faceva cenno non resta affatto confinato alle sue occasioni meramente contingenti, ma trapassa in una negazione tanto radicale quanto circostanziata del diritto naturale tradizionale. Ed è una negazione che emerge proprio sulla base dell'applicazione — in vista della ricerca di una concezione storicizzata della legge <sup>(177)</sup> — dei principi ricavati dalla tradizione anglosassone: e precisamente di quella scuola moralistica 'del sentimento', da Shaftesbury e Hutcheson, che a tacer d'altro, pescando nel vasto campo dell'analisi delle passioni, è più che plausibile abbia non poco contribuito, proprio mediante la sottolineatura del principio del controbilanciamento degli effetti a gettare le basi intellettuali del principio di separazione dei poteri, ovverosia di quel sistema dei *Cheks and Balances* <sup>(178)</sup> che abbiamo già in qualche modo intuito come origine segreta della stessa nozione di separazione tra pubblico e privato. Un altro cerchio viene in tal modo a chiudersi.

E di fatto Schlosser nella seconda lettera sul progetto prussiano — quella lettera che prendendo le mosse dal problema di una « *Metaphisik der Gesetze* », cioè del sorgere della legge positiva, giungerà alla determinazione delle loro diverse specie, e quindi in particolar delle *Civilgesetze* <sup>(179)</sup> — parte dalla considerazione che sia necessario opporre agli 'ontologi' una distinzione del bene e del male morale da quello metafisico, in modo da poter tener conto più liberamente del carattere casuale delle azioni medesime <sup>(180)</sup>.

---

<sup>(176)</sup> Cfr. C. C. DABELOW, *Handbuch des heutigen gemeinen Römisch-Deutschen Privat-Rechts*, Halle, 1803, pg. 22, e vedi altresì R. GRAWERT, voce *Gesetz*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 2, cit., pg. 884 ss.

<sup>(177)</sup> Sotto questo profilo riceve un'inaspettata conferma filologica nel settore medesimo della storia giuridica l'intuizione meineckiana che aveva collocato Shaftesbury tra i precursori dello storicismo; cfr. F. MEINECKE, *Die Entstehung des Historismus*, hrsg. von C. HINRICHS, München, 1959, pg. 16 ss.

<sup>(178)</sup> A. O. HIRSCHMAN, *Le passioni*, cit., pgg. 29, 51 ss.

<sup>(179)</sup> J. G. SCHLOSSER, *Briefe*, cit., pgg. 82-3.

<sup>(180)</sup> *Ibid.*, pg. 84.

Lavorando apertamente sulle suggestioni schaftesburyane — già prima separatamente indagate<sup>(181)</sup> —, suggestioni volte a stabilire l'autonomia della morale, fondandola su di un *moral sense* atto a rivelare l'intima armonia sussistente tra gli affetti che spingono all'azione, fino a proiettarla dal microcosmo individuo sull'intero universo<sup>(182)</sup>, Schlosser v'imprime una scettica sfumatura rispetto alla possibilità di conoscenza razionale di quell'*Harmonie des Universum*, nel rapporto con la quale soltanto si costituisce la bontà o meno dell'azione<sup>(183)</sup>.

Al di là della relativizzazione obbiettiva delle azioni umane implicata dal rapporto immediato con l'armonia dell'universo quale loro misura, resta tuttavia proponibile per Schlosser un criterio subiettivizzante, che garantisca della conformità, che « ci mostri qualcosa di questa armonia »; ed è la deduzione « aus der Natur unserer Empfindung », dal carattere piacevole o meno (*Angenehm/Unangenehm*) del « *Vorgefühl* ».

In tal modo, pur relativizzandolo in base alla vivacità delle impressioni sulla coscienza del singolo fruitore, il nostro è consapevole di muoversi ancora largamente sul medesimo piano tracciato dal moralista anglosassone: « l'opinione di Shaftsbury e del suo partito e questa mia opinione dunque non soltanto possono molto bene rivelarsi compatibili l'una accanto all'altra, ma al contrario esse debbono sempre, allo stesso modo che i raggi di un cerchio potersi congiungere insieme in un punto mediano. La loro unica differenza consiste in questo: che Shaftsbury crede di trovarsi già nel punto centrale, e di potermi raggiungere alla periferia a partire da questo; io invece riconosco di trovarmi soltanto alla periferia, ma ammetto ed anzi presuppongo un centro verso il quale ogni punto del mio stato viene a convergere »<sup>(184)</sup>.

Ma proprio sulla base della dipendenza soggettivizzata della moralità dalla conformità con una armonia sempre diversamente

---

(181) *Ibid.*, pg. 87, per il riferimento al saggio *An Inquiry concerning Virtue or Merit* (1699), in *Characteristics of Men, Manners, Opinions, Times etc.* (1711), Gloucester, 1963, vol. II, pgg. 237-338.

(182) Fondamentale sul tema P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, 1974, pg. 32 ss.

(183) J. G. SCHLOSSER, *Briefe*, cit., pg. 88.

(184) *Ibid.*, pg. 90.

percepita dai singoli, si può affermare, da un lato, non soltanto che persino le leggi di ragione (Vernunftgesetze) si rivelino così 'fluttuanti' e 'moralì' come noi stessi lo siamo<sup>(185)</sup>, ma addirittura, dall'altro, « dass es Kein allgemeines Recht der Natur gebe »<sup>(186)</sup>: è l'esistenza di una (a questo punto) necessaria 'morale sociale'<sup>(187)</sup>, basata integralmente sull'esperienza, di una *Nationalmeinung*<sup>(188)</sup>, che viene a costituire l'ormai inevitabile fondamento storicistico della conclusione secondo la quale l'intera dottrina degli *Jura et obligationes* degli uomini tra loro debba essere sottratta al diritto naturale filosofico e trattata finalmente « nur historisch »<sup>(189)</sup>.

Di conseguenza muta radicalmente anche la concezione della legge; essa, viene ora chiamata ad esprimere una chiarificazione delle cangianti opinioni sulla 'giustizia' come conformità all'armonia dell'ordine sociale complessivo — e resta da sottolineare che la specificità delle tematiche schaffsburyane relative all'ordine del sé e all'ordine del mondo si definisce proprio nella sua contrapposizione (- accettazione) della visuale hobbesiana<sup>(190)</sup>. Proprio con l'individuazione dello spazio semantico dell'armonia sociale complessiva la legge diviene poi largamente idonea ad assumere in via principale il carattere di una registrazione, prontamente enfatizzata dal talento espositivo del nostro: la legge civile in questo senso non si rivelerebbe altro che come « Bestimmung der Meinung einer Nation, von Recht und Unrecht, zwischen den Gliedern, aus welchen diese Nation besteht »<sup>(191)</sup>.

Il passaggio è di qualche rilievo appunto perché permette di far scivolare l'accento dalla teoria del cosiddetto diritto naturale sul-

<sup>(185)</sup> *Ibid.*, pg. 92 e cfr. R. SCHULZE, *Schlosser* cit., pg. 328.

<sup>(186)</sup> *Ibid.*, pg. 97.

<sup>(187)</sup> *Ibid.*, pg. 94.

<sup>(188)</sup> *Ibid.*, pg. 101.

<sup>(189)</sup> *Ibid.*, pg. 102. Gustav Hugo riporta esattamente l'opinione, valutandola, come era del resto da attendersi addirittura come « Auffallend »; riferisce però erroneamente la citazione alla pagina 104 (*Beyträge, loc. ult. cit.*, pgg. 113-114).

<sup>(190)</sup> Cfr. P. COSTA, *Il progetto giuridico*, cit., pgg. 32 e 37; per l'opinione di Schlosser su Hobbes cfr. *Briefe*, cit., pgg. 93-94, laddove la 'morale sociale' è immediatamente vista come risposta politica ad Hobbes.

<sup>(191)</sup> J. G. SCHLOSSER, *Briefe*, cit., pg. 106.

la tematica della necessaria « Festigkeit und durchgehende Gleichheit » assicurata dalla legge medesima<sup>(192)</sup>, aprendo così la via all'altra serie enumerativa dei vari tipi di Gesetze, chiamata stavolta a definire la loro importanza e relazione in conformità al ' vero ' carattere del concetto.

Così in relazione alla coppia *Recht/Unrecht* emerge la legge civile (das *eigentliche* Civilrecht), con l'unico scopo di esplicitare a ciascun soggetto « quanto in là si spinga il suo diritto »; eliminando pertanto ogni riferimento o considerazione della dottrina relativa alla *Zurechnung*: il diritto privato ha a che fare soltanto con il « *simple Factum des Anspruchs*, sei er *mit oder ohne Besitzergreifung verbunden* »<sup>(193)</sup>. Si inizia così a scavare il fossato che separa un simile tipo di legge dalle altre tre forme, i cui punti di vista non possono in nessun modo essere unificati con quello, senza ingenerare un completo sovvertimento della nozione medesima di ' Gesetzgebung '.

Dalle leggi penali, anch'esse difficilmente ricomprensibili nel criterio della stabilità, si può passare adesso ascensionalmente alle norme che concernono in maniera immediata l'amministrazione: a queste ultime Schlosser nega formalmente la capacità ad essere definite per mezzo della nozione di legge « als unter welcher Benennung man sich immer *etwas bleibendes* denkt »<sup>(194)</sup>. Non una unica volta le norme che devono essere chiamate a costituire il *Regierungscodex* meritano l'appellativo di legge, la sola qualifica loro confacente — in conformità alla critica demolitrice del concetto di bene comune quando lo si voglia estendere fuori del suo ambito — si rivela allora quello di *Verordnung*<sup>(195)</sup>. È infatti ancora sulla base di un richiamo a Platone che risulta pienamente attendibile nell'ottica della recezione del patrimonio platonico-rinascimentale effettuata dalla tradizione moralistica inglese<sup>(196)</sup>, che si fa luce, fino a giungere al ruolo di divergenza fondamentale, quella

<sup>(192)</sup> *Ibid.*, pg. 108.

<sup>(193)</sup> *Ibid.*, pg. 109.

<sup>(194)</sup> *Ibid.*, pg. 115.

<sup>(195)</sup> *Ibid.*, pg. 116.

<sup>(196)</sup> Insostituibile sul punto si rivela pur sempre E. GARIN, *L'illuminismo inglese. I moralisti*, Milano, 1942. Si veda altresì H. TREVOR-ROPER, *L'illuminismo scozzese*, in A. SANTUCCI, Ed., *Interpretazioni dell'Illuminismo*, Bologna, 1979, pgg. 149-166.

‘ differenza ’ tra diritto privato, basato sulle Ansprüche dei singoli Bürger, sui loro diritti soggettivi, e diritto ‘ pubblico ’ (o più propriamente, dimensione costituzionale e della Verwaltung); è la capacità di movimento del sovrano che altrimenti si esplica ed altrimenti viene limitata nei due campi.

La Civilgesetzgebung — dalla quale soltanto si originano leggi vere e proprie — non legittima « fondamentalemente » in alcun modo il Regent, a « fare nuove leggi », poiché, platonicamente « das Gesetz nichts anders ist, als ein Satz der das Wesen und die Verhältnisse der Dinge angibt, wie sie sind; der Mensch aber nicht immer versteht, was die Gesetze dieser Art sagen: so soll im Grund der Civilgesetzgeber nur der seyn, welcher dieses Verhältniss so erklärt, dass alle Menschen dasselbe verstehen, und seine Authorität soll sich nicht anmassen, die Dinge und deren Verhältnisse zu *machen* »<sup>(197)</sup>.

In tale ottica il legislatore è soltanto colui che è vocato ad esplicitare il rapporto privato in modo da renderlo comprensibile a tutti, ma non può procedere invece direttamente alla produzione delle cose stesse.

Con ogni evidenza tuttavia la stessa autonomizzazione schafesburyana dell’oggetto rispetto alla metafisica morale fa sì che al primo spetti in qualche misura un carattere modellabile: con ogni evidenza pertanto gli uomini non si potranno limitare all’accettazione dell’esistente loro offerto dalla natura, ma saranno pure socialmente in grado di dare vita, anche mediante modificazione dei rapporti esistenti, a « neue moralische Dinge ».

Ma relativamente ad esse al legislatore compete di nuovo esclusivamente una potestà di dichiarare « in nome del popolo » (*Nabmens des Volks*) le corrispondenti disposizioni<sup>(198)</sup>, pur se non si debba negargli almeno una competenza ‘ riservata ’ anche nel campo della legislazione civile, ma a patto di escludere a priori la potestà di connettere immediatamente la disposizione civilistica così ottenuta con il gemeines Wohl.

Anzi, onde evitare tali forme di ‘ abuso ’, non resta aperta che una via: quella di postulare la ‘ purezza ’ della forma interna

---

<sup>(197)</sup> J. G. SCHLOSSER, *Briefe*, cit., pg. 120.

<sup>(198)</sup> *Ibid.*, pg. 121.

del 'Civilcodex' evitando a tutti i costi la commistione rispetto alle questioni relative alla dimensione penalistica ed amministrativa.

Ma una simile purezza non può per parte sua essere fondata altro che in forma politica: « non vi sarebbe allo scopo altro mezzo possibile, se non quello di stabilire una sovraordinazione (*Vorrang*) del Civilcodex rispetto al *Regierungscodex*, un mezzo che presupporrebbe quindi come scopo primario dello Stato la determinazione dei diritti di tutti i membri di esso tra di loro; uno scopo rispetto al quale tutti gli altri devono passare in sottordine eccettuando l'unico caso nel quale si verifichi la circostanza che questo medesimo scopo primario non potesse essere assicurato altrimenti che per mezzo del raggiungimento di qualcuno degli altri subordinati<sup>(199)</sup>.

Certamente la purezza del diritto civile — specialmente a motivo di una non del tutto risolta posizione sistematica attribuita a quella nozione mista di diritto pubblico e privato che è costituita dallo *Status*<sup>(200)</sup> — non risultava, per usare le parole di Savigny, del tutto chiara a lui stesso nelle sue esigenze specifiche<sup>(201)</sup>; ma è innegabile il fatto che in tal modo si veniva ad individuare in ogni caso con grande lucidità (ed è ancora il padre della scuola storica a notarlo) « il carattere politico generale dei nostri tempi »<sup>(202)</sup>.

Si comprende allora, dopo la considerazione in questa prospettiva dei « Drei Arten von Gesetzbücher », come anche il quarto gradino, lo *Staatsrecht*, cada propriamente al di fuori del diritto considerato in senso proprio: quest'ultimo può essere solo diritto privato. Non a caso, pur rappresentando, come abbiamo veduto, nell'ordine dell'essere il primo gradino, la dimensione costituzionale-statuale funge del tutto esplicitamente da *presupposto*<sup>(203)</sup>.

<sup>(199)</sup> *Ibid.*, pg. 115.

<sup>(200)</sup> 'Posizione', collocazione che non sarà del tutto priva di ambiguità neppure nella dottrina medesima della Scuola Storica.

Sull'intero complesso problematico ci permettiamo di rimandare al nostro saggio *Status accipitur tripliciter. Contributo ad una anamnesi del 'Sistema del diritto romano attuale'*, di prossima pubblicazione.

<sup>(201)</sup> F. C. von SAVIGNY, *La vocazione*, cit., pg. 152.

<sup>(202)</sup> *Ibidem*.

<sup>(203)</sup> J. G. SCHLOSSER, *Briefe*, cit., pg. 119.

Proprio con Schlosser e la sua partizione tecnica ideologizzata del settore pubblicistico si viene cioè a compiere, mutandolo di segno — e, quel che più conta in modo tale da farlo divenire significativo soprattutto per la successiva giurisprudenza dogmatica —, un processo che aveva trovato le sue origini oltre che nella evoluzione della tradizione più propriamente romanistica, anche nel consolidarsi di quella terminologia del tardo diritto naturale che alla metà del secolo appariva ancora assolutamente inaffidabile e oscillante.

Non può allora sorprendere se una ‘prosecuzione’ dogmatica delle intuizioni schlosseriane vada primieramente ricercata in quel corso sintomaticamente civilistico, impostato dal suo celebre recensore: appare quindi consigliabile continuare a dipanare il filo della vicenda dando finalmente conto in modo più preciso delle ‘intersezioni’ concettuali cui essa ha dato luogo.

3. Come abbiamo avuto occasione di accennare la terminologia tardo-giusnaturalistica tende a consolidarsi progressivamente soltanto a partire dalla metà del XVIII secolo, laddove purificando in una formulazione concettuale più avvertita le partizioni usuali che avevano riferimento alla distinzione *Naturzustand* (*Jus naturae*) e stato sociale (*Jus sociale civitatis*) — si procede a designare di regola il diritto emanante dallo Stato *Jus politicum*, oppure *Jus civitatis*, od anche *Jus publicum*, al quale ultimo sarà tuttavia necessario aggiungere ‘modernamente’, per il motivo che subito diremo, la specificazione « in senso ampio »<sup>(204)</sup>.

Una volta entrati in questa prospettiva appare infatti necessario al giurista dell'epoca reduplicare la nozione di diritto pubblico; e di fatti si viene a suddividere il diritto avente validità all'interno dello Stato medesimo in *Jus publicum* in senso stretto — dacché il primo tipo di *Jus publicum* che abbiamo incontrato veniva all'epoca generalmente così battezzato senza determinazione ulteriore —, o *Jus privatum*, a seconda che abbia riguardo ai rapporti dello Stato con i sudditi o ai rapporti medesimi dei sudditi tra loro.

---

<sup>(204)</sup> E. EHRLICH, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, cit., pg. 222.

Ricapitolando siamo sostanzialmente davanti ad una tripartizione tra *Jus politicum*, cioè diritto pubblico in senso ampio, *Jus publicum* nella sua dimensione intrastatuale ed infine *Jus privatum*. Contrariamente alla tradizione pubblicistica del XVII secolo presso la quale era dato incontrare — invero saltuariamente — per *Jus publicum* la traduzione tedesca *Staatsrecht* o öffentliches Recht senza apprezzabili distinzioni di contenuti<sup>(205)</sup>, la terminologia che adesso tende ad imporsi vede lo *Jus politicum* reso comunemente con *Staatsrecht*, mentre *öffentliches Recht*, con tutta probabilità a partire dalla seconda edizione del *Naturrecht* di Höpfner (1783)<sup>(206)</sup>, viene ristretto a significare il secondo tipo di *Jus publicum*, non presentando ovviamente molte difficoltà l'equivalenza *Jus privatum/Privatrecht*.

La sequenza tedesca stabilisce quindi una successione *Staatsrecht* (comprensivo perciò anche del contenuto del diritto a carattere privatistico; laddove certo *Jus politicum* risultava più chiaro), 'diritto dello Stato' a sua volta suddiviso in öffentliches Recht e Privatrecht.

Una sequenza nella quale colpisce soprattutto la discrepanza dell'utilizzazione di 'diritto pubblico' ad indicare il concetto più ristretto, ovvero sia ciò che in seguito ad una diversa traduzione si sarebbe più correttamente dovuto designare — e nell'ottica medesima appena assunta — come *Staatsrecht* in senso stretto.

Come è noto fu Kant tra i primi a rovesciare terminologicamente il significato della nozione di diritto pubblico (öffentliches Recht) da poco introdotta, spostandolo per l'appunto a significare il concetto più ampio<sup>(207)</sup>; testimoniando in tal modo non soltanto ancora di una connessione tra 'costituzionalismo' e sviluppo della distinzione, che non andrà perduta agli occhi dei più acuti osservatori<sup>(208)</sup>, ma inducendo persino lo stesso Höpfner a mutare in tal

(205) P. RATHJEN, *Die Publizisten*, cit., pg. 42.

(206) E. EHRLICH, *loc. ult. cit.*

(207) Cfr. I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), hrsg. von W. WEISCHEDL, Frankfurt am Main, 1982, pg. 429. Su questa tematica è altresì da consultare J. H. TIEFTRUNK, *Philosophische Untersuchungen über das Privat und öffentliche Recht*, Halle, Zweiter Teil, 1798, pg. 45.

(208) Cfr. *infra*.

senso la sua formulazione già dalla quinta edizione del Manuale: « Das einheimische bürgerliche Recht wird in das öffentliche oder Staatsrecht (ius publicum) und Privatrecht (ius privatum) eingeteilt »<sup>(209)</sup>.

Va tuttavia rilevato che al di là del 'rinvenimento' dei termini tecnici, la fondazione teorica kantiana con il suo appello ad una larga equiparazione tra il contesto di pubblico in senso giuridico e la nozione di pubblicità, di *Bekanntmachung* della legge stessa<sup>(210)</sup>, accompagnata ad una scarsa attenzione per il problema delle suddistinzioni interne, non doveva rivelarsi certo la più adatta ad un trapianto nel terreno dogmatico positivo.

Proprio sotto questo profilo l'intervento di Schlosser, guidato da ideali equilibratori assai meno compromessi con gli eventi rivoluzionari, ed anzi finalizzati ad un'evoluzione bilanciata e senza scosse della società tedesca, doveva evidentemente rispondere assai meglio alle esigenze tecnico-giuridiche. La sua precisa articolazione interna offriva un criterio utilizzabile per la specifica attribuzione di ognuna delle molte materie dell'(oramai) cosiddetto diritto pubblico, proprio nel momento in cui si veniva a prendere le mosse dalla polemica contro il concetto di bene comune che era nata nel campo civilistico.

Il contrassegno della dimensione pubblica diventa allora quello di non essere diretta « bloss auf der Entscheidung der verschiedenen Meinungen von Recht und Unrecht », ma al « rinvenimento dei migliori mezzi per raggiungere lo scopo comune ultimo »<sup>(211)</sup>. Questa impostazione induceva pertanto a scorgere come sua conseguenza la necessità di attribuire al complesso delle leggi non private tutte le materie che si riferissero al « gemeines Wohl »; sottolineando altresì la necessità di dissolvere in qualche misura la suddivisione 'somma' in *jus privatum* e *jus publicum*, in quanto quest'ultima venisse ad orientarsi esclusivamente agli oggetti delle materie giuridiche, ad ulteriore conferma della discrepanza dei due processi di autodifferenziazione disciplinare.

---

<sup>(209)</sup> Vedi ancora E. EHRLICH, *loc. ult. cit.*, pg. 224.

<sup>(210)</sup> Cfr. il luogo citato *supra sub* nota 207.

<sup>(211)</sup> J. G. SCHLOSSER, *Briefe*, pg. 114.

Il problema sollevato dal critico del codice prussiano era destinato pertanto a ritradersi, una volta calatosi sul piano concreto, nuovamente in una questione terminologica — quella di come procedere tecnicamente ad una designazione globale di quelle leggi che concernevano il bene comune — proprio perché l'emergere della categorizzazione secondo gli oggetti aveva ormai portato in primo piano la dicotomia. Ma l'aveva portata in primo piano nella sua traduzione tedesca corrente, come opposizione tra *Staatsrecht* e *Privatrecht* <sup>(212)</sup>. In tal modo non si veniva però ad offrire alcun reale conto del processo di ampliamento del concetto e del campo di applicazione della nozione di pubblico, implicito nelle analisi di Schlosser <sup>(213)</sup>.

La 'soluzione' di questo problema — per quanto la si potesse voler considerare ormai quasi nelle vesti di un *Gemeingut* — emerge ora nella sua forma di sintesi, soprattutto per merito dell'acuta, seppure come al solito faticosa riflessione hughiana.

Abbiamo fatto cenno ad una sintesi, in quanto per esprimere l'ampliamento al quale viene adesso sottoposta la nozione di *jus publicum*, separandola dal « mero *Staatsrecht* » d'impronta dogmatica, si utilizza la traduzione *öffentliches Recht* divenuta usuale quasi soltanto nei manuali degli insegnanti di diritto naturale; anche se non va sottaciuto che proprio in seguito alle analisi 'umanistiche' di Hugo, non verranno a mancare tentativi di riproiettarla sulle ripartizioni operate dai giuristi romani, venendo addirittura a scorgere nella *Wendung* 'ampliativa', quasi un ritorno alle origini, dacché « die Neuern bezeichnete damit immer das Staatsrecht, die Römer weit mehr; es war daher ganz zweckmäßig, dafür einen andern deutschen Namen zu wählen, und der wirklich gewählte: öffentliches Recht ist der Sache und dem sonstigen Sprachgebrauch ganz angemessen » <sup>(214)</sup>.

Persino con le celebri Istituzioni del diritto romano attuale — apparse come sappiamo contemporaneamente alle lettere schlosse-

<sup>(212)</sup> Vedi P. RATHJEN, *Die Publizisten*, pg. 46.

<sup>(213)</sup> Cfr. sul punto D. WYDUCKEL, *Ius Publicum. Grundlagen und Entwicklung des Öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin, 1984, pg. 252.

<sup>(214)</sup> G. HUFELAND, *Rechtfertigung*, cit., pgg. 55-56.

riane nel 1789 — il problema non viene ancora fundamentalmente affrontato, ed Hugo prende anzi le mosse, conformemente alle *sedes materiae*, dallo scopo « tra i più importanti di ogni società civile » relativo alla sicurezza e certezza del « mio e del tuo »<sup>(215)</sup>, che giunge a coinvolgere immediatamente il tema della Rechtspflege, della posizione del giudice e quindi del processo<sup>(216)</sup>.

Una notevole chiarezza di sguardo sul processo che abbiamo in qualche dettaglio anticipato la si riscontra comunque già a partire dal 1811 con la quarta edizione dell'enciclopedia.

Qui, dopo che l'autore si è dato cura di produrre le partizioni inerenti al diritto privato, leggiamo: « Del diritto pubblico (öffentliches Recht) non è disponibile nessuna suddivisione che sia altrettanto conosciuta. Infatti soltanto da vent'anni si è soliti distinguere: 1. das Staatsrecht 2. das Regierungsrecht l'uno dall'altro. Sono state le lettere di Schlosser sulla legislazione (1789) che ne hanno offerto l'occasione, poiché esse oltre alle Zivilgesetzen enumerano anche Grundgesetze e Regierungsgesetze, e ancora accanto a queste certamente anche le Strafgesetze come un genere specifico »<sup>(217)</sup>.

Appena sei anni più tardi il gottinghese doveva tornare sulla questione che — data la « ben maggiore novità » competente al nome comune « öffentliches Recht », come pure a suo secondo ramo, quel termine cioè che ormai costantemente designava l'attività amministrativa dello Stato<sup>(218)</sup> — appariva ancora in tutta la sua fresca attualità. E vi tornerà per affermare — con un velato accenno a Montesquieu, tra gli altri<sup>(219)</sup>, accenno immediatamente trasformato in sortita polemica verso i 'colleghi' tedeschi —: « Jus publicum, droit publique, od anche presso i più noti autori droit

<sup>(215)</sup> G. HUGO, *Institutionen des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1789, pg. 15.

<sup>(216)</sup> *Ibid.*, pg. 79.

<sup>(217)</sup> G. HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Coursus, Erster Band welcher als allgemeine Einleitung die juristische Encyclopädie enthält*, Berlin, 1811<sup>4</sup>, pg. 9.

<sup>(218)</sup> *Ibid.*, pg. 193.

<sup>(219)</sup> Cfr. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Ed. par R. Derathé, Paris, 1973, tome II, pgg. 184-187. Cfr. altresì G. HUGO, *Lehrbuch der Naturrechts*, Berlin, 1819<sup>4</sup>, pgg. 6-7.

politique (cosa che secondo la derivazione è completamente identica, e tuttavia appare così singolare agli scrittori tedeschi), soltanto da circa trent'anni in Germania non più mero *Staatsrecht*, bensì *öffentliches Recht* »<sup>(220)</sup>.

Le testimonianze retrospettive di Hugo sono estremamente significative, proprio perché oramai vengono a tirare le somme di una vicenda della quale la sua medesima personale partecipazione costituiva appunto sintomo decisivo, consentendoci, per così dire, di periodizzarla.

Risulta in primo luogo confermato che il 'senso di marcia' dell'evoluzione consisteva nel tentativo di ricondurre sotto un unico concetto tecnico le leggi schlosserianamente riferibili ed inerenti al bene comune.

Già fin dalla recensione uscita nel medesimo 1789 la partizione proposta da Schlosser gli era stata immediatamente presente in tutta la sua importanza: le leggi civili venivano, sostanzialmente in modo corretto, collocate in posizione autonoma al quarto posto, come leggi « über Rechte eines Gliedes des Staats an Andere kraft eines Standes, kraft einer Sache und kraft einer Handlung (jus personarum, jus in rem und obligatio) ». Anzi, come confesserà più tardi in una notazione autobiografica del 1828, proprio l'utilizzazione sistematica effettuata da Schlosser della nozione di *Handlung*<sup>(221)</sup>, aveva fatto sì che già allora Hugo si fosse messo in condizione di pervenire all'intuizione dell'importanza generale del concetto di *actio* « also selbst schon bey der obligatio »; un'intuizione che aveva poi dovuto attendere a lungo prima di riemergere con tutta lucidità e pregnanza (aggiungendo cioè ad obbligatio il lemma *et actio*)<sup>(222)</sup>.

Sia come sia, a questa autonomizzazione del diritto privato corrispondeva una maggiore articolazione della dimensione (non ancora battezzata come) « pubblica », la cui coerente globalità era tuttavia assicurata dall'essere riuscito a ricondurre in quel settore — del resto sulla scorta di una precisa segnalazione dello stesso Schlos-

<sup>(220)</sup> G. HUGO, *Encyclopädie*, 5. Versuch, Berlin, 1817, pg. 9.

<sup>(221)</sup> J. G. SCHLOSSER, *Briefe*, cit., pgg. 258-259.

<sup>(222)</sup> G. HUGO, *Beyträge*, cit., pg. 111, nota 2.

ser <sup>(223)</sup> — le leggi penali come classe a sé delle disposizioni amministrative.

Che un punto non gli dovesse essere in ogni caso a tutta prima apparso in piena evidenza, emerge però nella prima enciclopedia del 1792, nella quale Hugo fa ancora appello alla nozione di *Jus publicum* come dimensione sovraordinata al ‘ diritto dello Stato ’ inteso in senso stretto. Si richiama in altre parole di nuovo ad uno Staatsrecht in senso ampio ricomprendendovi inoltre il diritto ecclesiastico, il Reichsprocess — non quindi l’intero diritto processuale, come avverrà in seguito —, il diritto camerale e di polizia, il diritto criminale ed internazionale. Come si intenderà anche con un veloce colpo d’occhio, è qui di fatto assente una delle idee chiavi di Schlosser, ovverosia la nozione di *Regierungsrecht* come ramo amministrativo unitario: un dato che viene difatti confermato ad usura nel momento in cui Hugo utilizza tradizionalmente quell’espressione ad intendere « eher ein der Regierung zustehendes Recht » <sup>(224)</sup>; gli antichi *jura majestatis*.

È a partire dal 1799 che il processo può dirsi avviato verso il compimento: l’espressione diritto pubblico è ormai chiamata a svolgere un ruolo moderno che sarà sottolineato con precisa autoconsapevolezza storica agli interventi successivi, ed il diritto amministrativo diviene il secondo suo principale filone accanto allo Staatsrecht in senso stretto. Si fa strada senza indecisioni anche la innovazione più importante rispetto alle partizioni di Schlosser, se si fa esclusione per l’operazione relativa al diritto penale: ovverosia la separazione del diritto processuale dalle altre leggi civili e la sua assegnazione al diritto pubblico.

Un’incertezza, che sarà successivamente accantonata, persiste tuttavia sulla ‘ qualità ’ di questo *Regierungsrecht*: il sussistere dell’incertezza come il suo successivo accantonamento sono indizi da non trascurare.

In un omaggio — presto ‘ tecnicamente ’ ritirato — alla passione kantiana per quelle tricotomie che avrebbero dovuto sostit-

---

<sup>(223)</sup> J. G. SCHLOSSER, *Briefe*, cit., pg. 140; inesatto, almeno parzialmente, pertanto, L. BJÖRNE, *Rechtssysteme*, cit., pg. 33.

<sup>(224)</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlin, 1792<sup>1</sup>, pgg. 14-15, 20 ss.; ID., *Encyclopädie*<sup>5</sup>, pg. 14.

tuire l'eterno abuso di opposizioni in forma dualistica<sup>(225)</sup>, il diritto amministrativo diviene infatti a questo punto un *tertium genus*, « diritto pubblico al modo del diritto privato ». La distinzione logica viene comunque subito pragmaticamente superata dal riferimento storiografico: « che così sia avvenuto spiega appunto il dato storico della frequente assegnazione del *Regierungsrecht* al diritto privato, ricomprendendo in tale 'riduzione' anche il diritto penale ».

In realtà il gioco logico è agevolato dal fatto che il nostro ritiene le partizioni interne al diritto dell'amministrazione partizioni puramente empiriche, mentre è incline a valutare sia tutte le articolazioni interne al diritto privato, che la stessa dicotomia pubblico privato come assolutamente a priori. L'ortodossia o, per meglio dire, gli entusiasmi kantiani vengono comunque subito in qualche modo circoscritti dalla notazione che di una simile aprioricità si potrà fare solo rapido cenno, senza esauriente trattazione<sup>(226)</sup>.

Sappiamo troppo bene che non vi sarà mai luogo alcuno del corso civilistico nel quale la dicotomia verrà portata avanti sotto questo profilo: esso avrebbe richiesto un approfondimento metafisico al quale l'empirismo di Hugo si negherà definitivamente a partire dalle edizioni successive<sup>(227)</sup>.

In una tale constatazione abbiamo toccato contemporaneamente due decisivi nodi dello sviluppo, o ad essere più precisi due facce di un'identica medaglia.

Nonostante tutta la drasticità dei suoi tentativi separatistici Hugo resta infatti al di qua della linea di spartiacque che idealmente divide l'aspirazione ad una *Wesenunterschied* tra diritto privato e pubblico dai procedimenti 'onestamente' consci dei propri confini sistematico-classificatori: e vi resta per due motivi.

Il primo cui abbiamo appena accennato è metafisico e lo toccheremo anche al paragrafo successivo. Il secondo è invece di carattere politico, e di questo conviene brevemente accennare.

La verità è che l'autore del *Civilistischer Cursus* si trova a più riprese — e abbiamo avuto più volte agio di osservarlo nel corso

(225) Cfr. I. KANT, *Kritik der Urteilskraft* (1790), hrsg. von W. WEISCHEDL, Frankfurt am Main, 1983, pg. 73 ss.

(226) G. HUGO, *Encyclopädie*<sup>2</sup>, Berlin, 1799, pg. 5.

(227) Cfr. *Systema Juris I*, pg. 175 ss.

delle precedenti analisi — nella condizione di elevare a criterio ultimo del diritto privato fattispecie che appartengono senza dubbio al cosiddetto diritto pubblico <sup>(228)</sup>.

Chi si voglia rendere conto delle motivazioni che spingono l'arido positivista Hugo, non ha bisogno di cercare lontano; è ancora la recensione a Schlosser che ci può illuminare in proposito.

Prendendo pretesto da un paragone del primo tra superstizione ed incredulità religiosa da un lato, e atteggiamenti peculiari alle varie specie di giuristi dall'altro <sup>(229)</sup>, Hugo coglie l'occasione di giovare di uno dei suoi *topoi* preferiti, il parallelo sviluppo storico della religione e del diritto, che si è venuto ad interrompere soltanto nel secolo XVIII quando al diritto romano viene a mancare « die Letzte Revolution » che ha invece avuto luogo nel campo teologico: certo un motivo di più per sperare che essa faccia adesso finalmente il suo ingresso sulla scena della storia.

Un tale ingresso potrebbe essere impedito tuttavia dalla coarlizzazione delle giuridiche incredulità e superstizioni naturalistiche, accumulate in definitiva dal desiderio che tutto derivi « von oben Herab ». Ciò che il positivista Hugo, con voltafaccia stupefacente, vuole in breve veder salvaguardato è invece proprio il carattere non completamente positivo (!) del diritto: « *Man glaubt, es falle alles Positive weg, sobald nicht alles Positiv sey, etwa so, wie sonst Mancher glaubte, wenn irgend eine theologische Distinktion der eigenen Ueberzeugung jedes freigelassen werde, so sey es fast Dasselbe wie wenn es von jedem Prediger abhinge, ob er die Unsterblichkeit der Seele lehren oder bestreiten wolle* » <sup>(230)</sup>.

Non si tratta certo di espressioni sfuggite distrattamente ad un autore che si vorrebbe troppo prolifico per essere sorvegliato <sup>(231)</sup>: non ci possiamo allora esimere dal concludere che in realtà il preteso positivismo del nostro si basa fundamentalmente su di alcuni presupposti, che svelano ad una più attenta considerazione il loro carattere puramente giusnaturalistico — una volta fatta na-

---

<sup>(228)</sup> F. EICHENGRÜN, *Die Rechtsphilosophie Gustav Hugos*, Haag, 1935, pg. 89.

<sup>(229)</sup> J. G. SCHLOSSER, *Briefe*, cit., pg. 336.

<sup>(230)</sup> G. HUGO, *Beiträge*, cit., Bd. 1, pg. 117.

<sup>(231)</sup> *Ibid.*, pg. 470 ss.

turalmente salva la loro forza contestatrice dei vari ' Naturrechte ' storicamente esistenti <sup>(232)</sup>.

Ma proprio in questi presupposti è insita la necessità del trapasso del diritto privato verso lo Stato e verso la ' Obrigkeit ' ; un trapasso che non si richiama a nessuna sorta di statualismo positivistico, ma che è postulato proprio dalla circostanza che i diritti positivi non sono per l'appunto interamente giuridici: « Wahr ist es aber, eine konsequente Rücksicht auf solche Kollisionen wird bald lehren, dass sich weder ohne Staat über die Rechte so rund entscheiden lässt, wie man sonst wohl tut, noch dass unsere positiven Rechte ganz rechtlich sind » <sup>(233)</sup>.

È la dimensione sociale ' profonda ' del diritto, il suo nucleo in definitiva transpositivistico che esige come ordinatore più alto l'intervento dello Stato.

Accadde così che portando a maturazione gli stessi germi che abbiamo sorpreso tra le pieghe del discorso del 1789, Hugo giunge contemporaneamente ad individuare, con una lucidità mai incontrata prima dal punto di vista storico, la fonte genetica della separazione tra privato e pubblico, nella parallela dottrina della separazione dei poteri — scorgendo anzi un plus-valore funzionale nella prima —; ma, dall'altra parte, a sentire l'esigenza di doverla dichiarare assolutamente insufficiente nella sua conformità a ragione.

Non senza ironia <sup>(234)</sup> sarà proprio il sostenitore liberale della differenza di essenza a sentire investito del compito di scendere in campo per denunciare all'opinione pubblica dotta la equivalente pericolosità delle dottrine di Haller e delle prese di posizione di Hugo <sup>(235)</sup>.

Il fraintendimento dell'intenzione del nostro sarà grossolano, ma Rotteck coglieva indubbiamente un dato essenziale; le due estreme, inattuali (o troppo attuali) risposte del Settecento empirista, sociologico, ' antimetafisico ' si scontravano e si combattevano di fatto sul medesimo piano e le loro conclusioni opposte si

<sup>(232)</sup> F. EICHENGRÜN, *op. cit.*, pg. 93.

<sup>(233)</sup> *Loc. cit.*, *supra*, *sub* nota 231.

<sup>(234)</sup> K. von ROTTECK, *Lehrbuch der Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, Erster Band, *cit.*, pg. 105.

<sup>(235)</sup> *Ibid.*, pg. 106.

accordavano infine in una discorde armonia: pur con tutto il suo valore pratico, culturale, l'equilibrio della *Theilung der Gewalt* manteneva al suo fondo qualcosa di mitologico. E l'esorcismo di Rotteck sembrerà allora, al paragone, destinato ad un duraturo rinnovamento per tutto il corso dell'Ottocento.

4. « Il popolo, al quale noi dovemmo assegnare limiti indeterminati, come ad un ente naturale invisibile, non esiste tuttavia in nessun luogo ed in nessun tempo sotto questa forma astratta. Che anzi esiste in esso una irresistibile tendenza ad estrinsecare l'invisibile unità in una forma visibile ed organica. Questa forma concreta della spirituale comunanza del popolo è lo *Stato*; con esso sono rigorosamente definiti i limiti di quell'unità.

Se ora noi indaghiamo l'origine dello Stato, dovremo riconoscerla in una necessità superiore, in una forza che opera dall'interno all'esterno, come già sopra si è detto del diritto in generale. E ciò non vale soltanto per l'esistenza di uno Stato in genere, ma anche per la forma particolare che lo Stato assume presso ciascun popolo. Poiché anche la creazione dello Stato è una specie di creazione del diritto, anzi è il più alto grado della creazione giuridica.

Se noi dal punto in cui siamo giunti passiamo in rassegna l'intero diritto, distingueremo in esso due rami: il *diritto politico* e il *diritto privato*. Il primo ha per oggetto lo Stato ossia l'organica manifestazione del popolo; il secondo l'insieme dei rapporti giuridici, in cui ciascun individuo esplica la propria sua vita, dandole un particolare carattere.

*Non già che manchino punti di contatto e affinità tra questi due rami, se si vogliono tra loro confrontare.* Così la famiglia, per il modo com'è composta e per il rapporto di potestà e di ubbidienza dei suoi membri, ha una innegabile somiglianza con lo Stato: e così parimente i Comuni, che pure sono vere parti costitutive dello Stato, si accostano assai ai rapporti giuridici dei privati individui. *Tuttavia resta tra i due rami questo contrapposto, che nel diritto pubblico il tutto si presena quale scopo, e l'individuo resta in secondo ordine; laddove nel diritto privato ciascun uomo per sé stesso è posto come scopo, ed ogni rapporto giuridico serve*

soltanto come mezzo per la sua esistenza o per le sue particolari condizioni » (236).

Una pagina tanto densa e celebre — la prima ‘vera’ apparizione della grande dicotomia (237) — non dovrebbe rivelarsi ormai suscettibile di troppe sorprese o letture trasversali. Sembrerebbe quindi che l’analisi della dottrina dello Stato di ascendenza pandettistica fosse costretta a ripercorrere vie già battute, estendendole solo sotto il profilo quantitativo ad altri meno noti esponenti del movimento: eppure questa tentazione va resistita, almeno sino a quando, percorsa ancora qualche pagina della medesima sezione si incontra una citazione — per lo più passata sotto silenzio, se non considerata perfino il frutto degli equilibrismi conciliativi del Savigny maturo —; una citazione, certo sommersa nella forma, di tre paragrafi del diritto naturale (sic) di Hegel (238).

Hegel ‘chiama’ certo i suoi giuristi, teste calde, per lo più, ma si vorrà per questo ritenere la definizione del suo ruolo per decisiva nella configurazione soltanto in virtù di un obiter dictum? E non si può sicuramente affermare che l’immaginario *advocatus diaboli* abbia sino a questo punto sprecato il suo tempo (239).

Ma esaminiamo per un attimo più da vicino. Per scrupolo di indagine rivolgiamoci al polemistia ‘autorizzato’ della scuola storica: Georg Friedrich Puchta — che se fosse poi lui a crederci tale, ed anzi a rivolgere i suoi strali spesso e volentieri contro il suo ‘Maestro’, è cosa che possiamo per ora passare sotto silenzio.

Questa volta sarà un testo ‘enciclopedico’ assai poco noto a venirci incontro con vividi tratti: la prova ‘quasi’ provata, come che la si voglia accogliere, della sua confidenza con la filosofia del diritto del ’20-’21.

Non potremmo d’altro canto aspettarci di meglio, dal mo-

(236) F. C. von SAVIGNY, *System*, trad. it., cit., pgg. 48-49.

(237) S. GAGNÉR, *Über Voraussetzungen*, cit., pg. 32. Designazione felice soprattutto se la riferiamo al carattere ‘gerarchico’, di accentuazione dell’unità del diritto tramite la logica ‘pubblicistica’ della fattispecie (*System der Ordnung*) che tra breve meglio approfondiremo.

(238) F. C. von SAVIGNY, *loc cit.*, pg. 52.

(239) Cfr. comunque per lo meno G. MARINI, *La polemica con la scuola storica nella « Filosofia del diritto » hegeliana*, in *Rivista di filosofia*, 7-8-9 (1977), pg. 169 ss.

mento che si tratta proprio di una valutazione globale del rilievo spettante in campo giuridico al pensiero hegeliano.

Vale la pena di ascoltarlo diffusamente: « Così in chiusura debbono essere aggiunte alcune parole sul rapporto della scienza giuridica con la filosofia, e precisamente con la filosofia di questo secolo ... Una scienza può essere in primo luogo pensata come esistente di per sé (für sich) e qui essa è semplicemente e soltanto l'oggetto di coloro che hanno dedicato la vita a questa scienza; poi essa viene però anche in contatto con altre, i cui esperti sono a motivo di ciò legittimati a contribuire per parte loro alla determinazione di questo rapporto.

Ora è certamente apparsa ai nostri giorni una Filosofia del diritto di un filosofo di questo secolo (Hegel's Grundlinien zur Philosophie des Rechts. Berlin 1821), ma quest'opera fa sì che sia impossibile ad un giurista il prenderla a fondamento per la valutazione di quel rapporto. Poiché, per quanto concerne il punto al quale un giurista avrebbe potuto riallacciare le sue considerazioni, così in quel libro medesimo si discorre certamente della (cosiddetta positiva) scienza del diritto, ma in fondo prendendo le mosse contro una configurazione della medesima che è già sorpassata, ed il cui rapporto rispetto a quella filosofia non è affatto di interesse giuridico; allo stesso modo di come questa volta il diritto romano, trasportato appunto di fronte al seggio giudicante della filosofia del diritto, si è dovuto lasciar rappresentare dalle Istituzioni heinecciane.

Nella misura in cui l'autore aveva intenzione espressamente di voler determinare il rapporto della sua filosofia nei confronti della scienza giuridica attuale — che lo volesse veramente lo si potrebbe dedurre da alcune espressioni e da altrettante singolari applicazioni —, così si deve ritenere questa parte della sua opera per malriuscita, con il che questa ricerca di cui si faceva cenno rimane ancora tra le aspettative, sia che venga condotta dell'autore stesso o da un altro che si riveli capace alla bisogna. Per tutti questi motivi io termino questo scritto senza dare conto di quel rapporto »<sup>(240)</sup>. Gli atti sembreranno irrimediabilmente chiusi e la temerarietà remunerata con l'ingresso in un vicolo cieco.

---

(240) G. F. PUCHTA, *Encyclopädie*<sup>2</sup>, cit., pgg. 79-80.

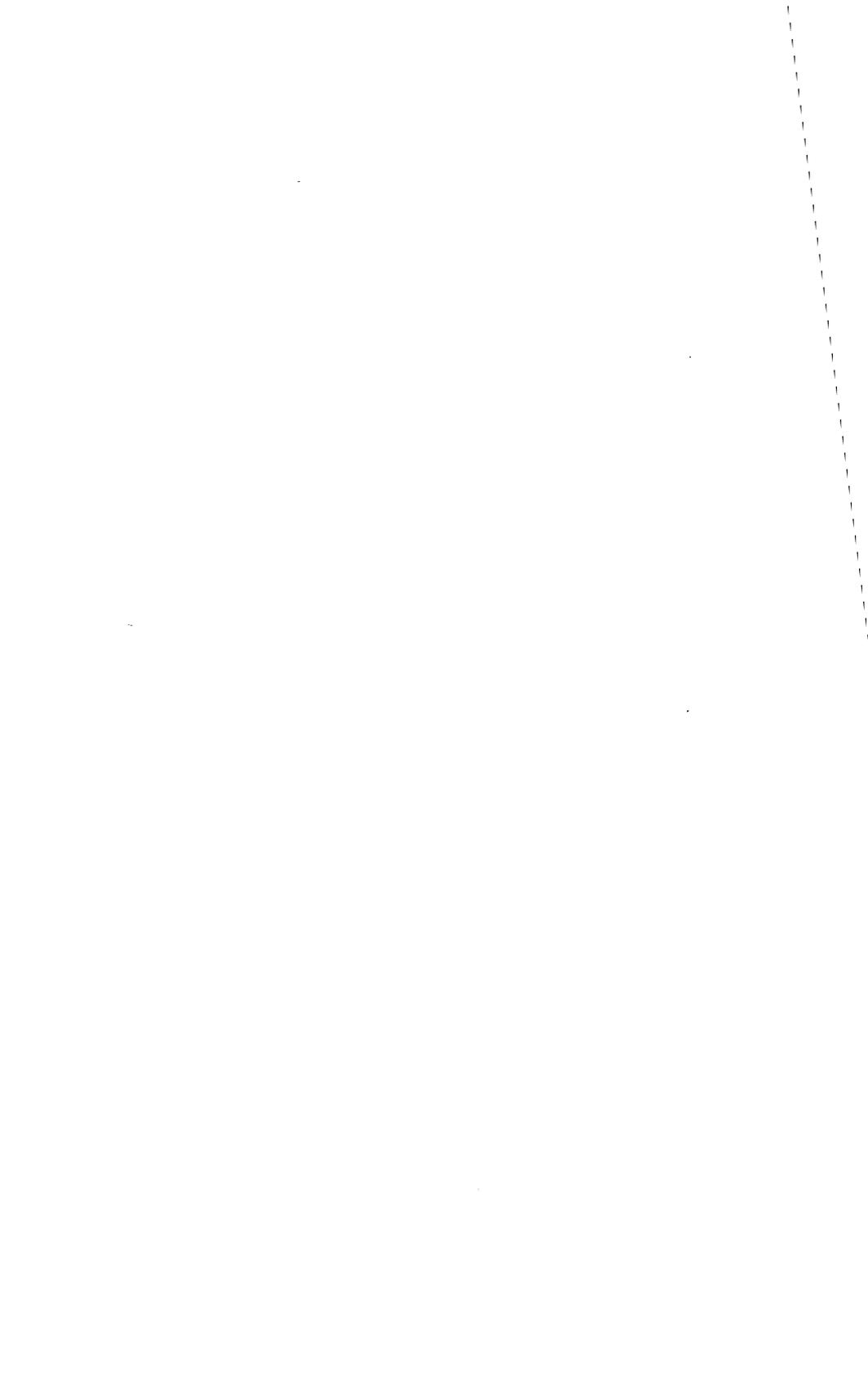
Eppure anche in questo caso, anzi, soprattutto in questo caso, il processo va riaperto: il testimone infatti si è rivelato ad una più accurata indagine come per lo meno reticente.

Ed infatti quel processo andrà, neanche a farlo apposta, riaperto a motivo del ritrovamento di una nuova fonte, ovverosia l'altra Enciclopedia che Puchta aveva avuto occasione di comporre qualche anno prima durante il periodo del suo insegnamento ad Erlangen.

La sua riesumazione ci mette infatti a disposizione una sorta di 'radiografia' — in parte, paradossalmente 'hegeliana' —, che ci induce ad esprimere con qualche azzardo in forma di dignità quella che ci sembra un'esigenza impresoindibile per chi voglia accingersi alla prosecuzione della disamina del Sistema 'Pandettistico' senza perdere di vista la dimensione 'pubblicistica': senza affrontare lo scoglio della 'giusprivatistica' hegeliana, o, altrimenti detto, dell'hegelismo nel diritto privato, non è possibile una comprensione adeguata neppure di uno dei momenti centrali dell'evoluzione successiva della scienza pandettistica. Ed intendiamo alludere alla notevole differenza, dall'analisi troppo spesso disattesa, sussistente tra i padri fondatori Savigny e Puchta, proprio in tema di teoria dello Stato e del suo rapporto con la dimensione ad esso ovviamente speculare — differenza appena intravista da Erich Kaufmann in epoca assai risalente, ma malauguratamente travolta nella pur giustificata critica alle sue globali conclusioni<sup>(241)</sup>. È a questo compito che si tratta ora di accingersi.

---

<sup>(241)</sup> Cfr. P. VON OERTZEN, *Die soziale Funktion des Staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt am Main, 1974, pg. 140 ss.



### CAPITOLO TERZO

## IL MODELLO HEGELIANO: SOTTO IL SEGNO DEL DIRITTO ASTRATTO

1. A mo' di premessa. Hegel e il diritto privato: un rapporto difficile? — 2. Per una Scuola Storica 'speculativa': Puchta a Erlangen, ovvero la scienza giuridica di fronte al 'Sistema dell'idealismo'. — 3. *System*. — 4. La 'risposta' di Savigny: il Sistema agli albori dell'impero della dottrina della fattispecie.

1. Uno dei giudizi più lucidi — ma anche meno noti — che siano stati espressi da contemporanei sul ruolo globale recitato dall'attività di Gustav Hugo ci pare molto adatto a servire da punto di partenza, anzitutto per una valutazione più compiuta del 'senso di marcia' che l'operazione culturale intrapresa nel tardo Settecento nel tentativo di 'separare' il pubblico dal privato palesava soltanto agli sguardi più affinati, quali appunto quelli del maestro gottinghese; e, d'altro canto, da spunto introduttivo per saggiare la funzione di spartiacque sistematico che, in una misura altrettanto non immediatamente palpabile, sarà chiamata a svolgere la particolare attenzione per il diritto manifestata da Hegel — tramite una recezione tecnico-giuridica 'modificata', troppo scarnamente presa in considerazione, fors'anche per la forma in cui viene necessariamente ad incarnarsi, adatta assai di più ad attirare gli strali dei 'puristi' tra gli hegeliani.

Vogliamo alludere al bilancio che stilava Puchta nel 1838, in forma anonima e in una sede assai sorprendente per un pandettista che ebbe a definirsi il « luogotenente del re » della Scuola Storica: forma anonima dovuta forse proprio all'avversione manifestata dal maestro per quella rivista dai toni troppo accesamente hegelizzanti (1).

---

(1) G. F. PUCHTA, *Juristische Gegensätze des Tages*, in *Hallische Jahrbücher für deutsche Wissenschaft und Kunst*, hrsg. von A. RUGE u.

Astraendo quindi dal singolare contesto, ci sarà ciò nonostante dato rilevare che ad avviso di Puchta il punto archimedeo mediante il quale il « nuovo Ercole » si era posto in condizione di « sollevarsi al di sopra del basso livello della sua epoca » e di dotarsi della « capacità di rianimare con un flusso vitale una disciplina quasi completamente intorpidita », non era rappresentato da « *nichts anderes als eine Kenntniss der allgemeinen Französischen und englischen Literatur* » (2).

Non doveva pertanto apparire affatto casuale neppure la sede nella quale Hugo aveva potuto esprimere la su accennata valutazione; ovvero quel *Lehrbuch des Naturrecht* — sicuramente assai poco apprezzato da Savigny (3) — che in realtà si presentava, appunto sull'onda di non equivoche letture straniere e di altrettanto chiari rimandi alle apparentate acquisizioni di un Meiners o di un Feder (4), come una descrizione delle molteplici « Möglichkeiten » divenute realtà presso i popoli ed i tempi più diversi: in una parola come dottrina di una storia giuridica critico-comparativa nella direzione che in Germania era stata inaugurata — seppure in modo largamente insufficiente — con la recezione montesquieviana portata a termine dal 'wolfiano' Johann Heumann (5).

Proprio all'interno della prospettiva aperta da questa *Mehrvölkerwissenschaft*, da questa 'scienza di una pluralità di popoli' che si traduceva in storia 'universale' — non partendo però immediatamente dalle singole e variegata entità popolari, per giungere poi a rappresentare ciascuna di esse attraverso tutti i suoi 'oggetti', secondo la proposta di una *Allstaatgeschichte* avanzate da Gatterer, ma piuttosto, 'meinersianamente', prendendo l'avvio da singoli 'oggetti' giuridici di interesse insieme sistematico e critico, per

---

T. ECHTERMEIER, n° 99 (1838), col. 785-789. Va ricordato che il saggio comparve tuttavia anonimo come già accennato: per l'avversione di Savigny basterebbe rimandare alla sua lettera a Bluntschli del 13 gennaio del 1840 in W. OECHSLI, *Briefwechsel J. K. Bluntschlis mit Savigny, Niebuhr, L. Ranke, J. Grimm v. F. Meyer, Frauenfeld*, 1915, pg. 74.

(2) *Ibid.* col. 787.

(3) F. EICHENGRÜN, *Gustav Hugo*, cit., pg. 105.

(4) H. L. STOLTENBERG, *Geschichte der deutschen Gruppwissenschaft*, cit., pg. 199 ss., 310 ss.

(5) *Ibid.*, pg. 181 ss.; pg. 355.

successivamente analizzarli nell'ottica della *Vergleichung* — Hugo era giunto infatti alla critica del concetto di equilibrio e della assolutizzazione (non montesquieviana) della teoria separatistica dei poteri; individuando però all'interno di essa ancora una pluralità di possibilità, tra le quali la più importante concerneva appunto la *Trennung* pubblico-privato.

Hugo era d'altra parte ben conscio della circostanza che la riduzione della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato ad una forma di *Theilung der Gewalt* — come processo per essenza identico all'altro e parte del suo più ampio movimento equilibratore — era completamente sfuggita all'autocoscienza dei giuristi contemporanei, non adusi come lui a letture di così vasta portata europea.

Pertanto — prima di sottoporla al verdetto di « contrarietà alla ragione » mediante la rilevazione concreta del suo tradursi in forme di egemonia *by prerogative* o *by influence* <sup>(6)</sup> nell'esperienza del diritto costituzionale anglosassone, pena la eguale e contraria sottoposizione della corona al parlamento <sup>(7)</sup> — non poteva sottrarsi all'onere di esplicitamente sottolinearla: « Von einer solchen Theilug der Gewalt sind *viele Arten* zwar weit bekannter, *aber keine ist in jedem bisherigen positiven Rechte wichtiger, als die, schon oben als eine überall workommende erwahnte, die man aber eben deswegen gar nicht für eine solche Trennung ansieht, des PrivatRechts von öffentlichen...* » <sup>(8)</sup>.

Questa analisi linguistica demitizzante — e non soltanto come plausibile interpretazione storiografica del processo in corso — doveva essere dotata di una potenzialità trasgressiva non indifferente, se un autore come Rotteck, tipico rappresentante del liberalismo classico del 'Vormärz' <sup>(9)</sup>, ma assai meno sottile nell'analisi

<sup>(6)</sup> Sul problema dell'egemonia, anche se affrontato specialmente sotto il profilo internazionalistico, fondamentali restano gli spunti forniti da H. TRIEPEL, *Hegemonie. Ein Buch von führenden Staaten*, Stuttgart, 1938, trad. it. Firenze, 1949, *passim*.

<sup>(7)</sup> G. HUGO, *Naturrecht*<sup>A</sup>, cit., pg. 182.

<sup>(8)</sup> *Ibid.*, pgg. 180-181.

<sup>(9)</sup> Sull'atteggiamento di Rotteck e la sua peculiare collocazione all'interno del liberalismo tedesco del Vormärz cfr. soprattutto K. SCHIB,

comparativa, doveva poi registrarla con notevole imbarazzo nel quadro del suo particolare tentativo — a noi già noto, ma rimasto ampiamente senza seguito nella scienza giuridica ufficiale appunto a motivo della sua peculiarità <sup>(10)</sup> — di elevare la separazione a ‘ grande dicotomia ’ di carattere *interno*: « Nach Hugo ist die *Eintheilung des Rechtes (oder der Gewalt, wie er es nennt)* in öffentliches und privates, d.h. das Anerkenntniss eines selbständigen PrivatRecht, der Vernunft zuwider, und gestehet daher *nur öffentliches Recht*, d.h. welches *auf dem willen der Staatsgewalt* beruht ... übrigens theils *durch Zufall*, theils durch *freien Entschluss* (der Machthaber), theils durch eine *Mischung* von Beidem bestimmt wird » <sup>(11)</sup>.

La connessione del ‘ costituzionalismo ’ e della teoria dell’equilibrio con l’intensificazione valutativa della contrapposizione, rende a questo punto a sua volta plausibile la proposizione di una linea interpretativa della funzione sistematica ‘ coperta ’, svolta dalla recezione dell’hegelismo nella contemporanea giusciviltistica tedesca.

Una funzione che ci sembra tra l’altro, sia stata atta a suscitare un consapevole approfondimento della cesura tra *Privatrecht* e diritto pubblico al fine di evitare un rischio specifico che il sistema da quella giurisprudenza proposto stava correndo: il diritto privato, secondo canoni particolarmente peculiari ad un’impostazione volta a preservare sotto altre forme la continuità con l’approccio tipico della scienza di diritto ‘ comune ’, tendeva infatti a presentarsi come un sistema di istituti e rapporti giuridici, tali da trovare in ultima analisi la loro giustificazione su di un piano diverso da quello dei fondamenti del diritto privato vero e proprio.

L’argomento iniziale addotto a sostegno dell’ipotesi appena delineata appare certo, a tutta prima, più che idoneo a rafforzarla,

---

*Die Staatsrechtlichen Grundlagen der Politik Karl v. Rottecks, Ein Beitrag zur Geschichte des Liberalismus*, Mulhouse, 1927, spec. pgg. 25 ss., 44 ss.

<sup>(10)</sup> C. v. ROTTECK, *Lehrbuch des Vernunftrechts*, cit., Bd. 1, pg. 98: « Der Begriff des öffentlichen Rechtes jedoch, als Welcher, ganz allgemein aufgefasst, die Wechselwirkung einer Gesamtheit und ihrer Glieder als solcher zum Gegenstand hat, passt nach seinen wesentlichen Charakteren auch auf jede andere kleinere und sogenannte Privat-Gesellschaft. *Nicht das Staats-, sondern das Gesellschaftsrecht wäre hiernach der eigentliche Gegensatz des Privats-Rechts...* ».

<sup>(11)</sup> *Ibid.* pgg. 105-106.

strumento suscettibile di essere utilizzato nel senso della sua confutazione: non è forse Hegel il critico che ha avanzato l'osservazione « estremamente rilevante » secondo cui l'idea di una separazione dei poteri dello stato, dell'autonomo *Dasein* che a ciascuno compete e la sottolineatura del sorgere di un generale *Gleichgewicht* tramite il loro reciproco contrapporsi e fronteggiarsi, costituisca un esagerato e non corretto svolgimento della presa di coscienza di una loro « ideale Unterscheidung und deren Vergegenwärtigung in der Handhabung und Äusserung derselben (Gewalten) » (12).

Una ricostruzione globale del rapporto tra Hegel e il costituzionalismo non può certo a questo punto divenire nostro compito (13); ed andrà anche senz'altro accennato al fatto di come la tesi che Hegel non aspiri ad un rapporto di *Check and Balance* in senso tradizionale, paia confortata dalla collocazione del potere giudiziario — la cui sottolineatura nella struttura del codice prussiano poteva pur dar luogo tra *Gerichtbarkeit* ed alcuni dei restanti rami dell'attività statuale a fenomeni apparentati di 'bilanciamento' — al di fuori della *sedes materiae* relativa alla trattazione della separazione, ovvero dallo spostamento nell'ambito della società civile (14).

Detto questo, ci pare però che si possa, anche al proposito, ripetere ciò che è stato finemente osservato in relazione al suo rapporto con la più generale concezione dell'equilibrio tra stati: Hegel non ha difatti mai fatto propria una teoria *esplicita* dell'equilibrio

(12) C. S. ZACHARIAE (Z. C.), Recensione alla Rechtsphilosophie, in *Hermes oder kritisches Jahrbuch der Literatur* (1822) ora in M. RIEDEL, *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Bd. 1, Frankfurt am Main, 1975, pg. 139: per l'attribuzione allo Zachariae, cfr *ibid.* pg. 434.

(13) Cfr. almeno F. NICOLIN, *Hegel über konstitutionelle Monarchie*, in *Hegel Studien*, Bd. 10, pg. 84 ss., nonché N. BOBBIO, *La costituzione in Hegel*, in *Id.*, *Studi hegeliani, Diritto, società civile e stato*, Torino, 1981, di governo, *ibid.*, pg. 115 ss. pg. 69 ss. e dello stesso, *Hegel e le forme*. Da ultimo si veda C. CESA, *Entscheidung und Schicksal: Die fürstliche Gewalt*, in D. HENRICH und R. P. HORSTMANN, hrsg., *Hegels Philosophie des Rechts. Die theorie der Rechtsformen und ihre Logik*, Stuttgart, 1982, pg. 185 ss.

(14) Cfr. R. K. HOCÊVAR, *Hegel und der Preussische Staat, Ein Kommentar zur Rechtsphilosophie von 1821*, München, 1973, pg. 40.

europeo ma, pur senza giungere ad un'espressa sistematizzazione, condivise le idee di molti dei suoi contemporanei sull'esistenza di un sistema di stati fondato su di una fitta trama di spinte e controspinte<sup>(15)</sup>.

Questo atteggiamento trova tutto sommato una sua replica — del resto comprensibile, dato il nocciolo unitario che veniva a sedimentarsi nella metafora e nell'ideologia dell'equilibrio — anche sul piano che qui ci interessa più da vicino<sup>(16)</sup>. Nelle *Lezioni sulla filosofia della storia* il nostro ha anzi occasione di esprimersi *ex professo* sul problema costituzionale dell'equilibrio dei ceti che, come abbiamo cercato di mostrare, assumeva significato proprio in connessione all'emersione giuridica della *Trennung der Gewalten* (per dirla con Hugo), in pubblica e privata: e lo fa in un contesto — l'analisi critica dell'interpretazione Niebuhriana della costituzione romana — che lo pone altresì in contatto con le elaborazioni della Scuola Storica<sup>(17)</sup>.

La critica in generale è severa, ma da essa traspare — e proprio sul punto specifico — una distanza delle impostazioni minore di quella che il tono farebbe a prima vista supporre: « ... Così in Roma erano riuniti due estremi, che si tenevano in certo modo in equilibrio. Ma appunto questo è il peggio; *ché proprio questo terzo elemento, l'equilibrio stesso, dovrebbe esistere ed essere reale come potere determinato, come centro e punto d'appoggio*. Ciò invece non avviene a Roma: l'equilibrio è solo un palliativo temporaneo, e dopo di esso il dissidio torna a manifestarsi tanto più terribile.

(15) Così C. CESA, *Hegel filosofo politico*, Napoli, 1976, pg. 1938.

(16) Su queste basi ci sembrerebbe di qualche utilità una ricostruzione più articolata delle valutazioni hegeliane sulla costituzione inglese, che spesso la storiografia tende a dipingere in modo prevalente come di rigetto. Cfr. però da ultimo, ancora in questo senso, la tutt'altro che banale ricerca di D. LOSURDO, *Tra Hegel e Bismark*, Roma, 1983, spec. pg. 67 ss. Un interessante accenno nel senso da noi indicato ci pare quello di O. DANN, *Gleichheit und Gleichberechtigung*, Berlin, 1980, pg. 180, nota 28.

(17) G. W. F. HEGEL, *Lezioni sulla filosofia della storia*, trad. it. di G. CALOGERO e C. FATTA, vol. III, Firenze, 1963, pg. 207 ss. Cfr. altresì per una diversa redazione ID., *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, hrsg. von E. MOLDENHAUER, u. K. M. MICHEL, Frankfurt am Main, 1970, pgg. 369 ss.

Con tutto ciò la creazione di questo temporaneo equilibrio era della *massima* importanza » (18).

Anche a voler prescindere dalla positività del suo costituirsi nel 'temporaneo' in quanto figura dell'unità dialettica delle contraddizioni, non è allora in fatto l'idea medesima di equilibrio che viene rifiutata; ma soltanto la sua imperfetta realizzazione, la mancata solidificazione di essa in un potere reale che sia in grado di fungere da asse della bilancia: e nel quale non ci pare sia difficile ravvisare il ruolo specifico che per Hegel sarebbe chiamato a svolgere un eventuale monarchia.

È infatti lo stesso acuto giurista che ebbe occasione di recensire a botta calda la *Rechtsphilosophie* — come abbiamo accennato con tutta probabilità Carl Salomo Zachariae (19) — a dover rilevare che alla precisa critica da lui ampiamente condivisa, subentrava poi immediatamente una ricaduta nel medesimo errore di montesquieviana memoria, che le espressioni precedenti sembravano aver accantonato, per il tramite della riproposizione di una distinzione 'sostanziale' (20).

Anche a voler far quindi astrazione — una volta accertato che non vi è radicale incompatibilità tra una tradizione siffatta e la dottrina del nostro — da quel primo rilievo, si fanno però avanti tutta una serie di altre perplessità che non possono essere ignorate; implicando, come implicano, punti nodali, come la strutturazione sistematica stessa della dottrina 'giuridica' hegeliana e il problema del suo difficile rapporto con i giuristi.

Già in fase preliminare la nostra assunzione si rivelerebbe difatti non solo paradossale — quale pure voleva in certo modo essere —, ma altresì insostenibile, se si venisse, cioè, ad accettare *sic et simpliciter* la vulgata storiografica corrente che sancisce all'unisono — di volta in volta — la completa 'chiusura' (sotto l'influenza della Scuola Storica) della Pandettistica di stampo civilistico all'influsso di Hegel e specialmente alle sue impostazioni giuridi-

(18) G. W. F. HEGEL, *Lezioni*, cit., pg. 206.

(19) Sulla posizione del nostro giurista rispetto alla separazione dei poteri cfr. E. W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, 1958, pgg. 112 ss.

(20) C. S. ZACHARIAE, *Recensione*, cit., pg. 139.

che<sup>(21)</sup>; l'impossibilità di fornire esempi di giuristi di qualche rilievo per i quali sia possibile affermare che fossero stati 'veramente' hegeliani<sup>(22)</sup>; e, specularmente, la 'necessarietà' di questa reciproca e quasi allergica incompatibilità, attribuendone per un verso la responsabilità ai giuristi medesimi — a motivo della 'ignoranza' dei testi, quando non addirittura della loro incapacità speculativa<sup>(23)</sup> —, per l'altro inclinando a ravvisare invece, sulle orme di quanto già aveva fatto Hugo<sup>(24)</sup>, la « scadente » qualità dell'informazione giuridica, specialmente romanistica, di cui Hegel poteva disporre<sup>(25)</sup>.

Si tratta di un dibattito che soffre in modo abbastanza manifesto dell'incandescenza attualizzante con cui non si può fare a meno di affrontare un personaggio, di fronte al quale ancor oggi non ci si è riusciti a porre *sine ira et studio*: l'assenza, ad esempio, di sfumature nel giudizio sulla sua valutazione (e cognizione) storica del diritto romano — che potrebbe con utilità essere differenziata a seconda che si tratti della Filosofia del diritto o delle *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, ed anche all'interno di esse

(21) Così ad es. P. LANDAU, *Hegels Begründung des Vertragsrechts*, in M. RIEDEL, hrsg., *Materialien*, cit. Bd. 2, pg. 176 ss.

(22) J. L. GARDIES, *De quelques malentendus entre Hegels et les juristes*, in G. PLANTY, J. BOUJOUR, *Hegel et la Philosophie du Droit*, Paris, 1979, pg. 132.

(23) P. GUINLE, *La philosophie du Droit de Hegel et le développement de la volonté*, Thèse pour le doctorat en droit, Paris, 1973, t. 1, p. VI.

(24) G. HUGO, Recensione alla *Rechtsphilosophie in Göttingische gelehrte Anzeigen* (1821) ora in M. RIEDEL, *Materialien* cit., Bd. 1, pg. 67 ss. cfr. sul punto G. MARINI, *La polemica con la scuola storica nella « Filosofia del diritto » hegeliana*, in *Rivista di Filosofia*, 7-8-9 (1977), pg. 169 ss. e da ultimo F. VALORI, *La polemica di Hegel con Gustav Hugo*, Roma, 1984, spec. pg. 52 ss.

(25) Cfr. spec. M. VILLEY, *Das Römische Recht in Hegels Rechtsphilosophie*, in M. RIEDEL, *Materialien*, cit., Bd. 2, pg. 131 ss. nonché P. GUINLE, *op. cit.*, T. III, pg. 696. A quanto risulta dai manoscritti recentemente pubblicati da Ilting, e Pöggeler, sembrerebbe che Hegel avesse preso comunque conoscenza del *Besitz savignyano*, cfr. sul punto P. BECCHI, *Contributi ad uno studio delle filosofie del diritto in Hegel*, Genova, 1984, pg. 105 ss. Tuttavia il frammento hegeliano in questione potrebbe far ritenere anche semplicemente trattarsi di una conoscenza di seconda mano.

in una più vasta gamma<sup>(26)</sup> — o la condanna e, rispettivamente, l'esaltazione del rifiuto hegeliano della tradizionale distinzione tra diritti personali e reali, potrebbero fungere a questo proposito da spie abbastanza paradigmatiche.

Se anche fosse, come crediamo, auspicabile la rinuncia da parte di entrambe le correnti che si fronteggiano — la 'giustificazionista-attualizzante' dell'Hegel 'segreto' (liberal-rivoluzionario-borghese), e quella incline invece a leggerlo, specialmente nella *Rechtsphilosophie*, con occhio più disincantato e consapevole degli ulteriori condizionamenti storici<sup>(27)</sup> — ad una indiscriminata utilizzazione dell'argomento della differenza di livello culturale per risolvere la questione del 'rapporto con i giuristi'<sup>(28)</sup>, ci sembra d'altra parte altrettanto innegabile che non per questo il problema potrebbe ritenersi definitivamente chiuso.

La polemica trova infatti un'esca oggettiva già nell'ambiguità delle accezioni hegeliane del concetto di diritto<sup>(29)</sup>, per cui non a torto si è potuto affermare che la vera e propria *Rechtsphilosophie* del professore berlinese sia identificabile in quanto tale soltanto con l'« Enciclopedia delle Scienze filosofiche » presa nella sua interezza<sup>(30)</sup>.

Il concetto di diritto che Hegel propone appare quindi in prima istanza completamente divergente da quello correntemente fatto proprio dalla scienza giuridica: ogni determinazione che corrisponda alla realizzazione del libero volere, del *Dasein der Freiheit* viene battezzata 'diritto'. Così non soltanto il diritto astratto è diritto ma anche « Die Moralität, die Sitlichkeit, das Staatsinteresse

(26) Accenniamo qui soltanto ad una possibilità interpretativa che ci è stata gentilmente suggerita dal professor Salvatore Tondo, che cogliamo l'occasione di ringraziare anche per gli ulteriori numerosi consigli.

(27) Cfr. in questo senso soprattutto il lavoro di R. HOCÉVAR, *Stände und Repräsentation beim jungen Hegel*, München, 1968. Si vedano anche le considerazioni di C. CESA, *Hegel segreto?*, in Id., *Hegel filosofo politico*, cit., pg. 85 ss.

(28) In questo senso giustamente J. L. GARDIES, *loc. ult. cit.*, pg. 136.

(29) Cfr. soprattutto N. BOBBIO, *Hegel e il diritto*, in Id., *Studi hegeliani*, cit., pgg. 35-68.

(30) W. SCHILD, *Juristisches Denken und Hegels Rechtsphilosophie*, in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 29 (1978), pg. 27 ss.

ist jedes ein eigentümliches Recht, weil jede dieser Gestalten Bestimmung und Dasein der Freiheit ist » (§ 30, Anm.)<sup>(31)</sup>.

Tutto ciò impedisce altresì — e quest'osservazione sistematica ci tocca da vicino — di ravvisare 'immediatamente' nella struttura dell'opera uno svolgimento della dicotomia *Privatrecht-öffentliches-Recht*, nonostante che alcune oscillazioni della terminologia sembrino accennarvi<sup>(32)</sup>; ché, anzi, vi si rende in certo modo manifesta la riproposizione — tuttavia originalmente trasvalutata dall'incrociarsi con l'altra partizione sistematica essenziale (diritto, moralità ed etica) che accenna per parte sua al rapporto tra Stato e Società — dell'antica distinzione in diritto dei singoli/*Recht der Vereinigungen*, dei sempre più ampi *Lebenskreise* nei quali si svolge la vita sociale<sup>(33)</sup>.

Non si può quindi parlare di una sostituzione della coppia stato di natura-stato civile con un'altra distinzione dualistica quale quella in Stato e società civile, ma piuttosto di una articolazione *tricotomica* ricomprensiva anche della famiglia<sup>(34)</sup>.

Ne segue che neppure il diritto astratto può essere identificato *tout-court* con il diritto privato « dei giuristi ».

Benché infatti in esso sia a prima vista contenuta la più gran parte di quanto viene solitamente assegnato alla categoria intesa in senso giuridico — ovvero le sezioni concernenti la proprietà ed il contratto —, la partizione relativa all'« Unrecht » rende d'altro canto immediatamente evidente come nel diritto astratto vengano inseriti elementi di una *Straftheorie* che avrebbero dovuto trovare

<sup>(31)</sup> D'ora in poi, per non appesantire eccessivamente l'apparato di note si farà riferimento ai paragrafi della *Rechtsphilosophie* direttamente nel testo, intendendoli riferiti all'edizione a cura di E. MOLDENHAUER, und K. MARKUS MICHEL, Frankfurt am Main, 1976. Se del caso si farà altresì riferimento alle *Mitschriften Wannemann* (Heidelberg 1817-18) nella già citata edizione di Ilting, alla quale sarà da affiancare anche l'equivalente edizione a cura di C. BECKER, W. BONSIEPEN, u. a., apparsa ad Amburgo nel 1983, appunto con una introduzione di Otto Pöggeler.

<sup>(32)</sup> Di altro avviso ci sembra in definitiva N. BOBBIO, *Diritto privato e diritto pubblico in Hegel*, in *Id.*, *Studi hegeliani*, cit., pg. 89.

<sup>(33)</sup> Cfr. da ultimo anche L. BJÖRNE, *Deutsche Rechtssysteme*, cit., pg. 116.

<sup>(34)</sup> In particolare sul tema è da vedere C. MANCINA, *Hegel e la famiglia moderna*, in *Studi storici*, 4 (1984), pgg. 985 ss.

posto (almeno anche) nella parte programmaticamente assegnata alla « Sittlichkeit », data la loro natura ' giudiziale ' (35): e, non a caso, anche quella prima apparenza viene in certo modo meno, nel momento in cui Hegel avrà occasione di sottolineare ad un punto tale la convergenza tra persona e proprietà, da battezzare addirittura l'intera sfera del diritto ' astratto ' come una trattazione sulla proprietà; rifiutando però poi contemporaneamente di intenderla nel senso ristretto del diritto positivo (36).

Come se non bastasse, questa esplicita disintegrazione ' filosofica ' prosegue con l'esclusione di intere sezioni del tradizionale diritto privato — la più importante tra le quali nel quadro dello spostamento della famiglia e del suo diritto nella sfera dell'eticità, appare senz'altro il diritto ereditario — dalla nozione di diritto astratto (§§ 178-180), senza peraltro preoccuparsi di esprimere in una forma sistematica esplicita in termini accessibili anche al giurista questa nuova collocazione.

La situazione qui preventivamente delineata non autorizza, tuttavia, in relazione al nostro problema, che ad una ' temporanea ' conclusione: appare cioè privo di senso impostare quel problema nei termini di una ricerca di quei giuristi che furono ' veramente ' hegeliani, poiché una recezione di Hegel a livello giuridico — del resto in sé non più facile, né più difficile, di analoghe recezioni kantiane (37) — in tesi non può rivelarsi in qualche misura che come una forma di interpretazione ed applicazione innovativa.

Non per nulla — com'era facilmente intuibile — quell'avverbio, in apparenza filologicamente e teoreticamente corretto, sarà realmente impiegato dai protagonisti medesimi della vicenda non in senso euristico, ma politico: Puchta e Gans potranno reciprocamente rivendicare per sé la palma di *veri* interpreti del comune maestro, dando corpo semplicemente ad una forma di autolegittimazione, in pratica largamente identica a quelle che diedero luogo a livello più generale alle varie scissioni in destra e sinistra hegeliana.

Nella valutazione della nozione di diritto astratto — appartenente come tale alla sfera del diritto filosofico: non del *Naturrecht*,

(35) Cfr. W. SCHILD, *Juristisches Denken*, cit., pg. 17 nota 10.

(36) *Ibid.*, pg. 33, nota 20.

(37) Come invece sembra cedere J. L. GARDIES, *loc. cit.*, pg. 132.

esplicitamente criticato dal nostro fin dall'intitolazione<sup>(38)</sup>, e neppure, se non tramite la sua 'mediatizzazione', del diritto positivo, in qualsiasi modo lo si voglia intendere — andrà semmai fin da ora fissato, come significativo argomento *a contrario*, che questo suo peculiare statuto e la esplicita necessità del trapasso nelle forme 'concrete' della Famiglia e dello Stato, non furono in grado di sfuggire al verdetto risolutamente negativo di un Karl Larenz; né vale qui la pena di ricordare la data e le circostanze: « *Ich rechne jedoch trotzdem die Konzeption des abstrakten Rechts bei Hegel zu den heute überholten zeitbedingten Teilen seiner Rechtsphilosophie* »<sup>(39)</sup>.

Indubbiamente il rapporto di Hegel con il diritto privato non si manifesta con il crisma dell'univocità, tutt'altro: ma la tesi dominante della quasi totale impermeabilità della Pandettistica ottocentesca non potrà ciò non di meno appoggiarsi — con singolare replica di un 'cattivo' hegelismo antiempirico — ad una comparazione esteriore ed aprioristica; o, nel caso migliore, sulla plausibilità di ipotesi suffragate soltanto sulla base della notoria critica di principio esercitata dal filosofo berlinese, od ancora sulle reazioni 'pubblicistico-propagandistiche' dei più noti esponenti della Scuola medesima fatta oggetto di quella critica.

La questione potrà invece incamminarsi sulla via di una sua (per lo meno) più serena impostazione, nel momento in cui si passi a valutare quel rapporto anche a livello sistematico, con la messa a frutto, ove possibile, di nuove fonti o con una più accurata analisi di quelle esistenti.

Queste 'nuove' fonti si sono adesso appunto rese disponibili, accanto ad altre finora non troppo attentamente vagliate, così che appare sensato procedere ad un primo tentativo di inquadramento. Tentativo che, pur non potendo aspirare — come appena è il caso di rilevare — ad alcun tipo di definitività, varrà almeno,

<sup>(38)</sup> W. SCHILD, *loc. ult. cit.*, pg. 55.

<sup>(39)</sup> Così appunto K. LARENZ, *Rechtsperson und subjectives Recht. Zur Wandlungen der Rechtsgrundbegriffe*, in G. DAHM, E. R. HUBER, u. a., hrsg., *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, pg. 229, nota 8. Sul punto si veda però da ultimo Karl H. LADEUR, *Rechtssubjekt und Rechtsstruktur, Versuch über die Funktionsweise der Rechtssubjektivität*, Lahn-Giessen, 1978, spec. pg. 24 ss.

come speriamo, a dimostrare che un approccio 'non-speculativo' — nel senso di non 'immediatamente' speculativo — ma più modestamente empirico, rende, paradossalmente, maggior giustizia al rilievo del più speculativo dei pensatori nonché a quello dei suoi 'seguaci' giuristi<sup>(40)</sup>.

2. La parola d'ordine — una parola che funge in qualche modo contemporaneamente da formulazione riassuntiva — con la quale potremmo incamminarci su di un simile itinerario potrebbe forse suonare: Puchta a Erlangen.

La scelta del nome del Pandettista forse più celebre della scuola storica — ovviamente a motivo della sua paternità 'putativa' rispetto alla *Begriffsjurisprudenz*<sup>(41)</sup> —, come pure l'indicazione del luogo di radicamento possono con fondate ragioni apparire nulla di meno che arbitrarie.

Nel primo senso si è voluto anche recentemente avanzare, risolvendola in senso affermativo l'ipotesi<sup>(42)</sup> che mentre la Scuola Storica 'ortodossa' recepisce il Kant della Metafisica dei costumi dirottandolo sul piano storico, Puchta riceve addirittura l'insegnamento filosofico del Kant della *Critica della ragion pura*<sup>(43)</sup>.

<sup>(40)</sup> In questa linea ci sembra da ultimo muoversi opportunamente A. SCHIAVONE, *Alle origini*, cit., spec. nell'ultimo saggio, ivi, pgg. 61-77.

<sup>(41)</sup> Basterebbe qui rimandare alla classica analisi di W. WILHELM, *Metodologia giuridica del sec. XIX*, trad. it. a cura di P. L. LUCCHINI, Milano, 1974, pgg. 86 ss.

<sup>(42)</sup> Quand'anche si fosse inclini ad accogliere un certo tipo di critiche, dall'autore (vedi il testo citato per esteso alla nota immediatamente successiva) rivolte ad un'interpretazione di tipo assolutamente funzionalistico che predominerebbe — ma l'opinione è tutta sua — in alcune ricerche storiografiche, perché « dare risposte funzionalistiche a problemi che — concernendo *ex professo* il diritto nel suo fondamento — sono intrinsecamente *teoretici*, è, in definitiva una sorta di invadenza metodologica che può far perdere di vista *una parte della storia stessa*: ciò che « è » indipendentemente dal suo muoversi e dal suo 'servire a' » (pg. 133 nota 17 sottolineature dell'autore), ci si potrebbe e dovrebbe domandare poi se la quasi completa trascuranza del dato filologico nel determinare quelle ascendenze teoretiche sia in realtà idonea a far apparire la « parte della storia stessa che si riferisce a ciò che "è" ».

<sup>(43)</sup> Così B. MONTANARI, *Arbitrio normativo e sapere giuridico... a partire da G. F. Puchta*, Milano, 1984, pg. 151.

Un 'azzardo' del resto avvertito, o perlomeno così ci pare, dal me-

Una tale impostazione viene a costituire comunque più che altro una variante — certo più affinata e tale in ogni caso da rovesciarne, in senso ‘capogrossiano’, la terza tesi<sup>(44)</sup> — della caratterizzazione operata da Larenz<sup>(45)</sup>, in occasione della sua critica della « Genealogie der Begriffe », come piramide deduttivo-concettuale o « Sistema improprio » sulla base di tre tesi consequenziali: l’*Oberbegriffe* o l’apriori del sistema puchtiano sarebbe incarnato dal concetto kantiano di libertà<sup>(46)</sup>; tuttavia, nonostante che il concetto di persona sia nella tradizione kantiana fondato eticamente<sup>(47)</sup>, Puchta cadrebbe in distinzioni di carattere puramente formale; e che, quindi, in terzo luogo, la logica nel senso da lui inteso e successivamente fatto proprio dalla più tarda *Begriffsjurisprudenz*, significhi di fatto logica formale<sup>(48)</sup>.

È evidente a questo punto la ‘ non-neutralità ’, la non indifferenza di interpretazioni orientate in questa direzione, perché esse contribuiscono in definitiva ad oscurare proprio il contesto storico all’interno del quale il sistema si è formato, concludendo finalmente in una creazione di ‘ Legendengebilden ’ storiche<sup>(49)</sup>, il cui scarso contenuto assertivo sotto il profilo specificamente giuridico

desimo autore. Non è questa la sede per una disamina dettagliata di un tale lavoro, che pure coglie altri importanti profili, e per la quale rinviamo alle sedi opportune.

<sup>(44)</sup> Cogliendo certamente, almeno nella sua parte ‘ terminale ’, la divergenza tra la lezione di Puchta e « l’attuale modello formalistico e logico-analitico » (loc. cit., pg. 177).

<sup>(45)</sup> K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it., Milano 1966, pg. 20 ss.

<sup>(46)</sup> *Ibid.*, pg. 24.

<sup>(47)</sup> Ovviamente ad avviso di Larenz, che istituisce così sotto questo profilo, una unità tra Kant ed Hegel storicamente assai opinabile, cfr. sul punto M. FROMMEL, *Die Rezeption der Hermeneutik bei K. Larenz und J. Esser*, Ebelsbach, 1981, pg. 152 ss., che rileva tra l’altro che la critica di Larenz alla giurisprudenza dei ‘ concetti ’ è plausibile solo se si presupponga la sua specifica pre-comprensione della dottrina kantiana (pg. 155).

<sup>(48)</sup> K. LARENZ, *loc. ult. cit.*, pg. 23 e 26. Da ultimo ripropone questa interpretazione relativamente alla Encyclopädie del 1825 L. BJÖRNE, *Deutsche Rechtssysteme*, cit., pg. 88. Giustamente critico sulla questione già J. RÜCKERT, *Recension von J. BOHNERT, Über die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas (1798-1846)*, Karlsruhe, 1975, in ZSS (RA) XCIII (1976), pg. 500.

<sup>(49)</sup> M. FROMMEL, *Die Rezeption*, cit., pg. 159.

non è sfuggito all'occhio attento del civilista<sup>(50)</sup>; e, a maggior ragione, non dovrà costituire l'ultima parola per lo storico.

Perché però allora il nostro « a Erlangen », quando dovrebbe essere a tutti noto — salvo appunto che ai facitori di 'leggende storiografiche' <sup>(51)</sup> — che egli entrò in rapporto con Hegel assai prima « als Knabe »? <sup>(52)</sup>.

È lo stesso Puchta a fornircene il destro. In una notizia biografica che ebbe a comporre poco prima della morte per espresso desiderio del traduttore italiano del suo manuale di Pandette — notizia meritoriamente riportata alla luce dal Wetzell in occasione della commemorazione <sup>(53)</sup> — troviamo infatti più di un motivo di riflessione: « 1811 bis 16 auf dem Gymnasium zu Nürnberg, unter Verhältnissen, die eine Hinneigung zur alten Geschichte und römischen und griechischen Klassikern, zugleich aber auch eine genaue Bekanntschaft mit der neuern Schönen-Literatur begünstigten, dazu unter der, wenn auch nicht sonderlich tief in den Knaben und Jungling eindringenden Wirkung der Hegelschen Philosophie, die in jenen Jahren Hegel als Rektor des Gymnasiums den Schülern vortrug » <sup>(54)</sup>.

Il tardo Puchta appare quindi interessato a non valutare in modo troppo laudativo l'influenza esercitata dalla filosofia hegeliana — « non particolarmente profondo », però neppure insussistente, giusta una formula non priva di qualche ambiguità. Né paia prematuro l'insinuare la presenza nel nostro di un certo tipo di opportu-

<sup>(50)</sup> A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, pg. 364.

<sup>(51)</sup> Cfr. invece le lucide intuizioni di G. HUGO, già da noi citate, *supra*, pg. 108, nota 196.

<sup>(52)</sup> Si veda la importante lettera di Puchta a Blume del 10 gennaio 1829 riportata da Joachim BOHNERT, *Beiträge zu einer Biographie Georg Friedrich Puchtas*, in ZSS (GA), 96 (1979), pg. 235 nota 55.

<sup>(53)</sup> Commemorazione successivamente inserita in G. F. PUCHTA, *Kleine civilistische Schriften*, hrsg. von A. A. F. RUDORFF, Leipzig, 1851 (d'ora in poi citato come *KS.*), pgg. XIII-LII; per il passo a cui si faceva riferimento vedi *ivi*, pg. XX ss. Commemorazione a quel che pare stranamente non utilizzata da Bohnert, mentre ne tiene invece il dovuto conto A. HOLLERBACH, *Der Rechtsgedanke bei Schelling*, Frankfurt am Main, 1957, pg. 321, che non è però in grado di osservare l'omissione 'hegeliana'.

<sup>(54)</sup> *KS.*, pg. XXI, nota.

nismo politico-carrieristico, rimasto non senza conseguenze, oltre che sul piano umano, anche a livello scientifico, ch  di esso sussistono numerose esemplificazioni; ed anzi per lo meno su una di esse dovremo pi  dappresso soffermarci. Il miglior conoscitore della biografia puchtiana   per parte sua potuto giungere alla conclusione — forse eccessiva, ma non inattendibile — che egli in realt  si fosse comportato con Savigny da astuto arrivista, lasciandosene in pratica ‘ adottare ’ (55).

E il prosieguo della ‘ notizia ’ oltre a fornirci altri spunti significativi conferma implicitamente l’assunto. L’autore studi  infatti a partire dal 1816 ad Erlangen addottorandosi in diritto nel 1820: anno altres  espressamente addotto come data di inizio del suo rapporto di amicizia con l’altro astro filosofico della sua vita, ovverosia Schelling.

Dal medesimo anno sino al 1823 ebbe a esercitare col  le funzioni di *Privatdocent*, divenendo dal 1823 al 1828 professore straordinario; i campi di competenza in questo periodo sono rappresentati dalla storia del diritto, dalla istituzioni, dall’Enciclopedia, dal *Kirchen Recht* e dal diritto germanico.

Ad un pi  attento esame   dato tuttavia notare che in questo excursus biografico emergono due inesattezze, o meglio due tacite lacune, che si rivelano importanti in prospettiva futura, e che non casualmente riguardano sia Hegel che Schelling.

In primo luogo non   difatti del tutto esatto che il rapporto di Puchta con Schelling a Erlangen fosse, come pure si   sostenuto, « in ogni caso senza sottofondo filosofico e avesse carattere esclusivamente di relazione di societ  (*rein gesellschaftlich*) » (56). Vero   invece che Puchta nel luogo ricordato parla di « prima conoscenza » e successivamente fa emergere l’accenno all’influsso di Schelling e delle sue lezioni soltanto con riferimento al periodo dell’ordinariato monacense (1828-1835).

Il problema non   di poco momento proprio per i risvolti della concezione puchtiana di sistema. Infatti nelle lezioni che Schelling tenne nel semestre invernale del 1820-1821 nella locale universit 

(55) J. BOHNERT, *art. cit.*, pg. 229 ss. Cfr. in senso adesivo L. BJÖRNE, *Deutsche Rechtssysteme*, cit., pg. 213.

(56) Cos  J. BOHNERT, *art. cit.*, pg. 234.

— recentemente ricostruite da Horst Fuhrmann<sup>(57)</sup> — è possibile leggere una definizione di sistema come un « *zusammengeordnetes Ganzes* », formato da articolazioni che si condizionano reciprocamente e si presuppongono l'un l'altra; e appunto una definizione quasi letteralmente identica, sia nella sostanza, che nella forma, si ritrova nell'analisi di Puchta 'sui vecchi e nuovi sistemi giuridici' (58).

Sembrirebbe quindi non essere esclusa l'ipotesi che Puchta si sia trovato già sin da allora tra gli attenti ascoltatori del filosofo (59). In realtà una tale ipotesi, in sé e per sé presa, non appare

(57) M. FUHRMAN (hrsg.), *Initia philosophiae universae. Erlanger Vorlesung WS 1920-21 von F. W. J. SCHELLING*, Bonn, 1969.

Cfr. anche M. HERBERGER, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin and Jurisprudenz*, Frankfurt am Main, 1981, pg. 400.

(58) KS, pg. 231 e vedi H. FUHRMAN, *loc. cit.*, pg. 1.

(59) M. HERBERGER, *loc. ult. cit.*; che si richiama però inesattamente a A. HOLLERBACH (*ivi*, nota 285). Ci pare di notevole interesse nell'ottica del rapporto tra Puchta e Schelling riportare il catalogo delle lezioni così come il filosofo medesimo lo aveva annunciato (secondo L. PAREYSON, ed., *Schellingiana rariora*, Torino, 1977, pg. 446).

[ANKÜNDIGUNG DER ERLANGER VORLESUNGEN]

*Für das Sommersemester 1821:*

D. Friederic. Guil. Joseph de Schelling publice 1) *methodologiam studii academici tradet*, 2) *de vi et potestate veteris mythologiae disseret*. *Privatim si per valetudinem licuerit, Logicam et Metaphysicam docebit, et systema philosophiae universae repetet desiderantibus.*

*Für das Wintersemester 1821-22:*

D. Friedric. Guil. Joseph de Schelling *privatim Introductionem in universam philosophiam tradet. Publicas praelectiones justo tempore indicabit.*

*Für das Sommersemester 1822:*

D. Frid. Guil. Jos. de Schelling publice *Methodologiam studii academici tradet.*

*Für das Wintersemester 1822-23:*

D. Frid. Guil. Jos. de Schelling hor. 5-6 vesp. *tradet Philosophiam religionis, privatis lectionibus; adjuncto Conversatorio et Disputatorio philosophico.*

*Für das Sommersemester 1823:*

D. Frideric. Guil. Joseph de Schelling *methodologiam studii academici publici tradet.*

*Für das Wintersemester 1823-24:*

D. Frideric. Guil. Joseph de Schelling hor. pomer. 5-6. publice

probabile; infatti, come aveva già rilevato Kuno Fischer<sup>(60)</sup>, in quel periodo Puchta aveva intrapreso una serie di viaggi che l'avrebbero condotto tra l'altro a conoscere personalmente Savigny, Hugo e persino Thibaut, nonché a « prendere coscienza del punto di partenza e del compito, così come del metodo della scienza »: tuttavia nel 1822 ritornando ad Erlangen egli avrebbe potuto verosimilmente aver avuto l'occasione di frequentare perlomeno le ultime lezioni di Schelling della seconda metà di agosto. In ogni caso è invece a partire dal semestre invernale del 1823 che ci è attestata con sicurezza la sua presenza a quei corsi, secondo la testimonianza fornitaci in un lettera del suo amico poeta von Platen<sup>(61)</sup>.

La determinazione di questo interesse scientifico già sin dai tempi di Erlangen riveste un notevole rilievo per la fissazione del suo rapporto con Hegel: proprio in quel periodo infatti Schelling aveva cominciato a rivolgersi contro Hegel anche in modo « molto » polemico<sup>(62)</sup>, per cercare di differenziarsi dalle sue posizioni<sup>(63)</sup>.

Tuttavia appunto nelle lezioni del semestre estivo del 1822 — annunziate come *Metodologia dello studio accademico*, ma contenenti in realtà anche la storia della filosofia moderna, come introduzione — Puchta avrebbe potuto prendere contatto con l'intero percorso schellinghiano; un percorso che aveva condotto quest'ultimo dalla critica a Fichte sino al sistema dell'idealismo trascendentale, portando con sé la graduale, ma definitiva e conseguente eliminazione della separazione tra Soggetto e Oggetto — sul punto in pieno accordo con Hegel —<sup>(64)</sup>: una 'eliminazione' di non poco momento, se costituisce, come non senza motivo costituisce la mag-

propaedeuticen studii philosophici, privatim principia philosophiae naturalis tradet, adjuncto Conversatorio et Disputatorio philosophico.

<sup>(60)</sup> Cfr. K. FISCHER, *Geschichte der neuern Philosophie*, Bd. 6, *Friedrich Wilhelm Joseph Schelling*, Erstes Buch, Heidelberg 1972, pg. 254.

<sup>(61)</sup> La lettera del 23 novembre 1823 si può vedere in X. TILLIETTE, hrsg., *Schelling im Spiegel seiner Zeitgenossen*, Torino, 1974, pg. 282.

<sup>(62)</sup> *Hinrichs an Hegel*, 28 maggio 1821 (Hegel-Briefe II, pg. 265), cit., secondo L. PAREYSON, *op. cit.*, pg. 447.

<sup>(63)</sup> H. FUHRMAN, *Initia*, cit., *Introduzione*, pg. 16.

<sup>(64)</sup> Sul rapporto di vicinanza-lontananza tra Hegel-Schelling cfr. X. TILLIETTE, *Attualità di Schelling*, Milano, 1974, pg. 141 ss., 163 ss.; vedi anche A. MASSOLO, *Il primo Schelling*, Firenze, 1953, pgg. 103 ss..

gior novità teorica della concezione puchtiana di Sistema rispetto a Savigny. Che l'influenza di Schelling potesse andare in questa direzione è cosa che più di un giurista avrebbe del resto avuto l'occasione di notare: « Schelling ein *real System*, von ihm selbst ... genannt entgegen, indem das Ideale und Reale, oder des subj. und obj. nicht sondert, vielmehr zu einer unbedingten Einheit als die Idee das Absoluten sich dachte und annahm, diese Einheit stelle sich in allen Dingen dar. Der Staat ist Schelling das rechtlich geordnete Zusammenleben der Menschen hervorgegangen durch eine durchdringliche Tätigkeit des Absoluten in obj. Willen alles Einzelne, gleichsam ein ausserer Organismus, der die Freiheit des Einzelnen im Einklang zeigt mit einer höheren Notwendigkeit »<sup>(65)</sup>. La constatazione che Puchta aveva cominciato a prendere contatto dal punto di vista tecnico con Schelling proprio nel momento in cui questi iniziava a criticare serratamente Hegel ci è utile per valutare in giusta luce la seconda omissione, questa volta assai più probabilmente intenzionale, che si riscontra, come accennato, nella ricostruzione autobiografica.

Infatti nell'offrire il catalogo delle opere del periodo di Erlangen il nostro ne omette una senza proferir verbo: mentre ricorda la dissertazione dottorale sulle servitù di via, passaggio e acquedotto<sup>(66)</sup>, o la già più volte menzionata enciclopedia del 1825, non fa cenno proprio al suo primo testo per le lezioni. Si potrà, volendo, anche riconoscere negli eventi successivi ai quali questo lavoro è andare incontro, un destino singolarmente parallelo e congruente con questa omissione, dato che sino ad ora se ne era supposta la totale scomparsa. Opera che adesso torna finalmente a riprendere il posto che le compete come 'prima' Enciclopedia puchtiana: il

---

<sup>(65)</sup> Così A. L. REYSCHER, *Naturrechte und Geschichte des Naturrecht, Vorlesung in Wintersemester 1838-39, Geschrieben von Karl Belser*, pg. 21, qui citato secondo il dattiloscritto che ne ha ricavato il professor I. RÜCKERT, che ringraziamo di cuore per averci messo a disposizione questo interessante manoscritto inedito. Sul punto cfr. anche il frammento delle lezioni di Erlangen, accessibile adesso in L. PAREYSON, *Schellingiana rariora*, cit., pg. 451 ss.

<sup>(66)</sup> G. F. PUCHTA, *Dissertatio de Itinere actu et via*, Erlangae, 1820.

*Grundriss zu Vorlesungen über juristische Encyclopädie und Methodologie* <sup>(67)</sup>.

La *Vorrede* reca — con una coincidenza che si palesa non fortuita — proprio la data dell'agosto del 1822 ed il contenuto dell'opera contribuisce dal canto suo a spazzare via immediatamente le illazioni che volevano presente in Puchta una iniziale avversione e ripugnanza per la filosofia in generale, apparsagli dapprima — sempre per usare le espressioni dell'interpretazione in questione — sotto le vesti della *Rechtslehre* filosofica del diritto naturale e poi soprattutto in quelle della filosofia hegeliana <sup>(68)</sup>; un Puchta che soltanto più tardi si sarebbe potuto sciogliere da questa avversione mediante la constatazione di un'ampia convergenza tra le prospettive della Scuola Storica — ormai vista come in sé vicina alla filosofia — e quelle apertegli da Schelling <sup>(69)</sup>.

Quanto poco una simile immagine corrisponda alla realtà stanno lì a confermarlo, anche prima del nostro ritrovamento, le testimonianze dei giuristi contemporanei e di quelli giunti nel periodo immediatamente successivo ad occuparsi dei problemi relativi alla Enciclopedia giuridica nel suo sviluppo storico.

In questo senso particolarmente significativa appare l'analisi offerta da un giurista come Friedländer, già intento per suo conto a coniugare l'eredità schellinghiana con la sistematica della *Rechtsphilosophie* hegeliana <sup>(70)</sup>, perché essa cade per l'appunto in epoca

<sup>(67)</sup> G. F. PUCHTA, *Grundriss zu Vorlesungen über juristische Encyclopädie und Methodologie*, Erlangen, 1822. Oltre a quanto si dirà nel testo si rimanda nuovamente per la *Entstehungsgeschichte* all'appendice II. D'ora in poi citeremo *E*<sup>1</sup>.

<sup>(68)</sup> Così nettamente J. BOHNERT, *Über die Rechtslehre*, cit., pg. 167.

<sup>(69)</sup> La critica a Hegel contenuta in G. F. PUCHTA, *Civilistische Abhandlungen*, Leipzig und Berlin, 1823, (d'ora in poi *CA*), pg. 190 non a interpretata nel senso di Bohnert; ma richiede per lo meno un'analisi del rapporto con le pagine della filosofia del diritto, che Puchta aveva incontrato già sin dal periodo di Erlanger.

<sup>(70)</sup> Cfr. H. ORTLOFF, *Die Encyclopädie der Rechtswissenschaft in ihrer gegenwärtigen Bedeutung*, Jena, 1857, pg. 38 e 88. È rimarchevole il fatto che queste contemporanee testimonianze siano completamente sfuggite all'autore dell'unico saggio che tenti di analizzare espressamente il rapporto tra Hegel e Puchta; cfr. W. SCHÖNFELD, *Puchta und Hegel*, in K. LARENZ, hrsg., *Rechtsidee und Statsgedanke. Beiträge zur Rechtsphilosophie und*

successiva alla pubblicazione postuma — avvenuta nel 1840 ad opera del Rosenkranz — della *Propedeutica* filosofica di Norimberga <sup>(71)</sup>. Del resto già l'anno precedente durante l'acre polemica sulla natura giuridica del possesso intrapresa dal nostro contro il « Luogotenente liberale del re » Eduard Gans, quest'ultimo aveva potuto ragionevolmente osservare come Puchta si fosse « infatti seduto all'epoca della sua giovinezza sui banchi di scuola a Nürnberg, quando colà Hegel svolgeva le funzioni di Rettore; Lei ha verosimilmente udito presso di lui i fondamenti della Metafisica e della logica, e, se non mi inganno, egli me ne ha una volta persino parlato. Orbene Hegel non avrà allora trascurato di dimostrare ai suoi studenti in via preventiva, come il puro Essere ed il puro Nulla siano identici (*dass reine Seyn und das reine Nichts dasselbe sei, und dass die Bewegung des unmittelbaren Verschwindens des Einen in dem Anderen das werden ist*) » <sup>(72)</sup>.

Con la pubblicazione della *Propedeutica* diveniva tuttavia di dominio pubblico e di palmare evidenza che Puchta aveva già avuto occasione di udire anche la *Rechtslehre* hegeliana nella forma in cui allora veniva proposta <sup>(73)</sup>: Friedländer procede appunto sulla base di questo testo — oltre che dell'Enciclopedia delle scienze filosofiche <sup>(74)</sup> — a profilare il 'guadagno' che la scienza giuridica ne aveva potuto trarre: « Durch die in denselben und seinen Rechtsphilosophie Arbeiten ausgeprägte, schneidende Dialektik fiel, wie mit einem Streich, ein ganzer Wald von Missverständnissen über

---

zur politischen Ideengeschichte, Festgabe für Julius Binder, Berlin, 1930, pgg. 1-62.

<sup>(71)</sup> *Propedeutica* che abbiamo visto nell'edizione a cura di E. MOLDENHAUER, e K. M. MICHEL: G. W. F. HEGEL, *Nürnberger und Heidelberger Schriften, 1808-1817*, Frankfurt am Main, 1983.

<sup>(72)</sup> E. GANS, *Ueber der Grundlage des Besitzes. Eine Duplik*, Berlin, 1839, pgg. 35-6. Cfr. sul punto l'unico saggio della letteratura più recente che si renda conto del problema, anche se lo analizzi poi sotto lo specifico punto di vista della polemica sul possesso, J. BRAUN, *Der Besitzrechtsstreit zwischen F. C. von Savigny und Eduard Gans. Idee und Wirklichkeit einer juristischen Kontroverse*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, IX (1980), pg. 481.

<sup>(73)</sup> *Ibid.*, pg. 486.

<sup>(74)</sup> A. FRIEDLÄNDER, *Juristische Encyclopädie oder System der Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1847, pg. 38, nota 48.

das Verhältniss der Rechtswissenschaft und des Positiv Praktischen Rechts zur Philosophie. Sobald dies geschehen, *war das schwierigste Problem, die Classification der Rechtswissenschaft nach einem leitenden Prinzip, gelöst, und die Encyclopädie würde, was sie sein muss: ein künstlerisch ausgebautes System auf dem festen Boden eines obersten Grundsatzes* ».

Era comunque del tutto ovvio — e non sfuggiva all'occhio attento del tecnico-giurista — che Hegel non aveva scritto 'semplicemente' un sistema *della scienza giuridica*, ma ne aveva abbozzato uno per *tutte* le scienze; ed era a partire da questo presupposto — dalla già notata convergenza della sua dottrina del diritto con l'intera Enciclopedia — che si rendeva comprensibile ciò che in seguito doveva diventare il Leitmotiv della consueta critica rivoltagli dal ceto dei giuristi, ovverosia che egli avesse fornito rispetto alla Rechtswissenschaft « nur die nothwendigsten Umriss ».

Anche con tale più limitata (ed insieme più ampia) finalità si doveva pertanto considerare acquisito finalmente un terreno idoneo ad ulteriori costruzioni giuridiche, perché si era fissato il nodo centrale dal quale anch'essi come giuristi sarebbero stati in grado di attingere: « *Das Recht hat, wie alles Menschliche zum Ausgangspunkt die Vernunft, es spiegelt sich ab in den Lebensverhältnissen und fällt als Wissenschaft der Geschichte anheim! Diese Idee war der Faden, der seine Nachfolger leitete, unter denen die namhaftesten Puchta, und Abegg sind. Beide befolgen, was dass Philosophische betrifft, die Ordnung des Hegelschen Systems und nur der Reichtum des eigentliche Positiven ist es, den sie vor ihm voraus haben* »<sup>(75)</sup>. Non va taciuto che, ancor l'anno precedente alla pubblicazione postuma, lo stesso Puchta, aveva assunto nel ripercorrere la strada del suo concetto di 'diritto dei giuristi' ben altro e più 'paterno' atteggiamento rispetto a questa sua 'prima' enciclopedia, notando persino con una certa soddisfazione di aver fatto uso appunto dal 1822 del termine *Juristenrecht* nel momento in cui, all'interno della dottrina delle fonti che concerneva il diritto non

---

<sup>(75)</sup> *Ibid.*, pgg. 38-39, cfr. ancora M. ORTLOFF, *Encyclopädie*, cit., pgg. 20-21. Il lavoro di J. F. ABEGG, *Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft in Grundrisse*, Königsberg, 1823, a cui qui si allude, ebbe tra l'altro a destare l'interesse di Gustav Hugo, che lo recensì in *Beyträge*, cit., Bd. 2, pg. 560 ss.

promulgato, aveva ritenuto di suddistinguere quest'ultimo in *Gewohnheitsrecht* e diritto del ceto dei giuristi <sup>(76)</sup>.

Naturalmente Puchta si guardava bene dal soggiungere che in quel medesimo contesto, laddove si sarebbe trattato a livello introduttivo e generalissimo di spiegare tra gli altri il concetto di diritto e scienza giuridica <sup>(77)</sup>, *Recht* veniva proposto secondo la divisione in oggettivo e soggettivo, e l'elemento 'mediatore' tra diritto e scienza giuridica analizzata nella « modalità del suo sorgere » era rappresentato dalla sola nozione di *Gesetz*. Si giungeva così, in una parola, ad una coppia legge-scienza giuridica — a sintomatica esclusione della nozione di *Volk* (solo in seguito aggiunta) <sup>(78)</sup> — che, a nostro avviso <sup>(79)</sup>, la dice lunga, quasi in controluce, sulle destinazioni globali ben divergenti da quelle savignyane verso le quali Puchta aveva in animo di avviarsi; e di fatto, pur con tutti gli spostamenti di tiro che gli sembrarono necessari, si avviò.

Siamo condotti così sul concreto terreno del testo di Erlangen, nonché del suo rilievo per la teoria puchtiana relativa al diritto pubblico e al diritto privato; perché è chiaro che vale la pena di esaminare i debiti verso la dottrina hegeliana, dopo averli enucleati con occhio altrettanto critico.

Non si farebbe altrimenti che ricadere in un 'giustificazionismo' alla rovescia, anche se bisogna ammettere che il percorso sino ad ora seguito ci ha potuto mostrare come, a livello tecnico-'giuridico', nonostante l'influsso critico di Schelling, Puchta ritenga di potersi ancora servire di concettualizzazioni di stampo diverso: oppure, ove ci acceda alla tesi che a tutto l'agosto Puchta non avesse ancora frequentato i corsi Schellinghiani, si dimostrerebbe in ogni caso che l'influenza di Hegel era più « *sonderlich tief* », di quello che egli fosse 'pubblicamente' disposto ad ammettere.

<sup>(76)</sup> G. F. PUCHTA, *Recenzion* von R. MAURENBRECHER: *De auctoritate prudentum prolusio academica*, Bonn, 1839, in *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft*, 3 (1839), pg. 728. Cfr. *E*<sup>1</sup>, pg. 18 § 48.

<sup>(77)</sup> *E*<sup>1</sup>, pg. 5 § 1.

<sup>(78)</sup> Cfr. Appendice 2, *nota introduttiva* § 1.

<sup>(79)</sup> Potremmo qui ovviamente solo produrre qualche cenno di quella che costituisce l'architettura di un lavoro più ampio che abbiamo intenzione di dedicare all'argomento.

La qualità della recezione è difatti altrettanto (e forse più) significativa della sua presenza.

Puchta suddivide intanto il lavoro in tre parti: il diritto in sé, il diritto secondo il suo sorgere, la trattazione scientifica del diritto <sup>(80)</sup>.

Già la coppia iniziale suona assai poco savignyana; ma l'impressione non può che accentuarsi nell'istante medesimo in cui assistiamo al differenziarsi del « *Recht an sich* » in diritto filosofico e diritto positivo, secondo la peculiarità medesima dell'approccio hegeliano che abbiamo vista indicata dal Friedländer <sup>(81)</sup>.

La funzione della scissione si comprenderà meglio se fin da ora si faccia cenno ad una lucida, ma in parte inesatta ' ammissione ' che Stahl — conscio che il suo tentativo di incasellare Puchta sotto l'unica dicitura di giurista ' schellinghiano ' era insufficiente — si vedeva costretto a fare nel corso dell'analisi retrospettiva contenuta nel necrologio <sup>(82)</sup>. Egli partiva, in modo che subito colpisce, dalla assunzione secondo la quale « sebbene » il futuro professore berlinese si riconoscesse nelle impostazioni dottrinali dello Schelling, « non si potè tuttavia completamente sottrarre e proteggere da una ricaduta e da una inclinazione verso posizioni pre-schellinghiane proprio sul tema della concezione del diritto — inteso soltanto come " *Innbegriff der Rechte* " — e dello Stato », diretto secondo la sua concezione al mantenimento dell'ordine giuridico, e tale da ricondurre anche l'attività di polizia *esclusivamente* al medesimo fine, tramite la sua completa ' mediatizzazione ' <sup>(83)</sup>.

Stahl individuava esattamente il dato che la stessa concezione filosofica del diritto era determinata dalla inclinazione principalmente privatistica presente nella formazione culturale del nostro: tuttavia, se con « visuali preschellinghiane » si debba intendere — come sembra univocamente ricavarsi dal contesto —, un ritorno a posizioni anteriori alla filosofia dell'identità, per non dire *sic et*

<sup>(80)</sup> *E*<sup>1</sup>, pg. 6 ss., 18 ss., 25 ss. L'analisi e la giustificazione di questa suddivisione vengono fornite invece da Puchta in *CA*, pg. 177, come già rilevato da Abegg, loc. cit., *infra*, sub nota 85.

<sup>(81)</sup> *E*<sup>1</sup>, pg. 6 § 4.

<sup>(82)</sup> Il necrologio opera di F. J. STAHL, è riportato in *KS*, pgg. III-XIII.

<sup>(83)</sup> *Ibid.*, pg. VIII; il riferimento è qui a G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen* (d'ora in avanti *I.*), Bd. 1, pg. 73, Leipzig, 1841.

*simpliciter* giusnaturalistiche in senso classico, bisognerebbe allora concludere che quell'interpretazione va a terminare in un franitendimento piuttosto tipico.

Se ritorniamo infatti sul nostro testo ci accorgiamo che l'introduzione della scissione è dovuta per lo meno a due ordini di considerazioni; il secondo dei quali non ancora compiutamente sviluppato — lo sarà invece nelle sistematiche successive.

Basta infatti un'occhiata per rendersi conto di come le partizioni e la terminologia usate da Puchta nella sezione del diritto filosofico siano tributarie delle corrispondenti *Gliederungen* avanzate da Hegel. Sotto l'intitolazione 'diritto' ricorrono allora espressioni come libertà astratta, libertà puramente formale, distinzioni tra volontà giuridica e morale; nonché l'importante constatazione dell'incompiutezza di entrambe che termina dialetticamente nella *Absoluter Wille*. Ed ancora la persona come movimento di realizzazione della libertà, il possesso come momento di trapasso verso la proprietà; il contratto come forma giuridica generale, la collocazione del torto — comprensivo anche della sua sezione penalistica, in quanto *Straftheorie* — nella medesima 'strana' posizione sistematica che abbiamo già visto ricorrere in Hegel: per non parlare nemmeno dell'emergere della concezione dello Stato come *Allgemeiner Wille* <sup>(84)</sup>.

È giunto però a questo punto il momento di domandarsi due cose: di quale Hegel si tratti, in primo luogo, e successivamente del senso dell'operazione Puchtiana.

Il criminalista hegeliano Abegg — che, sia detto tra parentesi, si rivolge a Puchta con l'appellativo di 'suo valente amico' — ci indirizza subito sulla buona strada; a suo avviso infatti il nostro nella prima sezione della prima parte tratta la « filosofia del diritto » secondo il 'metodo' hegeliano, ma con alcune deviazioni <sup>(85)</sup>.

Secondo le testimonianze che abbiamo sin qui raccolto si potrebbe supporre che il punto di vista sul quale Puchta si colloca sia immediatamente la teoria del diritto hegeliana della *Propedeutica* di Norimberga.

<sup>(84)</sup> *E*<sup>1</sup>, pgg. 6-8 § 5 ss.

<sup>(85)</sup> J. F. H. ABEGG, *Encyclopädie*, cit., pg. 37. Su Abegg cfr. altresì i cenni contenuti in P. BÖNING, *Die Lehre vom Unrechtsbewusstsein in der Rechtsphilosophie Hegels*, Frankfurt am Main-Bern-Las Vegas, 1978, *passim*.

La supposizione non si rivela però in prima istanza esatta: e l'acquisizione che così si raggiunge non ci pare di scarsa portata.

Ad un'analisi più accurata del testo nella sua sezione relativa alla dottrina dello Stato, emerge infatti la circostanza che Puchta si interroga dubitativamente sulla distinzione hegeliana in « Inneres und auseres Staatsrecht »<sup>(86)</sup>.

Ora noi sappiamo che l'orientamento in parte nuovo verso il diritto espresso da Hegel nella *Rechtsphilosophie* del '20/21 si rivelava tra l'altro in un mutamento terminologico che lo conduce « per la prima volta »<sup>(87)</sup> a dividere la sezione sullo Stato appunto in diritto 'pubblico interno ed esterno' (§ 259). Puchta resterà poi fedele lungo tutto il corso della sua vicenda alla caratterizzazione hegeliana del diritto pubblico esterno, giungendo anzi ad affermare esplicitamente il contenuto del diritto 'internazionale' (§ 331) come consistente nel fatto che tramite di esso la personalità dei singoli stati viene « riconosciuta » e la sua efficacia garantita: « *dadurch die Persönlichkeit der einzelnen Staaten anerkannt und ihre Wirksamkeit in gegenseitigen Rechten garantiert wird. Die wirkliche Ausführung dessen, was das Völkerrecht vorschreibt, gegen ein relatives oder absolutes Unrecht, in welchem ein Staat gegen einen andern sich befindet, ist hier allerdings zunächst die Selbsthilfe, also der eigenen Macht des verletzten Staates überlassen und insofern prekär. Aber es wird erwartet, dass die Macht des schwächeren Staates durch die der anderen ergänzt wird, die hierzu teils von dem Gefühl des Rechts, teils von ihren Interessen getrieben werden* »<sup>(88)</sup>; e sarebbe inutile in questa sede sottolineare le espressioni concernenti un diritto di autodifesa della 'personalità' degli

<sup>(86)</sup> E<sup>1</sup>, pg. 12 § 31.

<sup>(87)</sup> N. BOBBIO, *Hegel e il diritto*, cit., pg. 56. Cfr. comunque per il ricorrere della locuzione nei corsi manoscritti del '17-18, K. H. ILTING, hrsg., *Die Mitschriften Wannemann*, cit., § 159, pg. 190 ss.

<sup>(88)</sup> G. F. PUCHTA, I., Bd. 1, pg. 74. Cfr. sul punto anche H. HELLER, *Hegel und der Nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland. Ein Beitrag zur politischen Geistesgeschichte*, Leipzig, Berlin, 1921, pg. 163; si tratta di un libro troppo sottovalutato: sulla sua interpretazione niente affatto univoca e tutt'altro che esclusivamente negativa si veda S. ALBRECHT, *H. Hellers Staats- und Demokratieauffassung*, Frankfurt-New York, 1983, spec. pg. 18 ss.

Stati, gli accenni alla *Macht* e agli interessi come pure il richiamo al concetto di « *Absolutes Unrecht* »<sup>(89)</sup>.

Ci basta soltanto avere acquisito la consapevolezza — suffragata in ogni caso da alcune altre fonti nelle quali abbiamo già avuto occasione di imbatterci — che Puchta nel 1822 conoscesse la più matura opera hegeliana: ne segue che, al pari dell'attività recettiva, anche il suo discostarsi da quella sistematica sia avvenuto in piena ma non ignara autonomia.

Ciò che colpisce ad un meno riaffrettato riesame della sezione del diritto filosofico è che alle sezioni Persona, Proprietà, Contratto, Torto (*Verletzung, Unrecht, Strafe*), segua senza soluzione di continuità la parte dedicata allo Stato; e che inoltre — cosa di cui Abegg espressamente gli fa carico — la famiglia venga accolta al termine della successione così istituita, ma esclusivamente sotto forma di 'appendice', nella quale ci si può adesso interrogare sulla questione se in realtà si possa addirittura parlar di un diritto di famiglia nell'ambito del diritto filosofico<sup>(90)</sup>.

In breve: della tricotomia hegeliana relativa alla *Sittlichkeit* rimangono variamente fuori sia la famiglia che la società civile. Se volessimo esprimere riassuntivamente il procedimento di Puchta, dovremmo parlare a questo proposito non già di infedeltà al metodo, quanto piuttosto di un ritorno in buona misura cosciente — sul punto specifico — alla *Propedeutica* 'contro' la *Rechtphilosophie*: grazie alle recenti pubblicazioni dei corsi intermedi di *Naturrecht und Staatswissenschaft*, siamo oggi in grado di stabilire che la prima esplicita formulazione del concetto di società civile è assente sia a Norimberga che ad Heidelberg — salvo in quest'ultimo caso un breve rinvio, contenuto tuttavia nel paragrafo relativo alla famiglia<sup>(91)</sup> —.

(89) Sull'argomento si può rimandare più in generale al bel libro di A. VON TROTT ZU SOLZ, *Hegels Staatsphilosophie und das Internationale Recht*, Göttingen, 1967, pg. 75 ss.

(90) *E*<sup>1</sup>, pg. 8 § 12.

(91) Cfr. O. PÖGGLER, *Einleitung*, in C. BECKER, W. BONSIEPEN, hrsg., *Hegels Vorlesungen*, cit., pg. XXVIII, nonché P. BECCHI, *Contributi*, cit., pg. 23 che riprende i risultati di ILTING; si veda inoltre C. MANCINA, *Hegel e la famiglia*, cit., pg. 1014.

Non sorprenderà allora più di tanto l'antipatia dell'antico al-lievo del ginnasio norimberghese — del resto mai interessato real-mente dall'economia politica, al contrario di quanto lo sarà invece paradossalmente Savigny<sup>(92)</sup> (in compenso assai meno stimolato di lui da riflessioni e stilemi hegeliani) — per una sezione che finiva per sembrare, se valutata sul piano meramente sistematico<sup>(93)</sup>, una specie di categoria residua, dove si raccogliesse alla rinfusa tutto ciò che non era entrato nelle altre sezioni guidate da un principio di sistematizzazione più rigido<sup>(94)</sup>. 'Raccolta' della quale abbiamo potuto apprezzare sino a qual punto incrinasse la compattezza nella nozione medesima di diritto privato: tant'è che si deve ritenere sia stata introdotta dallo stesso Hegel proprio per riammettervi l'econo-mia politica, senza tuttavia definitivamente scompaginare il siste-ma ormai stabilito. Un sistema che si era formato, appunto a No-rimberga, mediante una purificazione che era andata proprio a sca-pito di quella non-giuridica disciplina.

Più caratterizzante è semmai l'esclusione del diritto di fami-glia dall'empireo costituito dalla prima articolazione del 'diritto in sé', perché una tale partizione non presentava, almeno in appa-renza, nulla di pericoloso sotto il profilo giuridico, tanto meno per un aderente più o meno ortodosso della Scuola Storica. Ma nep-pure tale 'eliminazione' può essere considerata qualcosa di real-mente anti-hegeliano, specialmente se si accetta l'interpretazione qui avanzata di un interesse puchtiano a giocare un primo (il suo primo) Hegel 'contro' una seconda fase per certi aspetti (ma solo per quelli) meno utilizzabile.

Basta infatti fare capo direttamente ai testi degli anni '10 del-l'Ottocento<sup>(95)</sup>, per rendersi conto che anche il momento della fa-

---

<sup>(92)</sup> Cfr. *infra*, cap. IV.

<sup>(93)</sup> G. F. PUCHTA, *Rezension von Eduard GANS, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, Berlin, I, 1824; II, 1825, in F. C. K. SCHUNCK, hrsg., *Jahrbücher der gesammten deutschen juristischer Literatur*, Bd. 1, Erlangen, 1826, pg. 34.

<sup>(94)</sup> Così ad esempio N. BOBBIO, *Hegel e il diritto*, cit., pg. 56.

<sup>(95)</sup> G. W. F. HEGEL, *Nürnberger und Heidelberger Schriften*, cit., 1808-1817, pg. 59 ss., 181 ss. (§ 192); nonché, *ibid.*, pg. 232 ss. (spec. § 22 ss., pg. 245).

miglia viene da Hegel espunto, per essere incluso poi senza esplicita giustificazione nella azione sulla morale<sup>(96)</sup>.

Si tratta ora però di smascherare, di portare alla luce questo supposto 'interesse': un simile risultato potrà forse essere ottenuto conferendo la dovuta importanza alla singolare relazione che Puchta istituisce, ricomprendendo il diritto positivo come secondo settore del diritto in se. Quel diritto positivo, cioè, che in realtà, a causa del suo carattere apertamente contenutistico, avrebbe dovuto più propriamente essere inserito nella seconda parte — la suddivisione relativa al diritto considerato « seiner Entstehung nach ». E a maggior ragione lo si sarebbe dovuto spostare in questo secondo stadio della sistematizzazione generale, dal momento che mediante la distinzione fondamentale tra diritto pubblico e diritto privato posta dal Nostro alla sua base, non conseguiva, ancora specialmente nel caso del diritto privato — e per ammissione espressa dello stesso autore — una ulteriore articolazione interna, tale da potersi definire come scientifica<sup>(97)</sup>.

Si assisteva così ad una paradossale situazione, che confinava proprio il diritto privato positivo — il diritto che più di ogni altro avrebbe dovuto essere caro agli occhi del Nostro — ad elemento non scientifico<sup>(98)</sup>: sulla sua distinzione in *Allgemeines* e *Besonderes Privatrecht*, così come soprattutto sulla partizione interna al diritto privato generale — un'introduzione concernente la capacità giuridica e la capacità di agire, seguita dal diritto patrimoniale (*Sachenrecht*, *Forderungsrecht*, *Erbrecht*) e dal diritto di famiglia — non si poteva fare affidamento per una ricostruzione scientifica della ma-

---

<sup>(96)</sup> N. BOBBIO, *Hegel e il diritto*, cit., pg. 55. Resta semmai testimonianza del rigoroso conservatorismo 'politico' di Puchta l'introduzione del diritto feudale come sottocategoria del diritto in sé (*E*<sup>1</sup>, pg. 11 § 27); laddove, di nuovo, fa una diversa impressione l'assunzione (anche questa volta in qualità di appendice) dell'applicazione del diritto (*Rechtsanwendung*), e della sezione relativa alla pubblicità ed oralità del processo, nella parte anch'essa dedicata al *Recht an sich* (*ibid.*, pgg. 16-17 §§ 42-46). Cfr. G. F. PUCHTA, *Rezension von J. CHRISTIANSEN, Die Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte im Grundrisse*, Kiel, 1838, in *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft*, 2 (1838), pg. 499.

<sup>(97)</sup> Cfr. in questo senso già J. F. H. ABEGG, *Encyclopädie*, cit., *loc. ult. cit.*

<sup>(98)</sup> *E*<sup>1</sup>, pg. 8 § 14.

teria suscettibile di paragone con la coerenza della precedente articolazione filosofica. Puchta si vedeva così costretto a ricadere in balia di dubbi sulla scientificità della sistematica del diritto privato addirittura simili a quelli che erano in grado di suscitare nozioni come *Staatswissenschaft* e *Staatsrecht* <sup>(99)</sup>.

L'accostamento materiale, subito rivelatosi eterogeneo al più elevato livello del *Recht an sich*, del diritto positivo — e proprio di un diritto positivo prospettato nella forma di una distinzione-separazione netta, reale, tra diritto privato e diritto pubblico <sup>(100)</sup> — ad una forma di superiore coerenza scientifica qual'era quella assicurata dalla rigorosa partizione filosofica (il che denota tra l'altro la inesattezza della critica che vuole aprioristicamente le analisi giuridiche hegeliane incomprensibili al giurista), fornisce anche il *Leitmotiv* degli sforzi sistematici puchtiani successivi: delle due eventuali soluzioni che astrattamente potevano scaturire dal 'corto circuito' cui le sezioni del 'diritto in sé' davano luogo — una positivizzazione e tendenziale eliminazione del lato della riflessione filosofica, o, inversamente, un travaso della scientificità del primo sull'empiricità del diritto privato, ormai divenuta inattendibile a fronte delle più affinate pretese dell'idealismo — è la seconda strada che viene risolutamente scelta.

Ma viene scelta, si badi bene, per far sì che anche la distinzione pubblico-privato acquisti un sempre maggior valore scientifico.

Si può affermare quindi con tranquillità che Puchta usa della dottrina di Hegel, soprattutto a livello sistematico, tutto quello che lo può condurre ad un approfondimento della distinzione in senso dicotomico, a salvaguardia della scientificità del diritto privato.

Questa intenzione lo caratterizza indubbiamente quasi sempre anche nel rapporto polemico — verrebbe fatto quasi di insinuare più spesso polemico-*'parassitario'*, se non fosse la dignità intellettuale del nostro personaggio ad impedircelo — nei confronti degli esponenti della scuola *'speculativa'* <sup>(101)</sup>.

Persino dal punto di vista storico — e di una storia tecnicizzata quant'altre mai, la storia del diritto romano — Puchta sarà

<sup>(99)</sup> *Ibid.*, pg. 13-14, § 35.

<sup>(100)</sup> Inesatto L. BJÖRNE, *Deutsche Rechtssysteme*, cit., pg. 11.

<sup>(101)</sup> *E*<sup>1</sup>, pg. 25, § 62, nota \*.

in grado di replicare ampiamente un simile atteggiamento. Lo proverà, al di là di ogni scetticismo, proprio la sua serrata polemica con Christiansen, del quale non verrà apprezzato — almeno apertamente<sup>(102)</sup> — il tentativo estremamente innovatore di far divenire anche la storia del diritto filosofia applicata<sup>(103)</sup>; ma al contrario non verrà, invece, valutato neppure come del tutto infondato il tentativo di attribuire l'inizio dell'emersione di una contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato in Roma, alle lotte tra patrizi e plebei, col che Christiansen riconosceva anzi a questi ultimi la capacità storica di 'costringere' per la prima volta i patrizi, che non erano mai stati in possesso del diritto privato vero e proprio, in una condizione « privatistica »<sup>(104)</sup>.

Non per caso, date le premesse ed i pericolosi accostamenti, anche l'opera di sistematizzazione vera e propria portata avanti dal nostro, non poteva che proseguire su di un sentiero disseminato da apporti originali come da feroci polemiche: anche il successivo accostamento a Schelling, che egli per ragioni politiche 'berlinesi' tenderà sempre più a marcare, non acquisirà mai la specificità giuridico sistematica di questa prima utilizzazione, che ci si è rivelata pertanto in grado di correre sotterraneamente persino al di là di un più esteriore uso categoriale-introdotivo delle nuove teorizzazioni — come Stahl aveva in definitiva intuito, ben oltre la forma inesatta dell'espressione.

---

(102) Su Johannes CHRISTIANSEN (1809-1853) si veda per qualche breve accenno B. R. KERN, *Georges Beseler. Leben und Werk*, Berlin, 1982, pg. 515 ss. Sull'autore, aperto a suggestioni della tradizione radicale della Giovane Germania (cfr. G. F. PUCHTA, *Recensione* citata, pg. 499), abbiamo in preparazione uno studio specifico che si dovrebbe situare nel quadro di una ricerca su di un campo tuttora ampiamente inesplorato — basti pensare che non esiste a tutt'oggi un'analisi del *Cursus* puchtiano svolta in questa direzione — dei rapporti tra hegelismo, filosofia di Schelling e dogmatica storico-giuridica. Christiansen in una simile prospettiva appare particolarmente interessante come 'precursore' di Jhering in alcune delle sue idee guida.

(103) Cfr. L. von STEIN, *Rezension* a CHRISTIANSEN, *op. cit.*, in *Hallische Jahrbücher für deutsche Wissenschaft und Kunst* (1839), n. 201 ss., col. 1604.

(104) I. CHRISTIANSEN, *Wissenschaft*, cit., pg. 32 ss., 126, 293 ss., 311 ss.

3. Non è allora certo per mancanza di coerenza con quanto siamo venuti man mano chiarendoci — o addirittura perché si debba attendere la sua entrata nella sfera di influenza delle idee espresse da Savigny con il System<sup>(105)</sup> — che Puchta ancora nella prima edizione delle sue poi celebri *Pandekten* non richiama neppure la « dicotomia » diritto pubblico-diritto privato. Il silenzio, lungi dall'indebolire lo sforzo di purificazione sistematica nella direzione che abbiamo accennato, ci dà invece conto della ormai piena padronanza di essa e del raggiungimento della meta, un raggiungimento chiaritosi del resto nella sostanza già assai per tempo: « Ich habe diese Schrift einen Systematischen Versuch genannt, und das System ist mir auch so sehr die Hauptseite derselben, dass ich es nicht umgehen kann, über diesen Gegenstand einiges im allgemeinen zu bemerken .... Ein System des Rechts soll auch die historischen Verschiedenheiten in sich aufnehmen, *nur hat es wohl keinen Zweifel, dass die Systematische nicht fehlen darf, und dass ihr, wenn überhaupt eine Stelle, die erste zukommt. In dieser Berücksichtigung und Zugrundelegung der Systematischen Verschiedenheit der Rechte besteht der wesentliche Unterschied meines System von den bisherigen.* Ein anderer Unterschied, nämlich das Verhältniss des allgemeinen Theils zum besonderen, wodurch jener aufgehört hat, ein blosses Aussenwert zu seyn, ist nur eine *Folge des ersten* »<sup>(106)</sup>.

Il contenuto della diversità — « del diritto e appunto del nostro diritto privato », sono i diritti, dal momento che la « volontà generale sulla libertà giuridica » (*Allgemeiner Wille über die Rechtliche Freiheit*), ovvero il diritto obbiettivo, consiste appunto nel far sì che la volontà singola che diviene reale mediante l'assoggettamento di un oggetto, divenga giuridica; cioè nel rendere questa volontà diritto nel cosiddetto senso soggettivo<sup>(107)</sup>.

L'hegeliana libera volontà dell'idealismo che incarna la verità di tale realtà (§ 44), togliendo l'apparenza di autonomia che l'oggetto sembra possedere, non ammette quindi che si debba ancora far ri-

<sup>(105)</sup> Così però L. BJÖRNE, *Deutsche RechtsSysteme*, cit., pg. 11 e 91.

<sup>(106)</sup> G. F. PUCHTA, *Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen*, München, 1829, pgg. VI-VII.

<sup>(107)</sup> G. F. PUCHTA, *Zur welcher Classe von Rechten gehört der Besitz?* (d'ora in avanti *Besitz*), in *KS*, pg. 247.

ferimento alla classificazione intesa in un senso puramente tradizionale. Il sistematico ha in tesi una « doppia » attività da assolvere; un duplice compito che, laddove non si faccia proprio il punto di vista idealistico, apparirà come mera giustapposizione di due procedimenti eterogenei.

L'uno consiste nella classificazione, nell'individuazione, cioè, e nella concretizzazione di una norma di suddivisione, l'altro è la comprensione (*Erfassung*) delle parti così individuate nella loro connessione; arrivati a questo punto si presuppone però allora una transvalutazione, la parte cessa di essere considerata « *bloss als Theile* » per divenire un'articolazione di un tutto organico e vivente.

La tautologia per mezzo della quale Puchta introduce il passaggio ' successivo ', la dice lunga sulla forza con cui il sistema della filosofia dell'identità agiva nella modificazione dell'impianto sistematico; « si capisce da sé » <sup>(108)</sup> che queste attività non possono essere prese nella loro separatezza, all'incirca nel senso che la seconda si venga ad aggiungere *dal di fuori*, nell'attimo nel quale la prima abbia raggiunto il proprio scopo: « quell'attività è dunque in realtà unica, e, all'interno di essa entrambi quei due momenti esistono in sé come indivisi » <sup>(109)</sup>.

Così può essere agevolmente fondata la conclusione che in relazione ai diritti e alle loro diversità interessa da vicino Puchta; un Puchta per il quale non ha senso chiedersi « come i diritti medesimi si lascino classificare », ma soltanto prendere atto di « *come essi classifichino se stessi* » interrogandosi sul fondamento della *Verschiedenheit* <sup>(110)</sup>.

Che la successione dei concetti non debba venir qualificata come semplice schema logico-analitico di derivazione da definizioni, ma si trasfonda in una « Genealogie der Begriffe », nella quale ognuno di questi concetti è un essere vivente, non uno strumento inanimato che semplicemente trasmetta od ' inoltri ' quello che ha

<sup>(108)</sup> Ma vedi invece per una testimonianza in contrario la terminologia con la quale L. BJÖRNE, *op. cit.*, pg. 199, restituisce il senso del discorso di Puchta: « questi *due* sistemi (esterno ed interno) ... ».

<sup>(109)</sup> G. F. PUCHTA, *Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme* (1829), in *KS*, pg. 233 (d'ora in poi *Betrachtungen*).

<sup>(110)</sup> *Besitz*, pg. 247.

ricevuto dal di fuori, — quindi una individualità *che produce e viene al contempo prodotta* <sup>(111)</sup> —, implica che il Nostro, anche quando sembrerà utilizzare una terminologia puramente logica, si consentirà sempre la libertà di derivazioni che proprio dal punto di vista logico medesimo non si presentano affatto come conseguenziali. In altre parole significa che quella iniziale pretesa genealogica deve esser considerata non già — come spesso accade — in qualità di estemporaneo programma non realizzato, per lasciar poi il posto alla deduzione logico-formale (formalistica); ma, del tutto seriamente, come *interna* alla maggior parte delle costruzioni puchtiane, che vediamo così prendere l'avvio da una singolare congiunzione ontologica di teoria delle fonti, teoria della validità del diritto e dottrina del metodo <sup>(112)</sup>. Laddove ci si dovrà tener per detto che l'uso linguistico 'genealogia di concetti' non appare indifferente per intendere la peculiarità della concezione di logica avanzata dal nostro rispetto, per esempio, ad uno Schelling. La conseguenza di questa postulazione diviene subito evidente sul piano medesimo della strutturazione manualistica, che può partire — elevando ora l'una ora l'altra finalità a scopo principale e replicando così la diversità del tipo di lezione orale — dall'intenzione di rivolgersi al tutto e alla sua connessione, rimettendo mediante rinvii le più specifiche particolarità ad uno studio da svolgersi in separata sede; oppure, al contrario, dalla volontà di svolgere nel dettaglio singole parti, questioni specifiche, soprattutto quando non regni accordo sulla loro soluzione <sup>(113)</sup>.

Puchta sceglie decisamente la prima alternativa, all'interno della quale assume rilievo preponderante la risposta sul fondamento della diversità dei diritti; la « classificazione » si dovrà quindi evincere dalla constatazione che ogni diritto è una relazione della vo-

---

<sup>(111)</sup> I., Bd. 1, pgg. 101-102; cfr. anche le interessanti osservazioni di A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica*, cit., pg. 362 ss.

<sup>(112)</sup> M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 401; vedi anche B. UR-BASCHEK, *Empirische Rechtswissenschaft und Naturrecht. Der Beitrag Romeo Maurenbrechtrs zur Rechtslehre des 19. und 20. Jahrhunderts*, Meisenheim am Glan, 1966, pg. 25.

<sup>(113)</sup> G. F. PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1838<sup>1</sup>, Vorrede, pg. IV ss. Manuali di Pandette del secondo tipo erano rappresentati invece dai lavori di Vangerow e Mühlenbrüch.

lontà verso un oggetto e questa relazione si risolve a sua volta nella *Unterwerfung*, nell'assoggettamento di quell'oggetto. Il fondamento ricercato, la 'differenza fondamentale' dei diritti, è allora individuata nella diversità degli oggetti che costituisce « die *notwendige und logische Seite der Rechte* »<sup>(114)</sup>: oggetto del diritto è qui per Puchta — che vuole a tutti i costi evitare quella che lui stesso definisce come l'indistinzione concettuale sino ad allora dominante — « was vermöge dieses Rechts dem Willen unterworfen ist ».

Che in tal modo si sia conseguito un vantaggio, per così dire, meramente 'locale' — altrimenti detto, che Puchta persegua qui unicamente una ridefinizione tecnica della vecchie nozioni sistematiche, quali appunto quella dell'oggetto di diritto — appare già dubbio ove si osservi che una simile nuova definizione non sembra in grado di accantonare un problema centrale di coerenza *interna*, che non poteva sfuggire ad un giurista dotato dell'acuta sensibilità ricostruttiva che gli viene unanimemente riconosciuta.

Si deve affrontare cioè molto semplicemente la difficoltà che scaturisce dall'osservazione secondo la quale su di uno stesso oggetto si possono dare anche diritti diversi, cosicché ne vien messa in pericolo proprio l'univocità medesima del criterio, volto a derivare la natura del diritto dalla diversità del suo oggetto. Puchta è allora costretto a far intervenire nuovamente l'aggettivazione relativa alla 'duplicità' per definire la nozione di *Grunverschiedenheit* come in se stessa di un doppio tipo: dapprima emerge difatti la diversità dei diritti mediante la diversità degli oggetti; inoltre poiché in un secondo tempo l'oggetto in questione può divenire, considerato sotto diversi punti di vista, il fondamento di un diritto, così è altrettanto certo che questa nuova diversità suscita una diversità dei diritti *tale da dover essere a sua volta battezzata come differenza fondamentale*. In tal modo si ricava: 1) più specie di diritti secondo le specie degli oggetti; 2) più specie di diritti rispetto allo stesso oggetto. Logicamente è evidente che la questione è chiarita soltanto per la parte relativa all'affermazione tendente a sottolineare come la *Verschiedenheit der Rechte* assunta come fondamento deve avere per conseguenza una differenza dei diritti; ma non si è dimostrato in nessun modo se questa sia idonea anche ad essere l'unica fonte

(114) G. F. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1844<sup>2</sup>, pg. 64.

della *Rechtsverschiedenheit*, oppure se sussistano altre fonti che possano e debbano essere prese in considerazione in qualità di fonti concorrenti alla determinazione del sistema, in maniera tale che « alsdann gar keine einfaches Princip für dasselbe (das System) möglich wäre ».

Puchta medesimo si rende conto che la questione così impostata non consente via di uscita logica, se non al prezzo dell'abbandono del cammino intrapreso; il dubbio che viene insinuato va in ogni caso esorcizzato postulando solamente la prima differenza come differenza fondamentale: « Jede andere, nicht auf den Grund zurückzuführende Verschiedenheit *kann mithin in System mit jener nicht eodem loco gehalten werden, sie ist mit ihr im wahren Sinn nicht concurrirend* Indem sie daher *nur secundär* darin zur Sprache kommen kann, *so hat da System allerdings ein einfaches Princip in Jener Grundverschiedenheit und ihrer einzigen Quelle, den Gestanden der Rechte* »<sup>(115)</sup>.

Se a sciogliere questo nodo *prima facie* così involupato è tuttavia sufficiente lo spostamento dell'accento della determinazione dell'oggetto di un diritto verso una fissazione decisionale di quale diritto venga ' informato ' *solo secundariamente* tramite l'oggetto e di quale invece ne sia coinvolto a livello di « differenza sostanziale », comincia a farsi sempre più consistente il sospetto già prima avanzato, che non di una pura e semplice logica formale il sistema di Puchta abbia bisogno, ma che la sua tensione si scarichi lungo linee direttrici di tutt'altra portata e significato.

L'impressione, invece di smorzarsi, si accentua quando Puchta allaccia alle riflessioni che qui abbiamo cercato di rielaborare la sua teorica sistematica del rapporto tra oggetto e volontà giuridica: l'approccio dialettico — per quanto la parola sia oggi ' svalutata ', e non suoni bene all'orecchio del giurista, andrà notato che qui si tratta semplicemente di coordinare un'esperienza storica con le espressioni che la rendano internamente comprensibile, e non di proporre modelli o peggio di riproiettarli sul passato<sup>(116)</sup> — che sem-

<sup>(115)</sup> *Besitz*, pg. 248.

<sup>(116)</sup> Sul tema si veda particolarmente R. P. HORSTMANN, hrsg., *Seminar: Dialektik in der Philosophie Hegels*, Frankfurt am Main 1978, e specialmente H. F. FULDA, *Unzulängliche Bemerkungen zur Dialektik*,

brava proporsi per accenni nelle proposizioni già analizzate, emerge adesso con chiarezza sempre più marcata.

Questa chiarezza non può stupire se appena richiamiamo le nozioni hegeliane che Puchta utilizzava nell'Enciclopedia del 1822, e specialmente la serie « Wirklichwerden der Freiheit, Anerkennung-Sache », situata sotto la dicitura *Person* e l'immediata successiva centralità del concetto di « *Uebergang* von einer Generation auf die andere. » che legava in un'unica circolarità all'interno dell'ambito della proprietà l'efficacia della volontà sugli oggetti esterni e i trapassi dal possesso alla proprietà medesima<sup>(117)</sup>: quel concetto di trapasso che Puchta aveva rifiutato in quanto fosse riferito alla società civile si rivela invece decisivo per la sfera 'astratta'.

Ad avviso del nostro gli oggetti del diritto possono essere soltanto tre, o meglio, poiché la terza va intesa come designazione collettiva e conseguentemente si scioglie a sua volta nelle tre componenti, soltanto cinque oggetti in senso giuridico sono allora in grado di formare le cinque classi di diritto: « 1) Sachen 2) Handlungen 3) Personen, und zwar a) Personen ausser uns, b) Personen, welche *ausser uns existirt haben, aber in uns übergegangen sind* c) unsre eigne Person. Es findet in dieser Stellung der Gegenstanden *eine stetige geschichtliche Progression Statt, von dem äusserlichsten bis zum innerlichsten der rechtlich möglichen Gegenstanden der Willens*, da wir uns denken müssen, dass dem Willen zuerst das ausserlichste ins Bewusstseyn gekommen und Gegenstand geworden ist, und er erst von da an stufenweise zu den innerlicheren Gegenstanden (als bewussten) fortgeschritten ist »<sup>(118)</sup>.

Il continuo movimento verso l'alto, dall'esteriore astratto al sempre più cosciente esige che la presenza del momento della transizione dialettica, il momento nel quale cioè il movimento quasi si istituzionalizza all'interno della struttura più statica di cui la giurisprudenza 'sembrebbe' disporre — ovvero il sistema — fa sì che Puchta, per sua esplicita ammissione, non solo non arretri dinanzi all'utilizzazione della nozione 'collettiva' di Persone, che ap-

*ibid.*, pg. 33-69; nonché il vecchio saggio di W. SCHÖNFELD, *Über den Begriff einer dialektischen Jurisprudenz*, Greifswald, 1929.

<sup>(117)</sup> *E*<sup>1</sup>, pg. 6 §§ 7-8.

<sup>(118)</sup> *Besitz*, pg. 249-250.

punto in quanto tale doveva apparirgli troppo poco adeguata alla rigorosità strettamente logica; ma, tutt'al contrario se ne serva — precisando subito, però, di non considerare gli oggetti a) b) c) come delle sotto-categorie del System — proprio perché il movimento triadico che è esplicito nel concetto di Persona che è esistita fuori di noi quale transizione di a) e b), possa replicarsi per analogia, considerando le due serie come equivalenti: l'Uebergang nella prima serie sarà allora rappresentato dal 2). Come si sia potuto parlare dinnanzi a testi di questo genere di 'piramide concettuale' rimane per noi un interessante 'mistero storiografico'.

Resta piuttosto quella puchtiana una constatazione certo assai sorprendente nella sua sicurezza persino 'numerica', dopo che le risultanze che si erano appena raggiunte sembravano essere invece tutt'altro che immediatamente evidenti. Ognuno di questi diritti — poiché dialetticamente « bei jedem fortschreiten in den gegenwärtigen Moment auch der Künftige, als der künftige gesetz ist »<sup>(119)</sup> — conterrà allora « den Uebergang zu einen anderen in sich »<sup>(120)</sup>, e la serie rovesciata rappresenta la reale verità atemporale della progressione storica dall'astratto verso il sempre più concreto: il riferimento a se stessi presuppone infatti l'autocoscienza « diese seines selbst », che viene relazionata all'oggetto. Chi si appropria di qualcosa deve prima avere sviluppato « potentemente » questa consapevolezza » altrimenti non avrebbe potuto nemmeno attingere all'idea di assoggettare qualcosa all'Io: (« ' Ich unterwerfe Mir einen Gegenstand ' », può venir spiegato soltanto tramite la riflessione che il mio Io al quale assoggettato qualcosa è divenuto per me a sua volta oggetto (gegenständlich) anzi « ... mit andern Worten: dem Berechtigten muss Seine Personlichkeit gegenständlich geworden seyn ».

Tuttavia poiché di fronte ad un diritto che consista nell'assoggettamento di qualcosa di esterno, la personalità dell'avente diritto non si trova nella condizione di Oggetto, ma di Soggetto, il divenire oggettuale (*gegenständlichwerden*) della propria personalità non giace nell'intimo di questo stesso diritto, ma lo precede, è il suo presupposto. Tuttavia — soggiunge subito Puchta, fornendo, se possibile, altra esca a coloro che saranno portati a considerare il suo

<sup>(119)</sup> KS, pg. 145 e vedi W. SCHÖNFELD, *Puchta und Hegel*, cit., pg. 55.

<sup>(120)</sup> G. F. PUCHTA, *I.*, Bd. 2, pg. 369.

sistema « come una peculiare mescolanza di astrazioni filosofiche (*philosophische Astractionen*) e conoscenza giuridiche-storiche »<sup>(121)</sup> — non si può parlare di presupposto nel senso della pura causalità, di un impulso empiricamente ricorrente in ogni singola appropriazione; al contrario si tratta di qualcosa che si esprime nella forma di un diritto *particolare* e che trova la sua espressione nelle parole: « Ich bin Person, - worin also die eigene Person *sowohl das Subject als auch der Gegenstand ist*. An der Spitze aller Rechte steht daher

1) das Recht *an der eignen Person*, welches *kein anderes Recht zur Voraussetzung hat, das vielmehr seine Voraussetzung in sich selbst trägt*. Die Persönlichkeit ist hier zu einer *Macht* geworden. Wir nennen es das Recht der Persönlichkeit, es ist der Grund, auf dem alle anderen Rechte erbaut sind »<sup>(122)</sup>.

Sebbene il sistema così costituito sulla base delle cinque classi di diritti sembri facilmente riconducibile, salvo una eccezione, alle tradizionali partizioni — facendo combaciare alla prima categoria il *Sachenrecht*, alla seconda le obbligazioni, e alle lettere a) e b) della terza, rispettivamente, il diritto di famiglia e il diritto ereditario —, va anzitutto annotato che esso appare subito in grado di sottrarsi al pressante rimprovero di « *Kreuzenteilung* » più tardi contro quelle tradizionali partizioni elevato — sulle orme di Zitelmann, come sovente si ripete —; di partizione cioè basata su due diversi punti di vista incrociati tra loro senza far luogo a nessun tipo di logica connessione unitaria. Diritto delle cose e delle obbligazioni come richiamo alle partizioni gaiane in *res corporales e incorporales*, (mediato dalla dottrina ottocentesca del diritto soggettivo); diritto di famiglia e diritto ereditario costruiti invece sulla logica delle fattispecie, dei fatti giuridici (*Tatsachen*) e dei rapporti sociali. Non ci risulta tuttavia che sia stato notato a sufficienza come una tale critica venga appunto elevata da Zitelmann senza far cenno ad alcuna altra fonte; eppure questa fonte sussisteva e aveva già chiamato in causa il sistema gaiano al medesimo titolo e con un tipo

---

(121) A. W. v. SCHRÖTER, *Rezension* von G. F. PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, cit., pg. 297.

(122) G. F. PUCHTA, *I.*, Bd., 2, pg. 368.

di critica in termini largamente equivalenti: e proprio di Hegel si trattava <sup>(123)</sup>.

A bella posta questa maggiore 'coerenza' non costituiva quindi già agli occhi dei contemporanei <sup>(124)</sup>, una garanzia sufficiente rispetto agli ulteriori scopi 'iconoclasti' che Puchta intendeva perseguire. Quella che si profilava agli occhi dei contemporanei sotto le spoglie neutre della sistematica era allora una replica giuridica del « diritto astratto » hegeliano, che ci offriva tra l'altro una notevole conferma storica dell'intuizione Jheringhiana secondo la quale « consciamente o inconsciamente l'influsso di Hegel per la nuova giurisprudenza positiva » si sarebbe mostrato come « del tutto decisivo » <sup>(125)</sup>.

Il superamento della partizione 'ad incrocio', operato soprattutto per il tramite dell'introduzione della tripla categoria del diritto 'su di una persona' — non usiamo *sic et simpliciter* l'espressione diritti della personalità, astrattamente applicabile alla sua terza (prima in ordine di absolutezza) categorizzazione (*Rechte an der Eignen Person*), perché potrebbe a questo punto ingenerare equivoci con il significato moderno del termine —; inoltre mediante l'attacco alla nozione di parte generale (e di rapporto giuridico) implicito nella medesima sua proposizione, comportava infatti una serie di conseguenze che sono soltanto apparentemente riducibili senza ulteriore chiarificazione — come riconoscerà poco dopo lo stesso von Schröter — alla forma semplificata con la quale uno dei suoi primi manifesti avversari esprimeva la problematicità dell'approccio puchtiano: « *Die Frage ist: ob da System als ein System des Privatrechts oder der Privatrechte aufzufassen ist?* » <sup>(126)</sup>. Una problematicità che la necessità di collocare anche il nome di Savigny

<sup>(123)</sup> E. ZITELMANN, *Der Wert eines « allgemeinen Teils » des bürgerlichen Rechts*, in *Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche. Recht der Gegenwart*, Bd. 33 (1906), pg. 5 ss.

<sup>(124)</sup> C. F. F. SINTENIS, *Bemerkungen über Rechtssysteme, besonders die in der neuesten Zeit einander Entgegenstellten*, in *Zeitschrift für die Civilrecht und Prozess*, hrsg. von V. LINDE, L. MAREZOLL, A. W. von SCHRÖTER, Giessen, 1844, pg. 43.

<sup>(125)</sup> R. VON JHERING, *Geist des Römischen Recht auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III Abt., Leipzig 1865, pg. 308.

<sup>(126)</sup> A. W. von SCHRÖTER, *Recensione*, cit., pg. 293.

nel novero di quelli dei critici ed oppositori non fa che scolpire a tutto tondo.

Naturalmente sono il diritto sulla propria persona — e di seguito quello ‘ su altre persone ’ — a fungere un po’ da catalizzatori di questo attacco concentrico; né poteva essere diversamente dato che fin dall’epoca del saggio sul problema « A quale classe di diritti appartiene il possesso », Puchta aveva manifestato il suo pensiero sulla natura di questo « diritto » in termini troppo apertamente riecheggianti ben note impostazioni hegeliane, venendo a parlare persino di un’equivalenza tra le espressioni « una volontà che si vuole » e « egli vuole ‘ valere ’ (*gelten*) come volontà, egli vuole il ‘ riconoscimento ’ (*Anerkennung*) della sua libertà e della sua personalità » (127).

Proprio per la sua natura fondante di presupposto ‘ non casuale ’ della serie successiva dei *trapassi da un diritto all’altro*, esso finiva per acquistare un carattere assoluto, intransitivo e diventare così un « diritto senza rapporto » (128); veniva a rappresentare insomma — anche al di là delle critiche generali alla nozione di *Anschauung* come guida della costruzione sistematica, nonché della diffidenza di principio verso l’altro concetto di rapporto quale vedremo emergere nel corso della polemica con Stahl — un *Urrecht*, secondo la definizione medesima sintomaticamente adottata da Savigny, prima di respingerlo sulla base di un richiamo (negazione di un diritto al suicidio), abbastanza inadeguato all’autorità di quel medesimo Hegel, che doveva ad ogni buon conto sembrargli, in un simile contesto, autorità ‘ comune ’ ad entrambi (129).

Un ‘ diritto originario ’ atto a mostrare un soggetto giuridico nella sua relazione « auf sich selbst » ‘ riconosciuta ’ e protetta dal diritto. Ma la correttezza dei richiami ad Hegel stava in questo caso tutta dalla parte di Puchta: « man könnte sie daher allenfalls als Rechte an der eignen Person bezeichnen; sie entsprechen der Hegel’schen Definition der Person als eines Subjekt-Objekts, denn die Person erscheint hier in der That zugleich als Subjekt und Objekt. Die übrigen (Privat-) Rechte sind transitiver Natur, denn

(127) *Besitz*, pg. 255.

(128) *Betrachtungen*, pg. 239.

(129) Cfr. F. C. von SAVIGNY, *System*, cit., pg. 336-338.

sie greifen über den natürlichen (kreatürlichen) Lebenskreis der Person hinaus, zeigen dieselbe in ihrem Verhältniss zu Anderem und ziehen einen weiteren Kreis um die berechnigte Person. Es sind Verhältnisse zwischen Subjekt als an sich getrennten Realitäten, sie gewähren dem Subjekt eine Macht nach Aussen. Die Frage nach dem Objekt gewinnt hier eine besondere Wichtigkeit, denn es gibt sehr verschiedenartige Objekte um uns herum, und die Art des Objekts ist maassgebend für die Art des Rechts. Grundverschiedene Objekte verlangen eine verschiedene Art der Beherrschung, und demgemäss ist die Structur der Rechte an ihnen eine grundverschiedene. Das Objekt und sein Art ist eines der wichtigsten Momente für die juristische Construction<sup>(130)</sup>.

Tuttavia la concretizzazione giuridica del rapporto filosofico d'identità tra soggetto e oggetto doveva andare incontro al verdetto d'impossibilità tecnica<sup>(131)</sup>, anche per dar soddisfazione ad altri tipi di considerazioni sistematiche. Vale la pena di ricordare che è certamente vero che la definizione della categoria offerta dal nostro come 'compiuto potere sopra l'intera determinazione della persona', richiama da vicino quanto anche oggi si intende con l'espressione diritti della personalità: non va tuttavia dimenticato che all'interno della categoria emergevano il diritto del possesso e soprattutto la capacità giuridica elevata al rango di diritto; laddove certo il diritto della personalità trovava una sua concreta espressione come tutela dell'onore, della *Existimatio* della 'personalità ideale'<sup>(132)</sup>.

In una tale rappresentazione appariva d'altro canto quasi inevitabilmente insita un'esigenza di accogliere il diritto sul proprio corpo e sulla propria vita, che aveva appunto dato adito alla critica savignyana; nelle *Institutionen* Puchta era stato in grado di respingerla con qualche fondamento<sup>(133)</sup>, perché con la personalità non

---

(130) J. E. KUNTZE, *Die Obligationen in römischen und heutigen Recht und das jus extraordinarium der römischen kaiserzeit*, Leipzig, 1886, pg. 98.

(131) C. F. F. SINTENIS, *Bemerkungen*, cit., pg. 43.

(132) G. F. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1850<sup>5</sup>, pg. 180; cfr. D. LEUZE, *Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert*, Bielefeld, 1962, pg. 57-58.

(133) G. F. PUCHTA, *I.*, Bd. 1, pg. 89, nota b).

si doveva già pensare alla ' metà ' fisica dell'uomo; egli non aveva però potuto far fronte alla più generale accusa di identificare in questa classe di diritti il soggetto e l'oggetto.

Se infatti il diritto doveva presentarsi soltanto come un potere (*Macht*) il cui esercizio si fosse lasciato concretizzare mediante la coazione (*Zwang*), e solo nella misura in cui quest'ultima apparisse possibile, era altresì lecito far luogo all'attribuzione del carattere di diritto alla *Macht* sopra un oggetto<sup>(134)</sup>, allora quell'oggetto non viene ad essere costituito che appunto dalla personalità medesima o dalla ' determinazione della persona ': ma pensare nel campo del diritto all'esercizio di una coazione di tipo giuridico contro la propria persona rappresentava una *contradictio* logicamente insanabile, che smascherava l'astrattezza del concetto, incapace per parte sua di offrire qualcosa di « obiettivo » idoneo ad essere assoggettato al potere sopra se stessi, se non, forse, la persona di « qualunque » terzo che si rifiutasse al riconoscimento « eines Zustandes » ad essa connessa.

Ma il fondamento di tali critiche non tendeva affatto a smascherare a sua volta, a negare la possibilità e l'ammissibilità dell'esercizio di una *Herrschaft unseres Willen* sul sé originario, ovvero, nella terminologia puchtiana, sulla propria persona: la concezione veniva anzi espressamente riconosciuta persino come sostanzialmente corretta, a patto però di sottolineare che certamente la sua fondatezza « *liegt allein ausser den Grenzen des Privatrechts* »<sup>(135)</sup>.

In quanto essa venisse invece in questione per questo campo (nel concetto di capacità giuridica) — al di là della notazione che *Wille* e *Herrschaft* non potevano dirsi gli unici aspetti decisivi dato che anche soggetti in realtà privi di volontà non potevano sempre dirsi incapaci, ed altresì della non esclusiva dipendenza dell'onore da quest'ultima — una tale capacità giuridica doveva allora piuttosto dirsi presupposto ed elemento costitutivo di tutte le classi di diritti, senza poter essere *contrapposta a quelle come classe particolare*.

<sup>(134)</sup> G. F. PUCHTA, *I.*, Bd. 1, pg. 31 e 33.

<sup>(135)</sup> C. F. F. SINTENIS, *Bemerkungen*, cit., pg. 44.

Si voleva con ciò devitalizzare la principale novità di quel sistema rispetto all'impostazione di Hugo-Heise, ovvero l'acerba critica alla parte generale come sviluppo non scientifico, « premoderno » rispetto ad una differenziazione delle discipline del diritto, definitivamente condotta a termine: in una parola come zona residuale dalla portata indefinitamente ampia e suscettibile di contenere materie e proposizioni giuridiche che, se si fosse invece dovuto consequenzialmente separare *tutto* il diritto in pubblico e privato, si sarebbero rivelate compatibili soltanto con il primo ramo <sup>(136)</sup>.

Secondo il sistema Hugo-Heise, che modificava appunto la suddivisione tradizionale ai precedenti trattati di Pandette, la parte iniziale si apriva con la proprietà ed i diritti ad essa connessi, seguiti dalle obbligazioni, dal cosiddetto diritto di famiglia e finalmente dal diritto ereditario.

La dottrina della personalità restava pertanto in questa prospettiva confinata ancora nella parte generale ' pubblicistica '.

Puchta, *nell'assegnarla invece alla parte speciale*, aveva compiuto un passo decisivo affinché il Sistema prendesse il sopravvento sul semplice metodo della rappresentazione, dal momento che era così in grado di far iniziare la fondazione del diritto in senso soggettivo — del diritto privato — con la proposizione che ciascuno possiede la consapevolezza di essere ' persona ' e di dover riconoscere l'altrui personalità fuori di sé: « Das erste Recht also, die Grundbedingung aller übrigen ist somit das Recht der Persönlichkeit, im Privatrecht natürlich begrenzt durch die Gegenstände, in denen es sich äussern kann. Dieses Wesen des Rechtes der Persönlichkeit, das es eben Grundbedingung der übrigen Rechte ist, hebt aber *seine Eigenschaft als selbständiges und eigenthümliches nicht auf, kann also auch eine Loslösung von diesen und Verweisung desselben in jenen unglücklichen allgemeinen Theil nicht rechtfertigen* » <sup>(137)</sup>.

Lo spostamento del diritto alla propria persona, con la pretesa di elevarlo a diritto ' particolare ', veniva quindi in ultima analisi

---

<sup>(136)</sup> E. ZITELMANN, *Der Wert*, cit., pg. 3; A. DANZ, *Das Systematische in der Methode der beiden neuesten Pandectenlehrbücher von Mühlenschbruch und Puchta*, in *Hallische Jahrbücher für deutsche Wissenschaft und Kunst*, 1838, n. 170 ss., col. 1364.

<sup>(137)</sup> A. DANZ, *loc. cit.*, col. 1365.

ad incarnare agli occhi dei sostenitori della fondamentale unità dell'ordinamento giuridico come sistema giuridico obbiettivo un pericoloso tentativo di 'isolare' definitivamente il diritto privato: l'erroroneità della costruzione sistematica del nostro sarebbe allora ancora più chiara ed emergerebbe anzi in tutta la sua forza dirompente « *se non si consideri il diritto privato come a sé stante, ma invece soltanto come una parte dell'intero ordinamento giuridico che si divide a sua volta in diritto privato e pubblico* (..wenn man das Privatrecht *nicht isolirt* sondern als einen Theil der *gesammten*, in öffentliches und Privatrecht zerfallenden Rechtsordnung aufasst) <sup>(138)</sup>.

Non casuale è l'impiego sempre più deciso del concetto di rapporto giuridico nella critica alla soggettivazione del sistema privatistico portata avanti da Puchta; infatti allora e soltanto allora la partizione secondo i rapporti giuridici appare essenziale condizione della costruzione, quando cioè si venga a privilegiare la volontà di preservare l'*unità* dell'intero sistema giuridico: 'Die Gliederung nach den Verhältnissen erscheint *dann* als eine wesentliche Bedingung der *Einheit des ganzen Rechtssystem* » <sup>(139)</sup>.

L'affermazione è tanto più significativa se si pensa innanzitutto che essa cade in occasione della precisa 'ammissione' che l'idea del 'Sistema soggettivo' aveva potuto trarre il suo maggior alimento dalla Scheidung del diritto privato dal diritto pubblico, ma che ciò non ostante si dovesse attribuire invece altrettanto, se non maggiore peso al rilevamento della 'sofferenza' del sistema del diritto privato nella sua condizione di separatezza dal pubblico <sup>(140)</sup>; in secondo luogo, che questo tipo di analisi non faceva altro che riprendere le dichiarazioni di Stahl, culminate proprio nella cosciente connessione dei due procedimenti.

Infatti per opporsi alla visuale che intuiva nel contenuto del diritto semplicemente legge e diritti soggettivi, Stahl insisteva invece sui rapporti e Istituti giungendo ovviamente alla conclusione che il Sistema del diritto non poteva che essere rappresentato da un sistema di rapporti ed istituti giuridici, esplicitamente giocato

---

<sup>(138)</sup> A. W. von SCHRÖTER, *Recensione*, cit., pgg. 293-294.

<sup>(139)</sup> *Ibid.*

<sup>(140)</sup> *Ibid.*

contro il sistema dei diritti soggettivi; col che si veniva a sostenere la ininterrotta *continuità* del passaggio da rapporti concreti, di fatto esistenti, alla loro normazione giuridica, mediante la costituzione di un ' tutto inscindibile ', alla quale faceva da contraltare la tensione verso l'unità del diritto, rispecchiata ora dalla circostanza che la distanza tra pubblico e privato si doveva tradurre tendenzialmente in modo esclusivo a livello degli istituti giuridici.

La critica alla concezione da lui stesso denominata ' subbiettivo-razionalistica ' poteva quindi a pieno titolo coinvolgere anche Puchta, individuando anzi proprio nella sistematizzazione del diritto privato in contrapposizione al diritto pubblico, il difetto fondamentale dell'impostazione basata sui diritti soggettivi.

Secondo quest'ultima infatti il sistema si costituisce appunto attraverso una partizione e suddivisione dei diritti (*Eintheilung der Rechte*), mentre alla sistematizzazione del secondo si giunge per mezzo dell'analisi della suddivisione dei poteri (*Eintheilung der Gewalten*): nel primo caso il principio sistematico sarà allora puchtianamente rappresentato dall'oggetto dei diritti; nel caso del diritto pubblico invece il del tutto diverso fondamento viene fornito dalla forma dell'attività dei poteri (*die Form der Thätigkeit der Gewalt*)<sup>(141)</sup>.

Ciò che restava tagliato completamente fuori era il problema dell'unità e della conciliazione logica.

Sthal era comunque ben lungi dal collegare a queste riflessioni una valutazione storiografica del processo, com'era stato invece il caso per Gustav Hugo — non senza motivo partito dall'opposta unificazione dei rami del diritto sotto il concetto di « Theilung der Gewalten ». La sua tensione era diretta piuttosto nel senso di demitizzare la proposta puchtiana, squalificandola sotto il profilo ' giuridico ' ed elevando al contempo la posta di ciò che potesse così definirsi: « Das öffentliche und das Privatrecht sind auf verschiedenene Begriffe gebaut, und im Privatrechte selbst ist die Kategorie des Gegenstandes nicht durchführbar. So zum beispiel haben Eigenthum und Servituten den selben Gegenstand, die Sache,

---

(141) F. J. STAHL, *Rechts und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung, Erste Abteilung, enthaltend die Allgemeinen Lehren und das Privatrecht*, Heidelberg, 1854, pg. 296.

und unterscheiden sich nur durch ihren *Inhalt*, d.i. die an dem Gegestande zuständigen Handlungen..., *sodann entspricht dieses System nicht den Anforderungen eines juristischen Systems*. Denn *sein Princip der Scheidung*, das Recht im subjectiven Sinne oder auch Gegestand nach seiner Verschiedenheit, ist nicht das Princip, welches die juristischen Bestimmungen *bewirkt* » (142).

Stahl colpiva al cuore l'impostazione separatista di Puchta, cosa di cui ci si rende conto soprattutto se si fa capo alla fonte alla quale copertamente la celebre critica puchtiana dei precedenti sistemi, incluso quello gaiano, aveva potuto attingere lo spunto per una ricostruzione di tutto e solo il diritto privato sulla base dei diritti della personalità astratta.

L'indicazione dell'Hegel del 1820-21 suonava infatti inequivoca — anticipando altresì Zitelmann nell'individuazione dell'incrociarsi di principi diversi in un unico sistema esteriore —, per l'approfondimento della scissione tra i due rami del diritto: « La partizione del diritto in diritto delle persone, delle cose e diritto delle azioni, così come le molte altre partizioni consimili, ha anzitutto il fine di condurre ad un ordine esteriore, la molteplicità della presente inorganica materia. C'è specialmente in questa partizione, *il disordine di mescolare alla rinfusa diritti, i quali hanno per loro presupposto rapporti sostanziali, come famiglia e Stato, con diritti che si riferiscono alla semplice personalità astratta* » (143).

Nemmeno Puchta era infatti in grado — nonostante tutti gli sforzi in contrario — di sottrarsi alla logica del concetto, una volta introdottala nel Sistema giuridico; una logica che non per nulla appariva al giurista positivo semplicemente una logica perversa di corruzione del diritto storico: « ... und dass daher in so fern das eigenthümliche System *des besonderen Rechts* durch die Einmischung von Elementen *aus dem Allgemeinen Systeme* des Rechts *nur corrumpt* werden kann » (144).

E la corruzione — come avevano subito notato i suoi critici, l'amico ed editore Rudorff non escluso — portava ineluttabilmente il navigato giurista a raccogliere l'eredità dell'incauto giovane allievo

(142) *Ibid.* pg. 297.

(143) G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. di F. MESSINEO, Bari, 1974, pg. 62.

(144) A. W. von SCHRÖTER, *Recensione*, cit., pg. 298.

di Norimberga e delle sue successive letture filosofiche: la notazione di Hegel poteva proseguire in quel contesto con la messa in luce della « stortura e irrazionalità della partizione che è fondamento del diritto romano », ed il coinvolgimento operato dal Nostro dei rapporti di famiglia nel più generale Sistema sotto la forma di *Machterweiterung della persona medesima*, rendeva di fatto impossibile una distinzione di principio tra questi, i rapporti di obbligazione ed il settore coperto dal *Sachenrecht* <sup>(145)</sup>.

La nettezza della contrapposizione al diritto pubblico si traduceva pertanto in una troppo pericolosa indistinzione interna al terreno di caccia così isolato: si trattava di correre ai ripari. Con un'unica parola d'ordine; era il caso di tentare di 'ricostruire' l'unità dell'ordinamento facendo leva sul contrario esatto, almeno in apparenza, dell'astrazione: poiché il diritto deve essere ed è concretamente una *realtà*, così anche il suo sistema si deve fondare su *Tatsache*, e soltanto attraverso una simile impostazione si raggiunge la finalità di costruire tutto il sistema giuridico come ricavato da un unico 'stampo', calato fuori da un'unica gettata <sup>(146)</sup>.

La risposta di Puchta accetterà il confronto sul terreno della maggiore o minore giuridicità; il tentativo di fondare il sistema « auf das Factische der Verhältniss » e non sulla sua natura giuridica conduce soltanto ad una « confusione e distruzione dei concetti giuridici », e sarebbe difficile costruirvi sopra; specialmente nel campo del diritto privato: chi si abbandoni in questo settore astratto unicamente alle lusinghe « *jenen natürlichen Anschauungen von Besitz und Verkehr, Bedürfnisse und Trieben* » andrà a cadere « in un mare di cangianti rappresentazioni, concetti insicuri, considerazioni di stile camaleontico e sogni senza alcun confine predeterminato, lontani dalla vera giurisprudenza come il deserto di sabbia dell'antico diritto naturale » <sup>(147)</sup>.

Degno di rilievo è a questo proposito che Puchta incolpi, se non direttamente Schelling, tuttavia l'influsso da questi esercitato

---

<sup>(145)</sup> Vedi in G. F. PUCHTA, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, hrsg. aus dem Nachlass von A. RUDORFF, Bd. 1, Leipzig, 1862<sup>s</sup>, pg. (§ 46) la critica del medesimo Rudorff; cfr. anche C. F. F. SINTENIS, *Betrachtungen*, cit., pg. 53.

<sup>(146)</sup> A. DANZ, *loc. cit.*, col. 1363.

<sup>(147)</sup> PUCHTA, *Pandekten*<sup>1</sup>, cit., pg. VII.

su allievi troppo facilmente disposti a prenderlo alla leggera nella sua polemica contro i sistemi logici <sup>(148)</sup> — tra i quali veniva indubbiamente annoverato quello di Hegel —, che avrebbero condotto negli ambienti vicini a Stahl a gettare « die Logik ganz über Bord » e a stracciarsi le vesti ogni volta che si sentisse cenno « von Logischen Dinge, von Classification u. dgl. » <sup>(149)</sup>.

Ma la *Systemfrage* riguardava non solo la maggiore o minore inclinazione per la logica del concetto, ma anche un punto di vista che pescava direttamente nel profondo della politica del diritto — manifestando una volta di più l'operazione di costruzione del sistema giuridico dottrinale come tutt'altro che indifferente anche per le vicende della 'grande politica' —; la scelta tra un diritto visto « primariamente come libertà » e legittimazione dell'avente diritto « so dass das Recht im objektiven Sinne *nichts* ist als die Anerkennung dieser Freiheit oder der Rechte », ed un diritto considerato come *Ordnung*, che faccia valere la libertà soltanto come dato subordinato al tutto e alla completezza del suo contenuto; « dann ist unbestreitbar das System des Rechts ein Zusammenhang von Ordnung, d.i. von Rechtsinstituten » <sup>(150)</sup>.

Allora, soggiungeremo noi, potrà anche andare perduta la conseguenza riflessa della rimarcata dicotomizzazione del diritto quale Puchta l'auspicava, ovvero la sottolineatura assai più forte — rispetto a Savigny e agli altri autori della prima scuola storica — della posizione e del ruolo da assegnare alla *Obrigkeith* nei confronti del *Volk* nella produzione del diritto <sup>(151)</sup>.

4. Savigny per parte sua tentava di tenersi lontano dalle profondità un po' troppo dialetticamente oscure di un concetto di

<sup>(148)</sup> Cfr. F. W. J. SCHELLING, *Grundlegung der Positiven Philosophie, Münchner Vorlesung WS 1832/3 und SS 1833*, hrsg. H. FUHRMANS, Torino, 1972, pgg. 87-88.

<sup>(149)</sup> Puchta a Savigny, 4 agosto 1835 in J. BOHNERT, *Vierzehn Briefe Puchtas an Savigny*, Göttingen 1979, pg. 48.

<sup>(150)</sup> F. J. STAHL, *loc. ult. cit.*, pg. 289.

<sup>(151)</sup> Cfr. E. KAUFMANN, *Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts*, in Id., *Rechtsidee und Recht, Gesammelte Schriften*, Bd. III, pgg. 53-54.

diritto compreso dal suo inquieto ' compagno di strada ' come « die mit der Ungleichheit behaftete Gleichheit » <sup>(152)</sup>.

Anche la sua concezione generale, nonostante le parole già ricordate in chiusura del secondo capitolo, non proponeva certamente per la ' scissione ' ma semmai per un ampliamento della nozione in precedenza troppo privatisticamente ' concentrata ' di scienza giuridica, come sta a dimostrare anche il sintomatico contesto per così dire ' post-romanistico ' nel quale si fanno luce le sue non sempre così chiaramente esplicitate intenzioni: « *Status* in questo senso tecnico significa, secondo i giureconsulti romani la posizione, che l'individuo occupa in rapporto agli altri uomini. Ora, siccome ogni uomo vive in un doppio ordine di rapporti, di rapporti pubblici e di rapporti privati, così potrebbe benissimo distinguersi anche un duplice *Status*, *publicus* e *privatus*. Queste espressioni avrebbero impronta prettamente romana, e sembra che sia un *mero caso* se non si incontrano in questa precisa forma nei passi a noi conservati degli antichi giureconsulti. Infatti, e questo è l'essenziale, i concetti stessi sono familiari ai Romani, in essi sono compresi anche effettivamente i singoli casi dello *Status* (in senso tecnico), che ne costituiscono anzi tutto il contenuto. Solamente, là dove questi concetti sono menzionati in generale e raffrontati gli uni agli altri, non sono adoperate quelle precise parole... Premessi così questi concetti fondamentali, si tratta ora di ricercare i singoli rapporti, che possono ad essi riferirsi per logica applicazione.

Allo *Status* di diritto pubblico (*publicus*) si potrebbe riferire innanzi tutto la libertà e la cittadinanza, come condizioni fondamentali di ogni capacità di diritto pubblico; ma inoltre, a quanto sembra, anche molte altre qualità, così la posizione di magistrato, di senatore, di cavaliere, di giudice, ecc. Ma bisogna tener presente, che sono gli antichi giureconsulti che parlano di questa materia, e che naturalmente non ne parlano se non in quanto interessa la loro scienza. *La loro scienza è però soltanto il diritto privato e non punto tutto quello che noi moderni siamo soliti considerare come appar-*

---

<sup>(152)</sup> G. F. PUCHTA, *Cursus*, cit., I, pg. 36; sul problema cfr. anche W. SCHÖNFELD, *Puchta und Hegel*, cit., pg. 53, nonché A. SCHIAVONE, *Alle Origini*, cit., pg. 67 ss. e R. DE GIORGI, *Scienza del diritto e legittimazione*, Bari, 1979, pg. 43 ss., che prende in esame suggestioni di J. BOHNERT, *Puchta*, cit., pg. 157 ss.

*tenente alla scienza del diritto*. Quindi è che per essi valgono come (*publicus*) *Status* solamente quelle condizioni personali del diritto pubblico, che hanno una influenza sul diritto privato. Questo è appunto il caso della libertà e della cittadinanza, perché sono i presupposti della capacità di diritto privato; non è invece il caso di tutte le altre posizioni di diritto pubblico »<sup>(153)</sup>.

Sulla base di premesse di tal sorta e generalmente di una sua minor fermezza nel sottolineare l'astrazione del diritto dai concreti rapporti sociali — che vedremo più avanti emergere persino sotto le vesti di attenzione non episodica per le (certe) realtà economiche — Savigny si doveva trovare naturalmente collocato dalla parte di Stahl al momento dell'insorgere e del protrarsi della controversia; ce lo disvela in tutta chiarezza — anche a voler prescindere dalla sua specifica e troppo nota predilezione per i concetti di rapporto ed istituto<sup>(154)</sup> — anche un suo pressante invito (o piuttosto richiamo all'ordine) rivolto a Puchta nel senso di un riavvicinamento alle posizioni di Stahl, in modo da non lasciar perdurare una « differenza esteriore (sic) » oltre il lecito<sup>(155)</sup>.

Ma la vicinanza alle posizioni 'fattualistiche' di Stahl ci sembra essere documentata in misura particolare da una ripresa teorica dell'insistenza Stahlian sulla inscindibile unicità del lato fattuale e del lato giuridico del rapporto, ovverosia dell'importanza delle *Tatsache* nella produzione di effetti giuridici — fa scuola in tal senso la violenta critica rivolta da quest'ultimo a Puchta per aver escogi-

<sup>(153)</sup> F. C. von SAVIGNY, *System*, cit., trad. it., vol. II, pgg. 449-450.

Sul punto si può vedere R. ORESTANO, *Savigny 'pubblicista'*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1982, fasc. 1, pgg. 21-28, che riprende e amplia gli spunti già in G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato*, II, Torino, 1940, pgg. 198-199.

<sup>(154)</sup> Cfr. W. WILHELM, *Metodologia giuridica*, cit., pg. 48 ss.; M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 392 ss.; H. KIEFNER, *Das Rechtsverhältnis. Zu Savignys System des heutigen Römischen Rechts: Die Entstehungsgeschichte des § 52 über das « Wesen der Rechtsverhältnisse »*, in N. HORN (hrsg.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Bd. 1, Frankfurt am Main, 1982, pg. 149 ss., nonché da ultimo di nuovo con buone precisazioni L. BJÖRNE, *Rechtssysteme*, cit., pgg. 154-171.

<sup>(155)</sup> G. F. PUCHTA, 57. *Brief*, in J. BOHNERT, *Vierzehn Briefe*, cit., pg. 62.

tato un principio di partizione che non si dimostrava in condizione di 'causare' (bewirken) le determinazioni giuridiche.

Quella ripresa cui si accennava trova la sua solidificazione dogmatica in una delle dottrine destinate a segnare di sé i destini di tutta la vicenda della Pandettistica posteriore, avviluppandola in circuiti resi sempre più labirintici dalle analisi di fantomatiche *Rechtswirkungen*<sup>(156)</sup>: in una parola a salutare l'aurora di un'egemonia in seguito ampiamente incontrastata della logica 'insidiosa'<sup>(157)</sup> della coppia fattispecie-effetto.

Intendiamo alludere alla teoria savignyana delle « juristische Tatsache » dei fatti giuridici o fattispecie produttive di diritto (Tatbestände) — infatti sebbene Savigny non utilizzi ancora quest'espressione nella sua dottrina è dato riscontrare a grandi linee concretamente prefigurato lo svolgimento successivo<sup>(158)</sup>.

Ma così come Puchta avrebbe potuto trovare precedenti non molto lontani da lui nel fissare il concetto di diritti su di una persona, o il criterio dell'oggetto come base di quello della differenza dei diritti<sup>(159)</sup>, Savigny nel proporre la teoria dei fatti giuridici, in-

(156) Cfr. soprattutto F. von HIPPEL, *Zur Gesetzmässigkeit juristischer Systembildung*, Berlin, 1930, pg. 15 ss.; vedi anche R. GMÜR, *Rechtswirkungendenken in der Privatrechtsgeschichte. Theorie und Geschichte der Denkformen des Entstehens und Erlöschens von subjektiven Rechten und anderen Rechtsgebilden*, Bern, 1981, pg. 102 ss. e su quest'ultimo saggio D. B., D. S., H. Sch., *Hund tot!*, in *Rechtshistorisches Journal*, 2 (1983), hrsg. von D. SIMON, pg. 37 ss. Qualche utile spunto anche in A. FALZEA, *Voci di Teoria Generale del diritto*, Milano, 1985<sup>3</sup>, pg. 435 ss.

(157) Cfr. N. IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 7 (1978), pg. 397 ss.

(158) Cfr. A. MANIGK, *Tatsachen (juristische)*, in *Händwörterbuch der Rechtswissenschaft*, hrsg. von F. STIER-SÖMLO u. A. ELSTER, Bd. 5, Berlin-Leipzig, 1928, spec. pg. 848 ss.

(159) Cfr. soprattutto C. A. D. UNTERHOLZNER, *Ueber Classification der Privatrechte*, in ID., *Juristische Abhandlungen*, München, 1810, pgg. 93-198; spec. pg. 95 ss., 142. Per un più preciso parallelismo tra le due impostazioni contiamo di rimandare ad uno specifico saggio.

L. BJÖRNE, *Rechtssysteme*, cit., pg. 195-198, prende invero in considerazione questo autore ma, giusta la sua impostazione di restituire gli specifici sistemi propri ad ogni scrittore secondo uno schema che si potrebbe definire di catalogo 'biografico-sistematico' non tiene sovente conto delle affinità strutturali.

trudendola altresì nell'ambito della parte generale del System non sta affatto come isolato precursore: è, piuttosto, meritevole di menzione (nel senso ' stahliano ' cui appena si accennava), la circostanza che, come sembra confermato dal vaglio dei manoscritti delle lezioni<sup>(160)</sup>, non si danno occasioni prima del 1840 per una trattazione di questo peculiare contenuto, che sembra perciò da enumerare tra le innovazioni originali del sistema nella sua edizione a stampa.

Come andavamo segnalando Savigny poteva non a caso richiamarsi per questa costruzione alle dottrine razionalistiche: non però, in modo del tutto significativo, alla dottrina del giusnaturalismo innovatore di stampo kantiano, ma a quella facente capo all'intenso impegno sistematizzante d'impronta wolfiana.

La constatazione non è di scarso rilievo per valutare quello che si avvierà a divenire il vero e proprio fondamento, la ' testata d'angolo ' della ricerca dogmatica e sistematica del XIX secolo, una volta superato lo scoglio dell'arrischiata sistematizzazione puchtiana.

Per trovare infatti all'interno di una parte generale una dettagliata analisi, atta a culminare al termine del processo nel riconoscimento (o meglio nella postulazione) di una categoria più ampia di quella di *actus* o *Handlung*, bisogna risalire sino al *Nettelbaldt*: « *Cum hominis actio et factum inter se differant, ita ut, nec omnis hominis actio sit factum, hominis actio sit factum, nec omne factum sit hominis actio, et theoria generalis de facti magnum habeat usum, nunc de factis speciatim agendum. Antequam vero specialia de factis in se spectatis.... de differentia inter factum, id quod facti est et facere quaedam praemittenda sunt* »<sup>(161)</sup>.

Sotto la rubrica intitolata ' *de facto in se spectato* ', *Nettelbladt*, in ossequio all'oramai a noi ben noto piacere per la classificazione giunge anzi a distinguere tra *ipsum factum* e *facti circumstantiae*, e, di nuovo digradando sino a pervenire alla distinzione tra *factum commune, proprium, alienum, hominis, vel non, licitum, illicitum* giunge finalmente agli atti umani e all'analisi delle *mentis*

<sup>(160)</sup> Così H. HAMMEN, *Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, 1983, pg. 74, nota 29.

<sup>(161)</sup> D. NETTELBLADT, *Nova Introductio in Iurisprudentiam positivam Germanorum communem*, Halae Magdeburgicae, 1772, pg. 227.

*declarationes vel non* come sottospecie dei fatti umani rilevanti per il diritto <sup>(162)</sup>.

Il merito di aver però preso in esame i fatti (giuridici), non già generatim — dal momento che le persone e le cose possono essere tanto oggetti quanto soggetti, « et hac occasione simul de factis generalia quaedam tradenda » <sup>(163)</sup>, proprio perché la distinzione degli oggetti giuridici proposta secondo lo schema gaiano non pare del tutto adeguata — ma invece in quanto « *causa iurium et obligationum* », sempre all'interno della pars generalis, spetta se non andiamo errati <sup>(164)</sup>, ad uno dei predecessori di Gustav Hugo sulla scena civilistica dell'università di Gottinga: quel Georg Ludwig Boehmer che abbiamo altra volta avuto occasione di ricordare <sup>(165)</sup>.

Con una simile ed anzi ancor maggiore generalità la teoria sarà sviluppata poi ancora da un altro gottinghese, e precisamente dal Seidensticker, autore del resto ben noto a Savigny <sup>(166)</sup>, facendola assurgere a livello di una 'iuristische Umstandlehre' in collegamento « mit Umständen der Absicht, des Orts, der Zeit <sup>(167)</sup>.

Agli inizi dell'Ottocento una simile dottrina non poteva vivere certo uno dei suoi momenti migliori, che anzi il suo inserimento nella parte generale nei manuali di Pandette della 'scuola pratica'

<sup>(162)</sup> *Ibid.*, pgg. 232-236.

<sup>(163)</sup> *Ibid.*, pg. 215.

<sup>(164)</sup> Non sussistono specifiche ricerche sull'argomento. Gli accenni di H. HAMMENN, *Die Bedeutung*, cit., pg. 69 partono non a caso dall'ipotesi, come stiamo vedendo non proprio del tutto fondata, che « Dem vor dem 'System' erschienenen Schrifttum waren die Begriffe 'juristische Tatsache' und Tatbestand als auf die Entstehung, Änderung oder Beendigung rechtlicher Verhältnisse bezogene Allgemeinbegriffe im Allgemeinen Teil des gemeinen Rechts fremd ». Utili indicazioni vengono tuttavia fornite comunque in conformità al suo assunto che spunti per una simile dottrina si possano rinvenire solo sul finire del XVIII secolo, e anche se non sempre esattissime nei riscontri.

<sup>(165)</sup> G. L. BOEHMER, *Systematis iuris civilis Fragmenta, opus posthumum edidit G. I. Meister*, Gottingae, 1799, pg. 50 ss.

<sup>(166)</sup> Cfr. F. C. von SAVIGNY, *Recension von J. A. L. Seidensticker's Entwurfs eines Systems des Pandektenrechts zu Vorlesungen*, in *Id.*, *Vermischte Schriften*, Bd. 5, Berlin, 1850, pgg. 49-56.

<sup>(167)</sup> J. A. L. SEIDENSTICKER, *Entwurf systematischer Pandecten zu Vorlesungen*, Göttingen, 1791, pg. 3 e pgg. 16-17.

dei vari Thibaut, Seuffert o Schweppe aveva assunto una caratteristica connotazione di problematicità, meramente marginale: quando non si addiveniva addirittura ad escluderla definitivamente laddove, sull'esempio del Thibaut, ci si limitasse ad affermare che diritti ed obblighi potessero sì diventare reali attraverso qualcosa di esistente al di fuori della legge — ovvero nella maggior parte dei casi tramite *Willenshandlungen* —, salva comunque la facoltà della legge di 'collegare' l'esistenza di un diritto anche ad altre *Tatumstände* (o, secondo la terminologia di Seuffert, a *rechtserzeugende Tatsache*), che comunque andranno tuttavia espressamente prese in esame soltanto nella parte speciale<sup>(168)</sup>.

Il regresso della nozione può forse essere spiegato con l'abbandono in quel tipo di manuali di diritto comune appena ricordati, di un punto di vista consapevolmente teso alla scientificizzazione del diritto: la funzione che compete alla teoria del fatto giuridico nella dottrina savignyana fa invece integralmente parte di quel progetto di cui Stahl non aveva avuto timore di mettere in luce le valenze di autodifesa dell'ordinamento contro una pretesa di centralità logica del soggetto di diritti.

La sistematizzazione di Puchta — fondata com'era sulla sua personale reinterpretazione della filosofia hegeliana — ricordava troppo da vicino le sistematiche razionalistiche innovative, nelle quali non mancava un più alto principio (*Obersatz*) di carattere appunto razionale, che poteva presentarsi quasi come la spina dorsale del sistema<sup>(169)</sup>.

Questo principio, nel momento stesso in cui si cominciava a criticare la sovrapposizione di un sistema generale sul diritto storico, si trova poco a poco collocato in una posizione sempre più delicata, sino ad un quasi definitivo tramonto; la soluzione per mantenere tuttavia intatta la pretesa di scientificità, una volta che si fosse eliminata la non perfetta coincidenza di diritto filosofico e diritto positivo che ancora costituiva il punto di partenza puchtiano — ed altresì in parallela assenza di un forte rilievo assegnato alla *Obrigkeith* — non poteva che trovare il suo sfogo nell'accogli-

(168) A. F. J. THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*, Jena, 1818<sup>5</sup>, Bd. 1, pgg. 104-105.

(169) F. von HIPPEL, *Gesetzmaßigkeit*, cit., pg. 24.

mento di un punto di vista quasi naturalistico (nel senso dell'equivalenza dei procedimenti giuridici con quelli della scienza naturale e talvolta della filosofia della natura) assumendo e trasvalutando le *Rechtssätze einfach als naturhaft gegebenes* <sup>(170)</sup>.

Ci si attende così che anche il diritto, analogamente alla natura, sia in condizioni di attribuire a determinati fatti una specifica 'qualità giuridica' ed in conseguenza di ciò di connettere all'emergere di questa 'pseudo'-qualità un certo effetto giuridico (*Rechtswirkung*). L'ideologia della predominanza dei rapporti giuridici e dell'effetto giuridico rispetto alla funzione della personalità astratta — o del soggetto altrimenti inteso —, particolarmente accentuato in un periodo in cui l'assenza o la scarsa valutazione dell'attività del legislatore assumono un ruolo predominante, funge oltre che da strumento confirmatorio della scientificità della giurisprudenza, anche da comodo ed utile mezzo di accantonamento del problema delle lacune, mediante un accorto gioco di valutazioni rispetto alla contemporanea dipendenza dell'effetto dall'essere (ancora) presente della sua causa e viceversa, della indipendenza dettata dal suo stesso sviluppo; un'indipendenza quindi altrettanto suscettibile di essere a sua volta assolutizzata.

Con passi 'felpati' la connessione della scienza giuridica con questo tipo di trasvalutazione ontologico-idealistico — ma stavolta depauperata appunto di un reale principio unificatore — della tradizione dogmatica tardo-settecentesca <sup>(171)</sup> inizia a farsi avanti proprio nelle pagine savignyane, laddove il bisogno del diritto 'comune' di fondare il sistema chiuso emerge chiaramente sotto forma di « pensiero per effetti »: « Già in addietro osservammo, che la nostra scienza non ha altro oggetto che i diritti acquisiti. Ciò vuol dire, che i rapporti giuridici, dei quali noi ci accingiamo a ricercare l'essenza, non hanno loro base nella natura umana come tale, ma sono da considerarsi come aggiunte, che ad essa vengono dal di fuori. Solamente la possibilità ed il bisogno di tali rapporti giuridici, ossia solo il germe di essi, si trova ugualmente nella natura

<sup>(170)</sup> *Ibid.*, pg. 25 ss.; cfr. anche *infra* sull'atteggiamento savignyano, le considerazioni al § 2 del capitolo quarto.

<sup>(171)</sup> Molti degli 'errori' che H. HAMMEN, *Die Bedeutung*, cit., cit., pg. 75 ss. imputa a Savigny paiono essere in realtà sedimenti di questa tradizione.

di ogni uomo, costituendo così una intrinseca necessità; lo sviluppo di questo germe è cosa particolare e contingente, e rivela questa sua natura nella tanto varia misura, che si riscontra nei diritti appartenenti a ciascun individuo ....

...Io do agli *avvenimenti*, per i quali si produce la nascita e la estinzione dei rapporti di diritto, il nome di *fatti giuridici*. Tutti i fatti giuridici pertanto hanno tra di loro questo di comune, che *per essi* si opera nel tempo un cambiamento dei rapporti giuridici di determinate persone.

... I fatti giuridici possono consistere:

A. In *atti volontari* dell'interessato ossia della persona, alla quale si riferisce l'acquisto o la perdita, di cui si tratta.

B. In circostanze casuali, tra le quali sono da annoverarsi anche gli atti di persone diverse dalla interessata, come pure le omissioni... » <sup>(172)</sup>.

Si replicava così, certo ad un livello più elevato, la medesima preoccupazione di determinare la fattispecie in contrapposizione con la 'norma', che giaceva al fondo della problematica wolfiana del negozio giuridico e della collocazione della teoria del fatto nella parte generale, aprendo così tra l'altro la strada al trionfo della teoria della causalità giuridica <sup>(173)</sup>; una marcia agevolata inizialmente anche dalla credenza che per la nascita, il mutamento e la estinzione dei rapporti giuridici fosse sufficiente sempre e soltanto un singolo 'avvenimento', quindi che un singolo fatto fosse capace di far nascere diritto tramite se stesso, ed altresì dalla appunto non ancora chiara distinzione tra fatti e fatti giuridici <sup>(174)</sup>.

Aprendo insomma la via al definitivo superamento di quel sistema che ebbe sia pur per una brevissima stagione l'occasione storica di poggiare le sue fondamenta sulla filosofia idealistica della libertà <sup>(175)</sup>.

<sup>(172)</sup> F. C. von SAVIGNY, *System*, cit., Bd. 3, pg. 3 ss.

<sup>(173)</sup> Si veda specialmente A. CATADELLA, voce *Fattispecie*, in *Enciclopedia del diritto*, Bd. XVI, Milano, 1967, pg. 929 ss.

<sup>(174)</sup> Cfr. H. HAMMEN, *Die Bedeutung*, cit., pg. 73 ss.

<sup>(175)</sup> *Contra* F. WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, in *Id.*,

La tensione metafisico-ideale della disputa sul 'luogo sistematico' razionale del possesso come divenire reale della libertà della personalità o come dialettica dell'Uebergang tra persona e proprietà (*Anfangendes Eigentum*), si trasforma allora nella non resistenza all'irrazionale del reale, quale sarà esemplarmente testimoniata dalle acrobazie logiche del manuale di Windscheid-Kip al volgere finale di quella stessa vicenda: « Il possesso non è possibile per quelle persone che sono sprovviste della capacità patrimoniale; se anche costoro potessero essere possessori in concreto, ciò nonostante essi non vengono riconosciuti dal diritto come tali ... al contrario il possesso non è impossibile per quelle persone che sono sprovviste della fisica capacità di volere, come bambini, furiosi, le persone giuridiche; se anch'esse non potessero essere realmente possessori, ciò nonostante essi vengono riconosciuti come tali dal diritto »<sup>(176)</sup>.

L'aurora del sistema della fattispecie rappresenta al medesimo istante il crepuscolo del sistema dell'idealismo della *Freiheitsphilosophie*. Se qualche nottola di Minerva purtuttavia vi si aggirasse è quanto ci resta ancora da stabilire.

---

*Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt am Main, pg. 12; nonché H. COING, *Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem*, in *Id.*, *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht: 1947-1975*, Frankfurt am Main, Bd. 1, 1982, hrsg. von D. SIMON, pgg. 301-302, nota 9, che cerca di reinterpretare nella sua ottica il testo di Hippel anche da noi utilizzato: che tuttavia « das wollte wohl auch (!) von Hippel nicht (sagen) » (pg. 302), ci pare alla lettura ipotesi da non sottoscrivere.

<sup>(176)</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, cit., § 152, pgg. 755-756; cfr. F. von HIPPEL, *Gesetzmässigkeit*, cit., pg. 29.

## CAPITOLO QUARTO

### VERSO LA TEORIA GENERALE

1. I destini di una nota redazionale. — 2. La ‘differenza’ savignyana, ovvero brevi glosse su sistema, scienza naturale ed economia politica. — 3. Parte generale e giurisprudenza analitica: un ‘segreto’ di Laband. — 4. *Allgemeine Rechtslehre*: tra sistema ed integrazione enciclopedica.

1. Se volessimo ridurre ad una formula compendiosa il cammino sin qui seguito, potremmo giungere alla conclusione che con la (e all’interno della) scienza giuridica pandettistica si consuma anche per il settore tecnico-giuridico quel trapasso da una attenzione prevalente ai processi di autodifferenziazione funzionale delle scienze rispetto ad un ambiente ‘non scientifico’ — quindi al problema ‘esterno’ della molteplicità interdisciplinare, con la necessità ad essa connessa di una *actio finium regundorum*, che implicasse però al contempo una relazione ‘collaborativa’ tra le diverse scienze medesime (atteggiamento enciclopedico, condizione subordinata della dogmatica, predominanza del sistema ‘prospettivo’, apertura sulla dimensione temporale del futuro) — verso una sempre più accentuata concentrazione sul tema della differenziazione *interna* (scientificizzazione anche della dogmatica, sistema a referenza binaria)<sup>(1)</sup>: una Innedifferenzierung della singola disciplina (giuridica) che vie-

---

(1) Per ogni ulteriore chiarimento sotto il profilo della Wissenschaftstheorie si rimanda ancora alla illustrazione condotta più ampiamente alla appendice I, nonché, ovviamente, a quanto già esposto sopra al capitolo primo (pg. 70 ss.), oltre alle considerazioni contenute in *Systema iuris I*, pg. 351 ss.

Utili, e suscettibili di una generalizzazione più ampia, ci sono sembrate anche le precisazioni di S. KÜCHENHOFF, *Möglichkeiten und Grenzen begrifflicher Klarheit*, Berlin, 1967, vol. I, pg. 14 ss., nonché Bd. I/2, pg. 704 ss.

ne ad assumere ormai un ruolo a tal punto assorbente, da implicare nel mutamento non solamente la struttura interna del sistema, ma persino (e molto più) un radicale rivolgimento della stessa ' situazione ambientale ' dell'intero sistema delle scienze.

Ciò che dovrà costituire in questa prospettiva lo « specifico nervo giuridico della nostra scienza » non potrà allora necessariamente che essere la « costruzione dogmatica », strutturata in ultima analisi appunto sulla coppia fatto (giuridico)-effetto: « Wir unterscheiden zweierlei: den Thatbestand, d.h. das Leben, welches uns umgibt, einerseits, und die Rechtswirkung dieses Thatbestandes andererseits. Das Leben bietet ein scheinbar unfassbares, unbeherrschbares, *wogendes Meer wechselnder Thatbestände*, Die Rechtswissenschaft beherrscht diese Mannigfaltigkeit dadurch, dass sie *die concreten Thatbestände in ihre Elemente zerlegt, in die Bestandtheile, welche in allen Thatbeständen wiederkehren...* In der ganzen anscheinend unübersehbaren Menge concreter Thatbestände *kehren gleichfalls bestimmte, wenig zahlreiche abstracte Elemente wieder. Diese Elemente gilt es zu entdecken, das ihnen zukommende Recht klar zu stellen* » (2).

Ai più accreditati tra i giuristi contemporanei, o agli immediatamente successivi spettatori, non sfuggiva però — come sfuggirà invece largamente alla più tarda storiografia, attardatasi in controversie sul presunto formalismo ' puramente logico ' della pandettistica — che con questo rivolgimento si abbandonava la matrice del rinnovamento scientifico auspicato da un Gustav Hugo, rinnovamento quest'ultimo ingenerato, stando alle medesime espressioni di Puchta, non altro che da una conoscenza della letteratura ' generale ' francese ed inglese. E lo si abbandonava in forza della caratterizzazione idealistica assunta dalla scienza giuridica (3), in

---

(2) Così R. SOHM, *Von der Deutschen Rechtswissenschaft. Rede gehalten beim Antritt des Rectorats*, Strassburg, s.d., pg. 36. Come ci informa E. LANDSBERG, *Geschichte*, cit., Abt. 3, Halbbd. 2 Noten, pg. 382, nota 4, Rudolph Sohm, allievo di Vangerow e Bruns, ma soprattutto influenzato da Wetzell e Böhlau, agì a Strasburgo dal 1872 al 1887, data della sua chiamata a Leipzig. Non più che un accenno alla sua attività di pandettista adesso in E. PÓLAY, *Ursprung, Entwicklung und Untergang der Pandektistik*, cit., pg. 95.

(3) R. SOHM, *loc. cit.*, pg. 42. Un esempio eclatante in tale direzione

parte, come abbiamo potuto osservare, persino sotto la poco resistibile pressione della Naturphilosophie e della filosofia dell'identità hegeliana-schellinghiana.

---

ci è fornito dal mutamento concettuale relativo alla nozione medesima di Enciclopedia giuridica e alla sua partizione in esterna ed interna.

Come si ricorderà si intendeva con la prima una enciclopedia che si limitasse a mostrare il nesso esterno, formale tra i vari rami del diritto e le scienze ad essi connesse, mentre nel secondo caso se ne doveva giungere ad indicare anche il contenuto 'materiale' fondamentale.

Già nel 1811 Hugo pur tenendo ferma la partizione dicotomica, si trovava costretto a difenderla polemicamente, con l'affermazione che una enciclopedia interna non poteva essere certo ritenuta paragonabile ad espressioni del tipo 'periferia interna' (cfr. *supra*, pg. 200, nota 36). Stando a quanto ci pare probabile, in assenza di ogni più precisa indicazione da parte di Hugo, la polemica era implicitamente diretta contro le tesi sostenute l'anno precedente da C. F. WENCK, *Lehrbuch der Encyclopädie*, cit., che aveva acclarato l'impossibilità di un concetto 'scisso' di enciclopedia, affermandone la necessaria unitarietà. Wenck faceva in realtà capo ad una visuale forse temporalmente più 'arcaica' di quella fatta propria dal gottinghesi: « Also nicht das weiltläufige System eines wissenschaftlichen Ganzen ist die Encyclopädie, sondern ein pragmatischer Unterricht über das Hauptprincip (das Centrum), die Gränzen (die Peripherie), und die einzelnen Haupt- und Nebenzweige (die Radien) eines wissenschaftlichen Ganzen » (*ibid.*, pg. 5; sottolineatura nell'originale). Tuttavia, pur inclinando ad una visione « più esterna che interna », Wenck aveva già ben colto il punto focale sul quale avrebbe in seguito insistito, rovesciando la sua soluzione, la scienza giuridica di stampo idealistico: « es lässt nur Eine Encyclopädie denken » (*ivi*, § 18, pg. 18).

Così per due autori per i quali corrente è il richiamo alle impostazioni hegeliano-schellinghiane, si rivelerà dato ormai non più controvertibile quello relativo all'unità dell'Enciclopedia come sintomo dello stadio più elevato raggiunto dalla scienza; e si tratterà ovviamente di un'unica enciclopedia interna (cfr. A. FRIEDLÄNDER, *Juristische Encyclopädie oder System der Rechtswissenschaft*, cit., 2. Abschn., *Organismus der Wissenschaft*, pgg. 42-54; F. WALTER, *Juristische Encyclopädie*, Bonn, 1856, pg. 6 e nota 2).

Varrà la pena ricordare qui che proprio con riferimento specifico a questi due testi — o, con maggiore verosimiglianza, al solo lavoro del Walter, utilizzato anche per i rinvii all'opera precedente — Filomusi Guelfi potrà giungere alle formulazioni contenute inizialmente nella sua prolusione napoletana *Del concetto della Enciclopedia del diritto* (*ivi*, 1876), e poi dispiagate nell'*Enciclopedia giuridica*: « L'Enciclopedia è essenzialmente organica; essa dee riprodurre il nesso interno tra i vari rami del diritto, mo-

Il declino ed insieme l'inveramento di un'impostazione siffatta potè non a caso essere auspicato in una misura pericolosamente corrosiva — perché apparentemente capace di utilizzare nella critica del sistema il medesimo linguaggio, le stesse caratterizzazioni nelle quali la pandettistica si era da tempo 'pigramente' adagiata — soltanto a partire dalla creazione di una nuova ed autonoma disciplina giuridica: la teoria generale del diritto.

Per una più corretta comprensione di questo che potrebbe a tutta prima suonare piuttosto come un paradossale postulato, andrà subito soggiunto che se anche essa in qualche misura si rivelò in grado di spargere i suoi 'veleni', ciò non accadde certo senza contrasto; ed anzi quella condizione cui abbiamo appena accennato, che poteva storicamente sembrare — e così di fatto ci appare — la sua condizione di privilegio rispetto a discipline fors'anco di maggiore interesse, ma allora incapaci di suscitare tra i giuristi-tecnici un reale apprezzamento sotto il profilo della 'serietà' — oltre alla storia universale del diritto di stampo gansiano<sup>(4)</sup>, capace di addi-

strandone il contenuto fondamentale. L'Enciclopedia in conclusione è una scienza che esercita la sua funzione nel campo del diritto positivo. Essa dunque non è la nuda rappresentazione dell'idea del diritto (il campo delle supreme ragioni appartiene alla filosofia del diritto); ma in sé raccoglie l'organismo del diritto storico» (*ed. cit.*, pgg. 161-162).

Schelling in Italia — verrebbe allora quasi fatto paradossalmente di 'sentenziare' —; ovvero di come il ricordato lavoro sui rapporti tra filosofia schellinghiana e giurisprudenza (del quale appunto abbiamo avuto modo di lamentare la mancanza persino in terra di Germania, ripromettendoci in qualche modo di porvi rimedio) si potrebbe e dovrebbe rivelare utile anche per lo storico della nostra vicenda giurisprudenziale otto-novecentesca, evidentemente assai meno ingenua o semplicistica nelle sue 'recezioni' di quanto vorrebbe farci ritenere certa storiografia corrente.

(<sup>4</sup>) Si veda ancora nel 1867 la valutazione di un « mancato stabile riconoscimento » in M. A. von BETHMANN-HOLLWEG, *Erinnerung and Friedrich Carl von Savigny als Rechtslehrer, Staatsmann und Christ*, Weimar, 1867, pg. 37, nota 4. Va tuttavia rilevato che in quel medesimo torno d'anni era dato altresì di assistere ad una ripresa in grande stile dell'approccio gansiano, seppur adesso in settori sin ad allora considerati in qualche misura scientificamente 'periferici'; cfr. ad es. L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts, Bd. 1, Geschichtlich-Literarische Einleitung und die Grundlehren. Erste Abtheilung: Universalgeschichte des Handelsrechts. Erste Lieferung*; Stuttgart, 1891<sup>3</sup>, spec. pg. 4 ss. e 19 ss.

tare la questione della praticabilità medesima di un Welt(privat) recht<sup>(5)</sup>, basterebbe far cenno ai non troppo fortunati tentativi del Post di dar vita ad una giurisprudenza comparativo-etnologica<sup>(6)</sup> —, si ritradurrà in una quasi inattesa 'marginalità' reale, alla quale sarà costretta la moderna *Allgemeine Rechtslehre*: marginalità assai poco confacente alle rassicuranti premesse di cui si discorreva.

Il punto focale si collocava non a caso molto più in profondità: per esprimerci in modo assolutamente scarnificato, come certo meglio si conviene a queste conclusive osservazioni, che per loro stessa natura non aspirano a proporsi come esaustive, esso coinvolgeva in altri termini la questione medesima di un'inversione di tendenza la quale, tenendo ovviamente conto delle mutate circostanze storiche, riportasse in una posizione subalterna il processo intrasistemico di autodifferenziazione, per riproporre in tutta la sua dignità il vecchio tema 'enciclopedistico' degli interscambi tra discipline.

Assai poco metaforicamente il fuoco covava sotto la cenere ed il conflitto delle mentalità doveva inevitabilmente scoppiare in tutta la via virulenza in un 'caso' che non esitiamo a definire paradigmatico.

La sede dello 'scontro' appare già di per sé rilevante. Si tratta infatti della *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, prosecuzione di altre due gloriose testate, e all'epoca (1877) saldamente nelle mani di alcuni dei più bei nomi della pandettistica ufficiali, dei vari Arndts e Brinz, ai quali potevano affiancarsi ancora giuristi della levatura di un Bluntschli o di un Pözl<sup>(7)</sup>: va altresì rilevato che la pur articolatissima conformazione

(5) Cfr. E. ZITELMANN, *Die Möglichkeit eines Weltrechts. Unveränderter Abdruck der 1888 erschienenen Abhandlung mit einem Nachwort*, München und Leipzig, 1916, pg. 34 ss. (1888), nonché pgg. 42-43 (1916).

(6) Su Adalbert Hermann Post cfr. E. LANDSBERG, *Geschichte*, cit., Abt. 3 Halbbd. 2, *Noten*, pgg. 313-314, nonché F. BEROLZHEIMER, *System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Bd. 2, *Die Kulturstufen der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Neudruck der Ausgabe 1905, Aalen, 1963, pg. 406 ss. Degno di nota appare l'interesse per la sua opera manifestato dal nostro Pietro Bonfante.

(7) Per l'esattezza avente come redattori Brinz e Pözl, mentre Bluntschli e Arndts fungevano da collaboratori rispettivamente in Heidelberg e

interna delle sezioni della rivista — dedicata a recensioni e Anzeige — si apriva generalmente con la storia del diritto, o talvolta con la Rechtsphilosophie, per spaziare poi dal diritto civile al processuale, dal diritto penale al settore pubblico-amministrativo, giungendo talvolta a dar conto delle annate di altre riviste, anche straniere<sup>(8)</sup>.

Comprendibilmente si dovette assistere con qualche sconcertato sgomento all'intenzione di inserire nel quadro così schematicamente prefissato, un'ampia recensione del classico manuale di Economia politica del Rau, nella elaborazione approntata da un esponente di primo piano della cosiddetta 'scuola storica' dell'economia, qual'era indubbiamente Adolf Wagner; specialmente perché l'iniziativa partiva non già da uno specialista del settore, ma bensì da uno dei collaboratori più assidui della rivista, autore di un non trascurabile manuale di Pandette e personaggio non certamente sospettabile di scarsa sensibilità tecnico-giuridica: e stiamo parlando di Julius Baron. La finalità dell'intervento veniva poi introdotta in modo piuttosto scoperto, e quasi sfrontato, fin dalla sua intitolazione — 'Jurisprudenz und Nationalökonomie' —, che suovana interdisciplinariamente inequivoca<sup>(9)</sup>.

---

Vienna. Si avverte in ogni caso la mancanza di uno studio in grado di riflettere efficacia e confini dell'attività di intervento delle riviste giuridiche ottocentesche, utilizzando magari canoni comparativi e metodi statistici così come da più parti proposto in *La « cultura » delle riviste giuridiche italiane. Atti del primo incontro di studio, Firenze, 15-16 aprile 1983*, a cura di P. GROSSI, Milano, 1984. Nel campo pubblicistico si possono già segnalare alcuni tentativi in tal senso, appunto con particolare riferimento all'attività editoriale germanica. Cfr. soltanto M. STOLLEIS u. I. SCHMITT, *Zur Entstehung der Zeitschriften des öffentlichen Rechts seit 1848*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 13 (1984), pgg. 747-761; inoltre E. V. HEYEN, *Die Anfangsjahre des « Archiv für öffentliches Recht »*. *Programmatischer Anspruch und redaktioneller Alltag im Wettbewerb*, in Id. (hrsg.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten*, Frankfurt am Main, 1984, pgg. 347 ss.

<sup>(8)</sup> Cfr. la già citata *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Bd. 29 (1877), pg. 477 per la *Anzeige* dell'*Archivio giuridico*. Diretto da F. SERAFINI, vol. 37, Pisa, 1887, nonché *Ibid.*, la recensione alla rivista *Il Filangieri* anno XI (Milano 1886).

<sup>(9)</sup> J. BARON, *Jurisprudenz und Nationalökonomie*, recensione a *Lehrbuch der Politischen Oekonomie von Karl Einrich Rau. Vollständige Neu-*

Sconcerto che non era destinato in ogni caso a diminuire di intensità dopo una sia pur 'cursoria' lettura della recensione. Baron l'apriva infatti con una dichiarazione retorica, rendendosi lucidamente conto della 'necessità' di 'giustificare' una relazione su un volume di tal fatta in una rivista giuridica.

Ma si trattava di una retorica pungente e caustica: il trovarsi costretto a fornire una simile giustificazione l'avrebbe altrettanto puramente e semplicemente costretto a far proprie le pesanti critiche che affioravano lungo tutto il percorso del volume del Wagner; in altre parole il netto biasimo rivolto contro i giusprivatisti « dass sie den Nationalökonomien die Mitarbeiterschaft versagen, dass sie gestützt auf den vorwaltend formalen Charakter der Rechtswissenschaft den gegebenen Stoff gestalten und entfalten, dass sie hingegen niemals darnach fragen, welches seine Begründung ist, ob er berechtigt und haltbar sei, wie er auf das Verkehrsleben wirke, und in welcher Masse er der menschlichen Gesellschaft als Stütze diene. Fragen dieser Art werden von den Juristen des Privatrechts als ausserhalb ihres Faches angesehen; sie überweisen sie der Rechtsphilosophie und Nationalökonomie; von den Resultaten aber, die dort gefunden werden nehmen nur die Wenigsten Notiz... ».

Tutte questioni dai giuristi quindi riversate, per non dire 'rinviata' e riservate in esclusiva alle discipline della filosofia del diritto o della medesima economia politica: « e tutto questo lo si

---

*bearbeitung von Adolf Wagner und Erwin Nasse*, Bd. 1, Leipzig und Heidelberg, 1876, in A. BRINZ und J. PÖZL (hrsg.) *Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Bd. 19 (1877), pgg. 372-401. Su Baron, autore di un manuale di *Pandekten*, Leipzig, 1872, cfr. W. WILHELM, *Private Freiheit und gesellschaftliche Grenzen des Eigentums in der Theorie der Pandektenwissenschaft*, in Id. (hrsg.) *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert. IV: Eigentum und industrielle Entwicklung, Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrecht*, Frankfurt am Main, 1979, pgg. 19-39; l'articolo in questione, nonostante sia più celtao che rivelato dal titolo, fornisce un'indispensabile punto di partenza per chiunque voglia intraprendere la non agevole ricostruzione dei rapporti tra scienza economica e giurisprudenza nell'Ottocento.

Su Adolf Wagner si può consultare A. MÜSSIGANG, *Die soziale Frage in der historischen Schule der deutschen Nationalökonomie*, Tübingen, 1968, pg. 142 ss.; qualche utile informazione anche in D. KRÜGER, *Nationalökonomie im wilhelminischen Deutschland*, Göttingen, 1983, pg. 13 ss. e *passim*.

denomina, già ben si intende, ' occuparsi di storia, e portare avanti una scienza giuridica storica ' » <sup>(10)</sup>.

A farla breve Baron avvertiva con precisione la perdita della dimensione temporale del futuro che era implicita nella concezione dominante, aprospettica della struttura del sistema: non casualmente egli, civilista fin nelle sue più profonde radici, si trovava contestualmente indotto — circostanza da tener ben presente per il prosieguo del nostro discorso — a tessere un sincero elogio della coeva criminalistica, a motivo della sua capacità di proporsi in certo senso concretamente, proprio in virtù della conservazione di quella dimensione ' critica ', che poteva partire anche da « punti di vista legislativi », a « vera fonte del diritto » <sup>(11)</sup>.

Anche a voler prescindere dai contenuti era quindi una questione di principio che veniva sollevata: al termine della lunga recensione — e al di là di ogni altra considerazione va doverosamente sottolineata per lo meno la correttezza dei personaggi che qui si criticano, alieni da ogni tipo di censura preventiva — l'apposizione di una nota redazionale si legittimava allora come ' autodifesa necessaria ' della dimensione tecnica stessa dell'intera Pandettistica, che « sich nur *de lege lata* nur über das was ist nicht auch über das was sein sollte, zu verbreiten pfleg[t] ».

<sup>(10)</sup> I. BARON, *loc. cit.*, pgg. 372-3.

<sup>(11)</sup> « Alles formale Wissen bedarf des Eindringens in den ganzen geistigen Lebensgehalt; nur dadurch kann es lebendig Erhalten werden. Wie oft habe ich die Kriminalisten beneidet, den ich in eines der neueren Lehrbücher des Strafrechts hineinblickte! Da ist keines, worin nicht die Strafrechtstheorien ausführlich entwickelt, die Strafarten im Einzelnen beleuchtet, das Begnadigungsrecht *Kritisirt*, die Strafbarkeit der Jugendlichen Verbrecher *vom Legislatorischen Standpunkte aus* behandelt wären, Den Lohn für solche Darstellungsweise hat die Kriminalrechtswissenschaft in reichem Masse empfangen; *auf Rechtsanwendung und Gesetzgebung hat sie in unserem Jahrhundert ununterbrochen und in Höhem Masse Einfluss geübt; die CriminalRechtswissenschaft ist in gewissem Sinne in unserem Jahrhundert zu einer wahren Rechtsquelle geworden.*

Und wenn ich nun die Frage aufwerfe, was in dieser Beziehung von der Wissenschaft des Civilrechts zu berichten wäre, so muss uns Civilisten ein Gefühl der (ich will mild sprechen) Betrübniss übernommen, dass wir unsere Aufgabe zwar zur Hälfte, aber eben nur zur Hälfte lösen... *an einer kritischen Beurtheilung haben wir es zu allen Zeiten fehlen lassen...* » (*Ibid.*, pgg. 373-374).

Elevare per l'appunto una tale consatazione di fatto a fonte di biasimo sotto la forma della più generale tesi, secondo cui « una giurisprudenza fin tanto che non agisca anche de lege ferenda, rimane una scienza puramente formale », si rivela agli occhi di un Brinz o di un Arndts passo di tale gravità da implicare per la redazione l'onere di sottrarsi fosse pure soltanto all'apparenza di un consenso.

L'adesione ad una tesi siffatta avrebbe condotto in altri termini alla crisi del modello 'classico' della giurisprudenza romana, nei (ristretti) lineamenti che essa aveva ormai assunto ai loro occhi, degradando il giurista al rango non già specifico ad *altri* 'scienziati', come gli storici puri, gli economisti o i filosofi del diritto, ma bensì imponendogli di scendere addirittura a livello di meri 'giornalisti e rappresentanti del popolo': « Begänne doch sonst für den Juristen die Sachlichkeit erst, wenn er sich vom positiven Rechte ab, und so zu sagen der Zukunftsjurisprudenz zugewendet. Unseres Erachtens gibt es ausser in der erkenntniss und Anwendung des vorhandenen Rechtes überhaupt keine Jurisprudenz. Ueber die Natürlichkeit, Sittlichkeit, Nothwendigkeit, oder umgekehrt über die Furtivität, Härte, Unmenschlichkeit des eigenthums zu disputieren ist eine Aufgabe, die der Jurist nicht nur mit dem Rechtsphilosophie, Nationalökonomien und Historiker, sondern auch mit den Volksvertreten und Journalisten jeder sorte theilt. Was die klassischen Juristen in dieser richtung geleistet, ist verschwindend wenig; *klassisch* an ihnen ist gerade das, dass sie bei i h r e r Aufgabe blieben » (12).

In tal fronte difensivo si venivano certamente a cogliere i frutti ormai maturi di impostazioni che — pur sotto l'influenza delle dottrine idealistiche, come quella hegeliana, attente oltre che alla Entfaltung astratta del 'concetto' e dell'eticità, anche alla concreta dimensione relazionale tra società ed economia — sempre si erano volute sottrarre all'onere di dare conto direttamente, mediante la costruzioen tecnica di concetti adeguati, del rapporto che legava la scienza giuridica al momento economico; e pensiamo qui particolarmente alla dottrina giuridica di Puchta. Se analizzata con l'occhio rivolto a tradizioni più duttili, la posizione di Baron ci apparirà pa-

---

(12) *Ibid.*, pg. 401, nota della redazione.

radossalmente, assai più ' fedele alla Scuola ', almeno nel suo spirito, di quanto gli ortodossi custodi della medesima potessero anche lontanamente sospettare.

2. Bisognerà infatti fare ancora una volta attenzione a non coinvolgere troppo immediatamente in quella condanna la posizione savignyana, astrattamente individuabile come fondamento della presa di distanza di quei suoi più o meno fedeli ' Nachfolger '; ed anche questo è dato di notevole rilievo funzionale per la comprensione del processo attraverso il quale viene alla luce come disciplina ' autonoma ' la dottrina generale.

Si tratterebbe infatti di un coinvolgimento a tutta prima quasi ' automatico ', o almeno tale può sembrare.

Ma vale la pena di sottolineare che Savigny lasciava aperti anche altri e ben diversi spiragli nella sua ansia di adeguarsi al moderno senza lasciarsene definitivamente dominare; spiragli la cui apertura non poteva del resto che essere favorita dal fatto che il suo punto di partenza giovanile non si collocava ancora completamente all'interno della ' svolta idealistica ', allo stesso modo di come il punto di arrivo accennerà già ad un possibile superamento di quel medesimo idealismo.

Forse in questo senso varrà ancora la pena di parlare a lungo dell'« inesausto patrimonio di pensiero del padre della scienza giuridica moderna »<sup>(13)</sup>.

Non v'è, cioè, alcun dubbio — e possiamo qui pensare di limitarci a rinviare agli accenni già fatti in precedenza — che Savigny mediante l'utilizzazione del contrassegno organicistico abbia trasvalutato l'esigenza sistematica dal puro piano dei Lehrsystemen, adeguato all'oggetto tradizionale della giurisprudenza inteso come insieme di regole giuridiche concepite linguisticamente, trasferendola ai livelli del sistema reale, di vero e proprio Lebenssystem. Il mutamento semantico al quale si va in tal modo incontro nel clima

---

(13) Così R. PARDOLESI, *Postfazione*, in *Prospettive di riforma del diritto delle obbligazioni in Germania e in Italia*, in *Rivista critica di diritto privato*, 3 (1984), pg. 676. Cfr. *Ibid.*, pg. 507-522, L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, e dello stesso Mengoni per una prospettiva più generale, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Id.*, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, pg. 11-15.

ottocentesco è di tale portata ed evidenza, che non mancheranno in seguito a livello generale proposte volte a reintrodurre nella nozione indifferenziata di sistema una distinzione anche sotto il profilo meramente linguistico, ribattezzando i *Lebenssysteme*, quali appunto perseguito dal naturalismo e dell'idealismo, con l'antico termine *Syntagma*, in modo da evitare l'ambiguità coperta dall'unicità del concetto: proponendo in sostanza di ripercorrere a ritroso il cammino della nozione medesima, grazie all'utilizzazione proprio del termine che aveva fatto « concorrenza all'emergere della designazione *συστημα* almeno fino a ben dentro la prima metà del XVII secolo <sup>(14)</sup>.

Se questa acquisizione rimane incontrovertibile, desta tuttavia qualche non immotivato interesse l'interrogativo sulle ragioni che possono aver spinto il nostro ad integrare, per così dire, l'oggetto tradizionale della giurisprudenza — nella dottrina savignyana questo ruolo viene appunto sostenuto dalle *Rechtsregel* — con grandezze non linguistiche, circostanze di fatto situate nel 'mondo esterno', come i rapporti giuridici, gli istituti giuridici, per non parlare delle *Juristische Tatsache*.

Qui ritorna quella che abbiamo già individuato come una delle differenze fondamentali rispetto ad autori che si situano invece completamente dentro l'orizzonte idealistico, quali Puchta; il suo non rinunciare mai completamente alla distinzione tra materiale e forma logica che serve ad organizzarlo. In una parola proprio quella presa di posizione che il giovane Marx — dopo aver frequentato nel semestre invernale 1836/1837 il corso savignyano di *Pandette* — « smascherava » come errore comune a lui e al suo maestro nella celebre lettera al padre del 10 novembre del 1837 <sup>(15)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> La proposta, atta più a sottolineare una necessità, che a fornire una adeguata soluzione risale a R. Eucken nella sua opera principale « *die Einheit des Geisteslebens in Bewusstsein und Tat der Menschheit* » (1888), come ce ne informa A. MESSER, *Rezension von O. Ritschl, System und systematische Methode in der Geschichte des wissenschaftlichen Sprachgebrauchs und der philosophischen Methodologie* (Bonn, 1906), in *Göttingische gelehrte Anzeigen*, 169. Jahrgang, 1907, pg. 662.

<sup>(15)</sup> Cfr. sul punto M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pg. 381 e nota 181; A. CORNU, *Marx e Engels dal liberalismo al comunismo*, Milano

Non è casuale quindi a questo proposito l'incontro di Savigny con la *Physiologie philosophisch bearbeitet* di Carl Christian Erhard Schmid (1761-1832), professore di teologia e filosofia di estrazione kantiana, conosciuto a Jena nel 1799, le cui impostazioni dovevano più volte essere utilizzate da Savigny anche in funzione anti-schellinghiana<sup>(16)</sup>.

È interessante osservare come Savigny abbia approfonditamente studiato — approntandone numerosi excerpta — quel lavoro di 'fisiologia' in sé apparentemente lontano dagli interessi di un giurista tecnico, mostrandosi secondo il suo solito ancora una volta in grado di riservare non 'sgradite' sorprese; ed anzi, nel momento nel quale ancora tendeva a difendere Fichte dalle accuse lanciategli contro proprio dalla sponda naturalistico-kantiana dello Schmid — ovverosia prima di passare sistematicamente dalla sua parte, dopo un chiarimento personale, anche sul tema specifico<sup>(17)</sup> — il maestro berlinese lo fa con un argomento che lo vede sottrarsi appunto ad ogni adesione a quella linea di pensiero che dalle riflessioni fichtiane sul tema dell'« identità dell'io con se stesso »<sup>(18)</sup>, condurrà poi alle riflessioni schellinghiano-hegeliane sul rapporto Soggetto-Oggetto, che ci sono 'puchtianamente' note.

Che i rapporti giuridici e gli istituti concepiti organicamente stiano tra loro in 'azione reciproca' e siano contemporaneamente sottoposti ad una *Entwicklung*, corrisponde perfettamente alla definizione fisiologica del rapporto tra un tutto — organico proprio e soltanto ove tali condizioni siano rispettate — e le sue parti, quale delineato dallo Schmid<sup>(19)</sup>; la corrispondenza tuttavia non chiarisce

1971, pgg. 106-107; sottolinea da ultimo altresì l'influenza positiva e nient'affatto trascurabile di Savigny su Marx, opportunamente M. DUICHIN, *Il primo Marx (1835-1841)*, Roma 1982, pg. 27 ss.

<sup>(16)</sup> Ben ha messo in luce questo aspetto M. HERBERGER, *loc. cit.*, pg. 375 ss. Per il giudizio espresso su di lui da Fries, cfr. A. STOLL, *Der junge Savigny*, Berlin, 1927, pg. 116, nota 1.

<sup>(17)</sup> Cfr. A. STOLL, *loc. cit.*, pgg. 115-116; nonché M. HERBERGER, *loc. ult. cit.*, pg. 380.

<sup>(18)</sup> A. STOLL, *loc. cit.*, pg. 80.

<sup>(19)</sup> Su quanto segue si veda il notevole M. HERBERGER, *Beziehungen zwischen Naturwissenschaft und Jurisprudenz in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in *Berichte zur Wissenschaftsgeschichte*, 6 (1983), pg. 83 ss.

ancora il motivo dell'integrazione non linguistica della giurisprudenza con un sistema reale di cui si discorreva.

Se si riflette però sulla circostanza che in realtà per Schmid andava sottolineata la sussistenza di una differenza fondamentale di valore tra 'Klassifizieren' ed 'Erklären', poiché i concetti generali dei quali era consentito far uso nella prima attività, per mezzo dell'astrazione da ogni elemento proprio dell'individualità, non erano in grado di risolvere il compito specifico della scienza, giungendo per parte loro a determinare e collocare soltanto entro certi più precisi confini, ciò che si trattava invece ancora di spiegare e chiarire; e che, inoltre, alla seconda e più elevata attività competeva la individuazione di « regole e leggi, e successivamente la derivazione dei fenomeni da e secondo queste ultime », in modo che l'oggetto della scienza (zoonomia fisiologica) si presentasse come « Natura », proprio nella misura in cui gli oggetti 'esterni' (Erscheinungen) potessero essere pensati come collegati tra loro secondo leggi; se si riflette su tutto ciò, la risposta potrà suonare allora nel senso di un tentativo savignyano di aprire alla giurisprudenza un campo di azione nel quale anch'essa, al pari delle altre scienze empirico-sperimentali (ed utilizzando premesse derivate da queste ultime), potesse presentarsi come scienza 'razionale' in senso kantiano, sviluppando la capacità di pensare le « Rechtliche Erscheinungen als 'Natur' »<sup>(20)</sup>.

Identicamente è ancora a partire da un contesto 'tardo-settecentesco' — in rimarchevole parallelismo con quanto ci ha dato a vedere la 'genetica' del sistema reale — che Savigny sembra volere aprire, a carriera ormai avanzata, un ultimo spiraglio, introducendo in modo discreto ma chiaramente percepibile categorie ed analisi derivate dalla sfera dell'economia politica nella trattazione della giurisprudenza.

Sicuramente chi volesse derivare la familiarità savignyana con queste mediazioni teoriche dall'epistolario, per quanto esso sia sinora divenuto accessibile, rimarrebbe abbastanza deluso: vi si trovano sì giudizi — del resto assai negativi — sul Sismondi, ma non

---

<sup>(20)</sup> *Ibid.*, pg. 84.

a caso solo sul Sismondi storico delle repubbliche italiane nel Medioevo<sup>(21)</sup>, e poi poco d'altro.

Se tuttavia si supera l'impatto di questa prima delusione 'formale', dovuta a nostro avviso più che altro alla specifica coloritura estetico-culturale dei destinatari della corrispondenza, sarà dato agevolmente di notare già in numerose lettere affermazioni che, pur in assenza di precisi riferimenti dottrinari, denotano non un episodico interesse per l'analisi 'economica'.

Si tratta di un interesse guidato da una profonda diffidenza verso gli approcci cameralistici ormai in via di superamento<sup>(22)</sup>, e quelle notazioni tendono ad essere effettuate in termini di grandezze come capitale<sup>(23)</sup>, trasferimento dei fidejcommessi in pura proprietà nelle mani degli attuali possessori — senza cioè cedere alle lusinghe di una accentuata parcellizzazione all'interno dei singoli nuclei familiari, secondo la linea d'azione perorata dal Gönner<sup>(24)</sup> —, legislazione finanziaria<sup>(25)</sup>, e così via.

Ma fin dall'epistolario sotto il profilo 'tecnico' andrà rilevato come fattore di notevole portata l'esplicitazione di quella relazione di amicizia e stima che sempre lo legherà al kantiano Hufeland<sup>(26)</sup>; non solo e non tanto nella sua qualità di giurista, ma altresì per la funzione da lui svolta nella sua veste di uno tra i principali esponenti dell'economia politica 'Smithiana' in terra di Germania: veste quest'ultima che non gli impediva però di assumere in contesti di rilevanza decisiva per l'impostazione generale — quali la produttività del lavoro immateriale, la distinzione dell'interesse sul capitale dai profitti d'impresa, e soprattutto la funzione del denaro — posizione di larga autonomia ed originalità<sup>(27)</sup>.

Di fatti, spostando l'angolo d'osservazione verso il System, negli scritti 'minori', si hanno ulteriori conferme sia della postu-

(21) A. STOLL, cit., pg. 320.

(22) A. STOLL, cit., pg. 81.

(23) A. STOLL, *Friedrich Karl von Savigny. Professorenjahre in Berlin (1810-1842)*, Berlin, 1929, pg. 238. D'ora in poi citato come Bd. 2.

(24) A. STOLL, Band. 1, pg. 377.

(25) A. STOLL, Bd. 2, pg. 420.

(26) A. STOLL, Bd. 1, pg. 238.

(27) Cfr. H. WINKEL, *Die Deutsche Nationalökonomie im 19. Jahrhundert*, Darmstadt, 1977, pg. 16.

lata necessità di « ricerche preparatorie e comparatistiche » in tema di analisi monetaria e dei rapporti di produzione, sia più in generale del rilievo medesimo che la distinzione tra valore d'uso e valore di scambio assume nella teorica savignyana <sup>(28)</sup>; ma, e forse soprattutto, dell'elasticità e tempestività con la quale Savigny faceva disinvoltamente propria la necessità di misurarsi anche in concreto con le dottrine tecniche dell'economia politica ' vetero-liberale ', nel momento in cui avvertiva il crescente significato del ruolo che veniva ad assumere il problema della circolazione monetaria come elemento imprescindibile del miglioramento e della modernizzazione non solo dell'economia fondiaria <sup>(29)</sup>, ma dell'intera società civile. In questo senso un valido esempio — ci vuol poco ad immaginare quanto paradossale sarebbe potuto suonare alle orecchie degli ortodossi redattori della *Kritische Vierteljahrsschrift* — ci è fornito dal Nachtrag che nel 1842 egli sentì l'esigenza di apporre al suo lavoro sulla « Römische Steuerverfassung unter den Kaisern » rifiutando espressamente di istituire un parallelo tra i rapporti romani ' antichisticamente ' presi in esame e quelli contemporanei, utilizzando anzi direttamente il richiamo all'Economia politica del Rau (vol. II §§ 66-67) — ovviamente ancora disponibile nella sua versione non purificata in senso ' sociale ' — per auspicare una modificazione nel senso ' capitalistico ' industriale del regime feudale delle ' decime ' fondiarie allora vigente e tale da bloccare lo sviluppo di una cultura improntata a « Energie und Fortschritt » <sup>(30)</sup>.

Il maturo coronamento di questi talvolta sparsi germi — la teoria dell'oggetto dell'obbligazione nella sua valenza monetaria, che si autonomizza a vera e propria *Geldlehre* <sup>(31)</sup> — si colloca com-

<sup>(28)</sup> F. C. von SAVIGNY, *System*, trad. it., pgg. 374-375.

<sup>(29)</sup> È merito dell'analisi di H. SCHRÖDER, *Friedrich Karl von Savigny, Geschichte und Rechtsdenken beim Übergang vom Feudalismus zum Kapitalismus in Deutschland*, Frankfurt Main-Bern-New York-Nancy, 1984, l'aver sottoposto ad indagine questi spunti sparsi, pur senza trattare esplicitamente il rapporto con la teoria dell'economia politica.

<sup>(30)</sup> F. C. von SAVIGNY, *Über die Römische Steuerverfassung unter den Kaisern*, in ID., *Vermischte Schriften*, II, (1850), pgg. 67-215; spec. pg. 102, 168-173.

<sup>(31)</sup> F. C. von SAVIGNY, *Das Obligationenrecht, als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin, 1851, pgg. 403-508.

pletamente all'interno di questo interesse Savignyano per l'economia politica: basterebbe far cenno alla per certi versi singolare vicenda editoriale che grazie all'interessamento di Savigny ebbe a scaturire contemporaneamente a quella sua ultima grande fatica, per saggiare in modo attendibile la misura di questa sua sensibilità, troppo trascurata dalle ricostruzioni storiografiche globali della sua *Wirkungsgeschichte* <sup>(32)</sup>.

Proprio in connessione alla stesura dell'*Obligationrecht* l'ormai maturo maestro ritenne infatti doveroso invitare il figlio di Hufeland ad approntare per la stampa un parere del padre composto all'epoca del suo soggiorno a Landshut (1807) in qualità di professore di *Rechtswissenschaft und Staatswirtschaft*; parere avente ad oggetto la descrizione delle controversie giuridiche insorte in Tirolo in seguito alla svalutazione al di sotto di un terzo del suo valore nominale della moneta cartacea emessa dal 'Wiener Stadt-Banko', e alla correlativa volontà dell'amministrazione statale di mantenere tuttaiva intatta la circolazione secondo il valore nominale, che aveva condotto così alla fissazione nella vita commerciale di un « doppio prezzo », più elevato nel caso dei pagamenti in banconote e minore nella più rara eventualità di pagamenti in moneta metallica <sup>(33)</sup>: come si vede ghiotta occasione per il giurista sostenitore dello spirito del popolo, per addivenire ad un qualche collegamento tra dottrina giuridica delle fonti, tecnica della ricostruzione dei rapporti obbligatori e analisi del funzionamento spontaneo od indotto del mercato.

Il contributo non era stato dato alle stampe perché Hufeland in quel periodo attendeva al compimento della sua opera fonamen-

---

<sup>(32)</sup> Eccezioni le offrono soltanto i lavori di K. H. HÜTTER, *Savignys Geldlehre*, Diss. iur., Munster, 1970 e H. KIEFNER, *Geld und Geldschuld in der Privatrechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts*, in H. COING und W. WILHELM, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Bd. V, Frankfurt am Main, 1980, pg. 27 ss. che tuttavia ritiene espressamente necessaria (pg. 32) un'ulteriore approfondita indagine per stabilire in che misura Savigny nelle sue visuali economiche sia stato influenzato dalle tesi di un Rau, o di un Hoffmann, lasciando espressamente impregiudicato a livello più globale il problema delle relazioni tra economico e giuridico, sul quale speriamo di aver occasione di tornare.

<sup>(33)</sup> G. HUFELAND, *Ueber die rechtliche Natur des Geldschulden Ein Gutachten*, Berlin, 1851, pg. 6.

tale, la *Grundlegung der Staatswirtschaftskunst*, dal quale fu impedito dalla prematura morte avvenuta ad Halle nel 1817: il fatto che Savigny fosse in grado non solamente di utilizzare per il diritto delle obbligazioni il lavoro principale, ma di far capo anche al più specifico saggio manoscritto<sup>(34)</sup>, dimostra al di là di ogni dubbio che l'interesse dell'allora ministro della giustizia berlinese per la scienza economica non poteva senz'altro essere reputato di carattere meramente episodico, o, peggio, dilettantesco; del resto erano gli stessi giuristi che si collocavano tra i più avvertiti fautori della necessaria considerazione ex professo « Nationalökonomischer Dinge », a rendersi conto della padronanza tecnica con la quale già prima che la questione si avviasse a diventare oggetto di ' manifesti programmatici ', l'ormai anziano maestro della scuola storica li aveva parzialmente ' preceduti ' sul loro medesimo terreno<sup>(35)</sup>.

Scienza della natura ed economia politica, quindi, come possibili spiragli, come ' alternative ' al di là dell'idealismo giuridico: a leggere bene tra le righe dei due periodi estremi della stagione produttiva del fondatore della scuola, si sarebbe forse scorto di che materiali, di quali rapporti interdisciplinari potersi servire per ' superare ' il legato piuttosto statisticamente ' uniforme ' — a detta di un testimone non sospetto e della levatura di Windscheid — al quale gran parte della Pandettistica posteriore sembrava aver voluto ' ridurre ' la ben più ampia eredità di partenza.

3. Il problema è però più complesso e Baron con il tenore del suo elogio della criminalistica a lui coeva — elogio che accanto all'interesse per l'economia, doveva suonare quasi altrettanto stonato per un civilista alieno da compromessi — ne coglieva indubbiamente un aspetto di rilievo.

Chi infatti voglia comprendere le motivazioni dell'emersione della teoria generale del diritto a disciplina autonoma non potrà fare a meno di prendere atto della circostanza che il suo liminale campo di coltura storico è stato rappresentato per l'appunto dalla dottrina penalistica, dottrina all'interno della quale l'influsso delle

---

<sup>(34)</sup> *Ibid.*, Vorwort von A. HUFELAND, marzo 1851, pgg. 4-5.

<sup>(35)</sup> M. A. von BETHMANN-HOLLWEG, *Erinnerung an Friedrich Carl von Savigny, als Rechtslehrer, Staatsman und Christ*, Weimar, 1867, pg. 34.

tematiche kantiane e soprattutto hegeliane (specialmente a partire dagli anni '30-'40) si era mantenuto ininterrotto — quand'anche sottoposto a critica, non avendo avuto praticamente a soffrire della svolta copernicana introdotta dalla ' scuola storica ' (36): a pochi decenni di distanza dalla definitiva uscita fuori dalla ' nube ' hegeliana, un conoscitore della materia come Landsberg poteva ancora titolare senza esitazione l'intera sezione dedicata alla penalistica tedesca dell'Ottocento « Das Strafrecht unter Hegel », includendovi altresì il nome dell'autore del vero e proprio manifesto della *Allgemeine Rechtstheorie*, Adolf Merkel (37).

Il manifesto in questione costituiva non a caso l'articolo di apertura del primo numero della nuova « Rivista per il diritto privato e il diritto pubblico del presente » — edita dal Grünhut con la collaborazione di componenti della facoltà giuridica viennese con inizio nell'anno 1874 —, e intitolava in modo molto sintomatico « Sul rapporto della Filosofia del diritto rispetto alla scienza giuridica ' positiva ' e alla parte generale della medesima » (38).

Un elemento si rivela atto a colpire immediatamente l'attenzione dell'osservatore e a rendere ancor più plausibile la funzione inaugurale del saggio di Merkel; la presenza di recensioni sul tipo di quelle di Inama-Sternegg a lavori dell'economista Knies — all'epoca, si badi, professore per le Staatswissenschaften ad Heidelberg — come *Geld und Credit* (I. Abt.: *Das Geld*, Berlin, 1873) e *Weltgeld und Welt Münzen* del 1874, o, addirittura di amplissimi saggi come quello di Roesler sulla ' antica e nuova economia politica ' (39), non danno più luogo in questa sede a sospettose ed irritate note redazionali. Anzi, probabilmente anche sotto la spinta di

(36) Cfr. R. MARCIC, *Hegel und das Rechtsdenken im deutschen Sprachraum*, Salzburg-München, 1970, pgg. 83-87.

(37) Cfr. E. LANDSBERG, *Geschichte*, abt. 3, Halbband 2, testo, « Das Strafrecht unter Hegel », pg. 709 ss.

(38) A. MERKEL, *Ueber des Verhältniss der Rechtsphilosophie zur « positiven » Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben in Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, hrsg., C. S. GRÜNHUT, *Erster Band*, Wien 1874, pg. 1 ss.

(39) Sul *Nationalökonomer* Knies vedi E. PANKOKE, *Soziale Bewegung - Soziale Frage - Soziale Politik*, Stuttgart, 1970, pg. 145; cfr. anche H. ROESLER, *Die alte und die neue Nationalökonomie*, in *Grünhut's Zeitschrift*, loc. cit., pg. 227-292 e pgg. 389-472.

altri autorevoli collaboratori — per fare un solo nome ricorderemo l'ormai a noi noto Lorenz von Stein<sup>(40)</sup> —, era forse la stessa nozione del rapporto tra pubblico e privato, che forniva la tematica-base dell'intrapresa editoriale, che veniva ormai interpretata in modo nuovo e assai più conforme alla distinzione stato-società<sup>(41)</sup>.

La chiave di lettura 'in controtuce' dell'intervento merckeliano del 1874 ci è in fatti offerta proprio dall'accostamento delle due potenzialità interdisciplinari che, l'abbiamo veduto, il discorso savignyano sembrava — almeno in nuce — poter aprire; ma, al contempo, dalla critica e puntuale rilevazione del limite all'interno del quale lo stesso Savigny le aveva confinate.

E ci viene sottoposta appena due anni più tardi in una forma che più lucida ed esplicita non la si sarebbe potuto individuare: ovvero mediante un'analisi del concetto di *Entwicklung* nella sua contemporanea applicazione al diritto e alla società<sup>(42)</sup>.

Questo tipo di autointerpretazione, per così dire sopraggiunta, ci sembra importante perché altrimenti il rinnovato richiamo, pur presente in Merkel, alla tradizione e discussione giuridica anglosassone, rischierebbe di poter essere frainteso nel senso che la *Allgemeine Rechtslehre* si proponga sin dai suoi inizi 'storici' come teoria giuridica analitica — e qui il referente privilegiato potrebbe allora rivelarsi un approccio del tipo di quello di Austin<sup>(43)</sup>.

Il riferimento si manifesterebbe tuttavia assai presto 'deludente' rispetto al presupposto carattere 'dissolutivo', che fin dal principio ci è sembrato caratteristicamente implicito nella proposta, ed a un punto tale da differenziarla in radice — per lo meno tendenzialmente — dalle prospettive connesse alla tramandata e tradizionale messa a frutto pandettistica di una parte generale: 'deludente', per la buona o buonissima ragione che con il concetto di

(40) Cfr. ad es. *Ibid.* Lorenz von STEIN, *Zur europäischen Rechtsgeschichte*, pgg. 722 ss.

(41) Cfr. *Ibid.*, pg. 728.

(42) A. MERKEL, *Ueber den Begriff der Entwicklung in seiner Anwendung auf Recht und Gesellschaft*, 1, Savigny und Darwin, in *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, Bd. 3 (1876), pg. 625 ss.

(43) In questa prospettiva attualizzante sembra cadere a tratti G. DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merckels. Ein Beitrag zum Realismus in der Jurisprudenz*, Berlin, 1979, spec. pg. 43 ss.

giurisprudenza analitica si può agevolmente intendere proprio una giurisprudenza che miri a costituirsi come capace di una ricostruzione del diritto positivo, o, che è lo stesso, come idonea al compito di delineare un sistema di concetti e proposizioni 'linguistiche' finalizzato alla Erklärung di quel medesimo diritto positivo.

Orbene, per rendersi brevemente conto di quanto poco una tale sorta di giurisprudenza analitica potesse manifestarsi realmente alternativa rispetto al cosiddetto 'metodo giuridico', basterà fare cenno al fatto che le più recenti ricerche tendono ad avvalorare quel modello 'analitico' come in sostanza equivalente alle risultanze che in realtà si ricavano dalle concrete dogmatizzazioni che Laband faceva seguire a quel celebre programma a connotazione integralmente 'begriffsjuristisch', come sappiamo inserito, a mo' di interpretazione autentica, quale Vorwort alla seconda edizione del suo celebre *Staatsrecht des deutschen Reichs*, la cui prima apparizione data non casualmente 1876<sup>(44)</sup>.

Il metodo giuridico labandiano appare infatti sottrarsi alle troppo affrettate 'stroncature', che tenderebbero ad opporgli una impossibilità della deduzione da 'concetti' — del resto l'autore medesimo si mostrava ben conscio che « dal concetto si sviluppa soltanto ciò che in un precedente momento vi si è inserito »<sup>(45)</sup> —, perché tali « Schlüsse aus Begriffen » vanno sottoposti ad una interpretazione che sia in grado di coglierli appunto come entimemi: e intenda al contempo il termine concetto come « definitorischer Allsatz », cioè come proposizione che traduca equivalenze del tipo 'Kaiser = souveräner Monarch' a loro volta in proposizioni definitorie concepite nella forma « per tutti gli uomini vale: x è un imperatore precisamente allora (e soltanto allora), quando x è un monarca sovrano », denotando così sotto l'espressione non soltanto il termine, ma altresì il significato, il lato semantico della parola stessa. In breve, la ricostruzione analitico-razionale (la costruzione giuridica identificata con i procedimenti di definizione) del campo linguistico-normativo assegnato nella direzione su indicata<sup>(46)</sup>.

<sup>(44)</sup> P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 1911-1914<sup>5</sup>, Bd. 1, pg. 9.

<sup>(45)</sup> *Ibid.*, Bd. 2, pg. 279, nota 5.

<sup>(46)</sup> Sul problema si veda il saggio di M. HERBERGER, *Logik und Dogmatik bei Paul Laband. Zur Praxis der sog. juristischen Methode im*

Con una simile ricostruzione si mostra allora perfettamente compatibile in primo luogo, la difesa contro celebri critiche della funzione tradizionale svolta dalla parte generale da un lato, nella sua qualità di residuo e transvalutazione dell'impostazione originaria della vecchia giurisprudenza di diritto comune, incapace — o meglio non desiderosa — di andare al di là delle dichiarazioni di principio sulla sussistenza di una grande dicotomia tra diritto privato e diritto pubblico, per mantenere invece nella prassi una indistinzione dei due campi maggiore di quanto si sia finora sospettato<sup>(47)</sup> — sul punto specifico in tendenziale conformità cioè più all'approccio savignyano che non al maggior approfondimento della distanza tra i due settori 'hegelianamente' auspicata da un Puchta.

Parte generale che, dall'altro lato viene seguita nella sua esplicita funzione di mantenimento di entrambi i campi in una collocazione di privilegiata superiorità rispetto alla possibilità di intenderli invece in senso diverso e più innovativo, come immediatamente ravvicinabili alla coppia stato-società; ad esempio introducendovi nuove discipline ed anche nuove forme di paralleli concettuali da queste ultime eventualmente ricavati.

Vale la pena di seguire per un attimo l'argomentazione labandiano, che non esitiamo a definire 'perfetta' nel suo genere, per costruirci in 'negativo' un'immagine di una visuale limitata della funzione dell'elemento 'generale' nella giurisprudenza, tale da non corrispondere alla superiore complessità della proposta merkeliana<sup>(48)</sup>: se infatti è notissimo il paragone tra la posizione del Kaiser come organo nella corporazione di diritto pubblico, e quella

---

« *Staatsrecht des Deutschen Reiches* », in E. V. HEYEN (hrsg.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten*, Frankfurt am Main, 1984, pgg. 91-104.

(47) C. SCHMITT, *Über die zwei großen « Dualismen » des heutigen Rechtssystems. Wie verhält sich die Unterscheidung von Völkerrecht und staatlichem Recht zu der Innerstaatlichen Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht?*, in Id., *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939*, Hamburg, 1940, pg. 262 ss.

(48) P. von OERTZEN, *Die soziale Funktion*, cit., pgg. 260-261, ha notato, sintomaticamente, una certa somiglianza delle posizioni di Merkel con quelle gerberiane, equivocando però a nostro avviso largamente in un senso riduttivo-positivistico le posizioni del nostro e sottraendo dal suo reale contesto.

che spetta invece al presidente o direttore di una società privata, nonché tra le potestà e i doveri del primo — le sue « *sozusagen amtlichen Funktionen* » — e quelle spettanti appunto al « *Vorstand oder Direktor einer juristischen Person überhaupt* », meno nota è la forse ancor più rilevante ‘ dimostrazione ’ che gli permette di puntellare l’immagine contro coloro che volevano vedervi una « inadeguata analogia privatistica »<sup>(49)</sup>: « *Hiergegen ist zu erwidern, dass der Begriff der juristischen Person nicht auf das Privatrecht beschränkt ist, sondern dem öffentliche Recht ebensogut angehört, ja aus diesem Gebiet whol seine eigentliche Heimat hat. Nun ergeben sich aber aus dem allgemeinen Begriff der juristischen Person gewisse Rechtssätze, die für alle juristischen Personen gleichmässig Geltung haben, von denen man daher bensowenig sagen kann, sie seien von dem Gebiete des Privatrechts auf dasjenige des öffentlichen Rechts übertragen, wie umgekehrt. Sie gehören vielmehr von Hause aus und ursprünglich b e i d e n Gebieten an* »<sup>(50)</sup>.

Da questa postulata impossibilità di stabilire la paternità di un concetto che appartiene — si badi bene — originariamente a tutti e due (gli unici due) i settori, scaturisce allora l’esigenza che ogni persona giuridica possenga un organo il quale sia legittimato ed obbligato a rappresentarla rispetto ad altri soggetti giuridici, ad assumerne la *Gaschäftsführung*, ad ‘ amministrare ’ i mezzi dei quali la persona giuridica dispone per il raggiungimento dei suoi scopi.

Se però tali concetti rimandano ad un’unità originaria non dialetticamente riflettuta, ma assunta già immediatamente come esistente al di là dell’apparenza in contrario, al di là quindi della concreta diversa prassi dei differenti rami della scienza giuridica che partivano non solo da diverse concettualizzazioni, ma da principi diversi — in una parola (di nuovo, od ancora sempre) diritto co-

---

<sup>(49)</sup> Sul sottofondo più propriamente giuspubblicistico degli attacchi a Laband cfr. M. FIORAVANTI, *op. cit.*, pg. 350 ss., P. von OERTZEN, *loc. ult. cit.*, pg. 271 ss.

<sup>(50)</sup> P. LABAND, *op. cit.*, Bd. 1, pg. 228, nota 2: non è un caso allora che Laband per una questione rimasta centrale per la sua teoria, quale quella della distinzione tra Bundestaat (*composite State*) e Staatenbund (*System of confederated Staates*) rinvia appunto a ‘ *The province of Jurisprudence* ’, London, 1861<sup>2</sup> di John Austin.

mune <sup>(51)</sup> — ne segue con facilità che un simile organo è presente ‘ senza eccezioni ’ in ogni <sup>(52)</sup> persona giuridica, sia essa società per azioni, corporazione, chiesa, struttura municipale, Stato, « oder was sonst sei[n] » — appunto nonostante la grande differenza nelle designazioni, nel rapporto con altri organi e nel concreto contenuto dei poteri di disposizione e dei doveri —: « poiché quindi l'impero tedesco non si lascia sussumere né al concetto (Begriffe) storicamente tramandato ‘ Imperatore = monarca sovrano ’, né sotto il concetto di ‘ supremo funzionario nominato mediante elezione, designato allora con il termine (Wort) Presidente di una repubblica federale <sup>(53)</sup>, così bisogna ricercare una categoria concettuale più generale (*eine Allgemeinerer Begriffskategorie*) <sup>(54)</sup> i cui criteri caratteristici ricorrono poi nel caso dell'impero, una volta dato per scontato che non si possa ritenere esaurito il compito e la funzione medesima della scienza giuridica con un insipido allineamento delle determinazioni sui poteri di disposizione e le competenze imperiali, contenute nelle leggi dell'impero (*wofern man nicht die Aufgabe der Rechtswissenschaft mit einer faden Aneinanderreihung der in den Reichsgesetzen enthaltenen Bestimmungen über die Kaiserlichen Befugnisse für erledigt ausieht*). L'obbiezione ... che questo concetto sia inutilizzabile proprio a motivo della sua generalità e raggiunga un contenuto stabile e determinato soltanto mediante la configurazione concreta che gli è dato ricevere nella sua differenziazione non regge; poiché essa si lascia allora elevare contro *tutti* <sup>(55)</sup> i concetti giuridici. Quanto infinitamente diversificati e tra loro contrastanti, nel significato che assumono per la vita pratica non sono forse i rapporti che si subordinano al concetto generale di società, di mandato, di diritto reale, di delitto e così via? Debbono

---

<sup>(51)</sup> In questo senso l'accusa di fare capo ad analogie privatistiche rimane realmente al di qua dell'intenzione labandiana e dell'interna problematica insita nella parte generale.

<sup>(52)</sup> P. LABAND, *loc. ult. cit.*, pg. 229 nota 2, sottolineatura dell'autore.

<sup>(53)</sup> Cfr. M. HERBERGER, *loc. ult. cit.*, pg. 98 ss.: in questo secondo caso, intendendo con concetto soltanto il termine (wort) se ne viene implicitamente ad escludere l'utilità ricostruttiva.

<sup>(54)</sup> P. LABAND, *loc. cit.*, sottolineatura dell'autore.

<sup>(55)</sup> *Ibid.*, sottolineatura dell'autore.

perciò questi concetti essere banditi dalla Dogmatica del diritto? *Questo significa eliminare la stessa scienza giuridica in sé e per sé.* Del tutto errato si rivela ciò nonostante il tentativo di caratterizzare la natura giuridica di un istituto giuridico mediante descrizioni *non giuridiche...* »<sup>(56)</sup>.

Diviene a questo punto evidente, in secondo luogo, come una giurisprudenza analitica siffatta — tale da non rinunciare in definitiva al mantenimento della nozione di sistema interno, escludendo perciò largamente la dimensione temporale del futuro, cui con tanta enfasi faceva riferimento Baron, dal concetto medesimo di sistema — potesse persino giungere ad operare una alquanto fittizia 're-zezione' dell'economia politica<sup>(57)</sup>: si tratta tuttavia appunto di un rinvio devitalizzato e devitalizzante. Esso cioè non induce a ripensare in modo nuovo la sistematica, ma si lascia anzi da quest'ultima agevolmente assorbire — nella sua forma di teoria monetaria ridotta ormai a mero commento delle leggi positive in materia<sup>(58)</sup> —, smascherando già implicitamente (sia pur per assurdo) quello che doveva essere in fondo il limite medesimo della ben più riflessa

---

(56) *Ibid.*; il passo nella sua integralità suona: « Ganz verfehlt aber ist es, die juristische *Natur einer Rechtsinstituts* durch unjuristische Schilderungen charakterisieren zu wollen, wie dies GIERKE, *a.a.O.* tut, der dem Kaiser 'eine überragende Stellung innerhalb der Reichsgesamtheit', 'ein potenziertes Reichsbürgerrecht', 'die persönliche Eigenschaft eines staatsrechtlichen Hauptes des deutschen Volkes', eine in ihrer Art einzige und höchste Gliedpersönlichkeit' beilegt. Dies alles ist unzweifelhaft *ebenso richtig als juristisch nichtssagend* ».

Indubbiamente un po' diverso doveva suonare l'inizio della *Rechtsnorm und subjectives Recht* (1878), di August Thon; e il richiamo al § 82 della hegeliana *Rechtphilosophie* con lo *Zusatz* costituiva un chiave euristica per l'intera sua teoria, assai più che non si possa credere: ma di ciò in altra sede.

(57) Dato questo che con riferimento a Laband non ci pare venga in generale sottolineato, nonostante la sua *Herkunft* di commercialista, certo ben lontana dalle posizioni universalistiche di un Goldschmitt.

(58) P. LABAND, *op. cit.*, Bd. 3, cap. 18, *Die innere Angelegenheiten*, § 76 *das Münzwesen*, pg. 169. Che poi si manifesti in ogni caso una sensibilità assai più moderna di molti dei manuali di diritto pubblico che vanno tuttora per la maggiore, andrà certo ad onore della pur tuttavia ampia formazione culturale teorico-pratica non esclusiva del nostro ma propria alla tradizione istituzionale dell'università tedesca dell'epoca.

e approfondita recezione savignyana<sup>(59)</sup>: ovvero il suo carattere parziale, meramente intransistemico, in definitiva volto a legittimare un assetto del sistema già preconstituito e non riveduto nella sua globalità per mezzo del raffronto concettuale tra le diversificate esigenze di cui potevano invece farsi portatrici discipline per tradizione non omogenee.

4. La resa dei conti con Savigny si presentava perciò a Merkel come compito centrale per una fondazione all'altezza dei tempi della teoria generale del diritto.

L'approccio si manifesta a tutta prima paradossale, un ' motto di spirito ', nell'individuare non già una semplice analogia, ma addirittura un'identità di vedute tra l'Entwicklungstheorie darwiniana<sup>(60)</sup> e la teorica savignyana, inconsapevolmente centrando quel suo possibile punto di emersione ' naturalistica ', cui si è fatto cenno in precedenza.

Ma la postulata identità dei due concetti di ' sviluppo ' si mostra subito — in tutta la sua specifica serietà — quale operazione ' interna ' alle necessità formative del nuovo programma: « Aber, wird man einwenden, ist nicht der Begriff der Entwicklung ein anderer, wenn ihn ein Naturforscher, ein anderer, wenn ihn ein Jurist, Historiker und Philosoph zur Anwendung bringt? Ich denke, nein. Die Sprache ist jenen Gemeinsam und sie verbindet mit dem Worte Entwicklung nur einen Begriff, einen Begriff, dessen Zergliederung für Natur- und Geisteswissenschaften die nämliche Bedeutung in Anspruch nimmt »<sup>(61)</sup>.

Che il concetto di Entwicklung sia uno soltanto viene qui infatti a significare che deve cadere la differenziazione corrente tra scienza della natura e scienza dello spirito, che la scienza va (o è) unificata: allora i momenti costitutivi di quel concetto saranno per

<sup>(59)</sup> Nonché, né varrebbe tacerlo, l'incapacità progettuale di certe impostazioni scaturenti dal seno medesimo della coeva teoria economica; si cfr. ad es. *ivi*, pg. 170 nota 3.

<sup>(60)</sup> Cfr. per l'influenza per le concezioni biologiche sulla giurisprudenza ottocentesca H. COING, *Bemerkungen zur Verwendung des Organismusbegriffs in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts in Deutschland*, in G. MANN, hrsg., *Biologismus in 19. Jahrhundert*, Stuttgart, 1973, pgg. 147-157.

<sup>(61)</sup> A. MERKEL, *Entwicklung*, cit., pg. 626.

entrambe « wesentliche Bestandtheile des allgemeinen Entwicklungsbegriff »<sup>(62)</sup>, rappresentati come sono dall'elemento della *Metamorphose*, da quello della *Continuität* e infine dal momento 'generazionale' della *Vererbung*. Non si tratta quindi di una mera consonanza esteriore di vuoti termini e l'opposizione del darwinismo alla « teoria delle catastrofi » della vecchia scienza naturale — alla Thom, verrebbe fatto oggi di soggiungere — è strettamente omogenea l'insofferenza savignyana per il concetto di inizio assoluto nel campo della giurisprudenza.

Ma questa iniziale omogenità assolve all'interno del discorso merkeliano anche ad un'altra funzione; essa permette cioè di proseguire l'analisi comparativa delle due teorie su livelli diversi, « ovvero sia con riferimento alle forme di uno sviluppo progressivo ». È a questo punto però che, oltre a rinnovate possibilità di raccordo, si fa luce il problema di come mai una così accentuata equivalenza strutturale abbia dato luogo ad un'efficacia storica « completamente diversa » delle due impostazioni e scuole: « Hier die hochconservative, religiöser Geschichtsauffassung zugeneigte historische Schule, dort die radicale, dem Materialismus theils huldigende, theils zugeneigte Gruppe der Darwinianer! ».

Quindi sussiste un passaggio della dottrina della Scuola Storica con il quale una teoria generale del diritto realmente innovativa non potrà in nessun caso concepirsi come in continuità, nonostante l'appena ricordata concordanza degli elementi teorici astrattamente presi, perché esso denota una reale differenza dell'impostazione di fondo. Questa differenza ineludibile si manifesta essenzialmente nel fatto che « in dem Anschauungen und Bestrebungen der einen Schule das erste der besprochenen Elemente, das der Metamorphose, in den Anschauungen und Bestrebungen der andern das zweite, das der Continuität und beziehungsweise Vererbung, prävalirt. Bei Savigny und der historischen Schule prävalirt das letztere. Für ihre parteistellung und ihren Einfluss auf politischen und socialem Gebiete ist es allein charakteristisch »<sup>(63)</sup>.

Se pertanto il programma teorico così come formulato da Savigny tendeva ad includere entrambi i profili nel concetto di svi-

<sup>(62)</sup> *Ibid.*, pg. 628.

<sup>(63)</sup> *Ibid.*, pg. 629.

luppo, l'assoluta prevalenza del secondo al momento della realizzazione del programma medesimo — « nella misura in cui si possa dire che una tale realizzazione sia in generale avvenuta »<sup>(64)</sup> — ha reso la giurisprudenza sensibile esclusivamente alla sua funzione di appoggio e puntello per la « tendenza alla stabilità », proprio mentre la teoria in sé strutturalmente considerata era idonea ad entrare in conflitto con gli interessi e le strutture mentali precostituite<sup>(65)</sup>.

In questa prospettiva assume allora una forza rinnovata la necessità di istituire uno stabile parallelo tra la giurisprudenza e la scienza economica come si veniva configurando nella più recente « Historische Schule der *Nationalökonomie* ». Una tale esigenza assume adesso tutta la sua pregnanza appunto perché Merkel era in grado di individuare perfettamente il carattere conservatore di questa sorella minore della prima scuola storica; un carattere che scaturiva inevitabilmente dall'unilaterale accentuazione della contrapposizione alle tendenze ' giusnaturalistiche ' portate avanti dall'opposta scuola della libera concorrenza, venendo perciò a sottolineare la storia come via alla comprensione del presente quasi soltanto nella misura in cui essa conducesse ad una « dipendenza del singolo dal tutto ».

Non si trattava qui però di un conservatorismo dalla coloritura « indifferenziata » qual'era invece peculiare alla scuola giuridica, appunto nella misura in cui alla dimensione dal nostro definita in forma abbreviata come ' metamorfosi ' veniva riservato un ruolo trainante « wie ihr Verhältniss zum Socialismus zur Genüge erhärtet »<sup>(66)</sup>.

La dimensione del futuro, della variabilità della situazione politico-sociale fa sì che al dogmatismo della scuola liberal-giusnaturalista non venga sostituito un nuovo dogmatismo, ma un esame critico dei concetti sulla base della tematizzazione del « progresso storico »<sup>(67)</sup>.

---

<sup>(64)</sup> *Ibid.*, pg. 630.

<sup>(65)</sup> *Ibid.*, pg. 631.

<sup>(66)</sup> *Ibid.*, pg. 632.

<sup>(67)</sup> Se ne veda la testimonianza nella risposta polemica a Treitschke da G. SCHMOLLER significativamente intitolata, *Ueber einige Grundfrage des Rechts und der Volkswirtschaft. Ein offenes Sendschreiben an Herrn-Professor H. von Treitschke*, Jena, 1875, pgg. 28-29; scritto al quale ap-

La teoria generale del diritto non potrà tuttavia essere catalogata — al di là dei riferimenti culturali che ci sono stati finora sottoposti — come risposta ‘positivistica’ all’autonomia di una Rechtsphilosophie idealistica<sup>(68)</sup>, che si trattasse ora di riconoscere invece come porzione integrante di un diritto già per sua essenza positivo. Non è a questo tipo di generalità ‘labandiana’ che qui in realtà si aspira; indubbiamente in questo momento decisivo di trapasso si fa avanti la improrogabile esigenza di una revisione critica della tradizione giuridica idealistica, che non può risparmiare neppure l’‘ontologico’ padre: « Hegel fand das Verhältniss zwischen dem Naturrechte und dem positiven Rechte dem zwischen Institutionen und Pandecten entsprechend. Es bedarf wohl keiner Ausführung, dass diese Vergleichung einer wesentlich anderen als der hier vertetenen Auffassung entspreche. Nach jener würde sich die Rechtsphilosophie dem Ganzen der Rechtswissenschaft als ein Besonderes zur Seite stellen und sich gleich den Institutionen in ihrem Verhältnisse zu den Pandecten als einen durch kein wissenschaftliches, sondern nur durch ein didaktisches Interesse geforderen Auszug charakterisieren. Nach unserer Auffassung dagegen kommt das Ganze der Rechtswissenschaft erst durch die Rechtsphilosophie zu Stande<sup>(69)</sup> ».

Ma a scrutare più in profondità ci si accorge che Merkel non viene mai meno al « contenuto di verità » da lui stesso riconosciuto alla dottrina hegeliana<sup>(70)</sup>. Infatti la filosofia del diritto cessa di rivelarsi praticabile come disciplina autonoma, nello stesso momen-

punto Merkel direttamente rinvia. Il giudizio di Merkel sulle direttrici politiche della scuola storica dell’economia non è molto lontano dalle odierne valutazioni, cfr. D. BLASIUS, *Konservative Sozialpolitik und Sozialreform im 19. Jahrhundert*, spec. p. 484 ss., in G.-K. Kaltenbrunner, hrsg., *Rekonstruktion des Konservatismus*, Bern, u. Stuttgart, 1978<sup>3</sup>.

<sup>(68)</sup> K. BARTH, *Die Rechtslehre Adolf Merckels*, Diss. jur., Tübingen, 1956, pg. 111.

<sup>(69)</sup> A. MERKEL, *Ueber das Verhältniss*, cit., pg. 409.

<sup>(70)</sup> Cfr. E. LANDSBERG, *Geschichte*, loc. ult. cit., pg. 714. Le espressioni che rinviano alle scienze naturali contemporanee vengono isolate un po’ troppo accentuatamente da D. STEPHANITZ, *Exakte Wissenschaft und Recht. Der Einfluss von Naturwissenschaft und Mathematik auf Rechtsdenken und Rechtswissenschaft in zweieinhalb Jahrtausenden. Ein historischer Grundriss*, Berlin, 1970, pg. 179.

to nel quale la giurisprudenza deve a sua volta cessare di attenersi soltanto alla « forma legislativa e consuetudinaria del diritto », senza curarsi « um ' Idee und Gehalt ' der Rechtlichen Institutionen »<sup>(71)</sup>! nello stesso momento, cioè, nel quale questa scienza giuridica « positiva » — o meglio, presunta positiva<sup>(72)</sup> — « *das hervorgehobene Beiwort abzustreifen haben wird* »<sup>(73)</sup>. Il termine positivo va eliminato proprio nella misura in cui la sua apparizione sia storicamente servita a rimuovere la filosofia dal campo spettante alla disciplina giuridica, dacché dopo simile esclusione — dettata palesemente da un'incomprensione di fondo del concetto di scienza — nulla rimane che possa di per sé valere come scienza.

Di fatto quest'acquisizione comporta conseguenze a tutta prima non immediatamente leggibili, se non si tenga conto della profonda distanza che separa la comprensione dell'elemento ' generale ' che contraddistingue l'impostazione di una Allgemeine Rechtslehre così formulata, rispetto alla generalità predicata come naturale culminazione della dottrina del diritto comune (Allgemeiner Theile); letta poi, com'era letta quest'ultima, soltanto a partire dalla ' grande dicotomia ' pubblico-privato e dalla sua ' necessaria ' seppure coperta, devitalizzazione: qui come là « *das Allgemeine ist ein Element des Besonderen* »<sup>(74)</sup>, ma ora, giusta l'identificazione (apparentemente positivistica) tra Rechtsphilosophie e parte generale — non di un singolo settore od anche, partitamente, di ciascun singolo settore della scienza giuridica, come subito diremo — il compito di cui essa viene caricata va bene al di là della ricostruzione analitica di singole proposizioni dogmatiche in vista di una percezione ' razionale ' nel senso kantiano dell'« ordinamento ».

Si tratta riassuntivamente — con parole che immediatamente riecheggiano la celebre Vorrede hegeliana alle Grundlinien — di ribadire che la comprensione del dato non può essere collocata al di fuori della sfera della filosofia, poiché il suo scopo consiste « *nur darin, die Welt wie sie ist zu begreifen* »: il « dover essere » si rivela soltanto come una conseguenza del giudizio sull'« essere » e

(71) A. MERKEL, *loc. ult. cit.*, pg. 412.

(72) *Ibid.*, pg. 409.

(73) *Ibid.*, pg. 403.

(74) *Ibid.*, pg. 416.

non può formare oggetto di una disciplina autonoma che si ricollegli ad un livello a se stante rispetto alla « Wissenschaft des 'ist' »<sup>(75)</sup>.

L'iniziale continuità rispetto alla tradizione idealistica<sup>(76)</sup> — di un ben preciso idealismo andrebbe forse soggiunto — si palesa altresì nel netto rifiuto della distinzione tra scienze empiriche e scienze speculative, che ritrovava il suo effetto riflesso più evidente nella scissione di idea e forma del diritto: « Wir haben es im Allgemeinen aufgegeben, die Wissenschaft und deren Object zu spalten und dem empirischen Begriff des letzteren einen philosophischen gegenüber zu stellen »<sup>(77)</sup>.

Ma è proprio questo tipo di continuità che permette di individuare lucidamente come fine ultimo della riflessione un superamento dialettico dell'unilateralità sia della tradizione idealistico-pandettistica, che del positivismo naturalistico ormai annunciatosi come trionfante, superamento che trova il suo referente immediato nel rovesciarsi di questo idealismo in una critica medesima alla dogmatica organicistica e della *organische Staatslehre*, sottilmente smascherata quale tentativo di sottoporre la realtà alle esigenze logico-postulative di un *Seinsollendes*<sup>(78)</sup> nient'affatto preformato e 'scoperto', come il paragone con la vita di corpi organici mirava a far credere, ma invece soltanto 'meramente' esistente.

Un tentativo che trovava la sua formulazione più precisa ed eclatante nell'avversione giuridico dogmatica, tecnicamente motivata, rispetto all'introduzione di istituti sul tipo del suffragio universale diretto, individuato sprezzantemente quale rapporto 'unorganisch'<sup>(79)</sup>.

<sup>(75)</sup> *Ibid.*, pg. 418.

<sup>(76)</sup> F. BEROLZHEIMER, *op. cit.*, pg. 462.

<sup>(77)</sup> A. MERKEL, *loc. ult. cit.*, pg. 412; oltre al tema della cultura penalistica, andrà forse fatto qui cenno all'ulteriore circostanza che ancora Merkel per affermare la necessità che anche la scienza giuridica abbia a che fare con il 'reale', come la scienza della natura, richiami analoghe formulazioni di Puchta: cft. A. MERKEL, *Ueber den Begriff der Entwicklung in seiner Anwendung auf Recht und Gesellschaft*, II, Die « historische Ansicht », in *Grünhut's Zeitschrift*, cit., Bd. 4 (1877), pg. 8.

<sup>(78)</sup> A. MERKEL, *Ueber das Verhältniss*, cit., pg. 418.

<sup>(79)</sup> A. MERKEL, *Fragmente sur Socialwissenschaft*, Strassburg, 1898, pg. 19 ss.

Sotto due profili quindi la teoria generale del diritto verrà a distinguersi dalla parte generale di pandettistica memoria, lasciandosi alle spalle come inadeguati i timori — legati ad un'immagine ' dualistica ' della scienza del diritto — di coloro che ravvisavano in un tale processo una *capitis deminutio* della filosofia giuridica sia, al contrario, di coloro che erano assai più disposti a paventare che l'« *aufhebung jener grenzen* » fosse suscettibile di determinare una « invasione di improvvisazioni filosofiche nel campo del loro lavoro lentamente ma continuativamente progrediente sulla base dei suoi fondamentali esegetici e storici »<sup>(80)</sup>.

Sotto un primo profilo si veniva pertanto a postulare una nuova relazione-integrazione interdisciplinare, per così dire, intrasistemica: la parte generale non concerneva cioè più singole discipline, o settori delle medesime, ma doveva essere avvertita come punto di vista universalistico, capace di trasvalutare le acquisizioni delle dogmatiche « settoriali » con l'occhio rivolto « *auf die ganze Phänomenologie des Rechtsleben* », sottoponendole ad una elaborazione ' critica ' <sup>(81)</sup>.

La capacità di « strappare la maschera » che nascondeva i veri tratti del diritto, per giungere a mostrarne l'identità — e corrispettivamente a sottolinearne le diversità laddove esse si rivelassero sustenti — non è però un dato autoevidente, come lo era la funzione dei concetti giuridici più generali, che abbiamo incontrato in Laband; più generali poiché ovviamente ed immediatamente esprimenti la sostanziale e già data comunità dei settori da cui venivano ricavati, per usare le paradigmatiche espressioni della scienza ufficiale ' labandiana '.

Il moderno processo di settorializzazione del diritto è invece giunto ad un punto tale di approfondimento, che si tratta piuttosto di riconoscerlo in tutta la sua evidenza. Non siamo più per Merkel allora di fronte ad una scienza giuridica metodologicamente conciliata, che si diversifichi soltanto esteriormente mediante la sua applicazione a soggetti differenti; bisogna invece prendere coscienza che manca assolutamente qualsiasi accordo perché in ogni settore si sostengono concezioni che rappresentano l'esatto contrario dei prin-

---

<sup>(80)</sup> A. MERKEL, *Ueber das Verhältniss*, cit., pg. 410.

<sup>(81)</sup> *Ibid.*, pg. 9.

cipi avanzati nei campi limitrofi. Altrimenti detto non sussiste più una disciplina realmente trainante — ad esempio il diritto civile, od anche il medesimo diritto pubblico —, e capace quindi di rendere omogenee per forza propria le premesse; ma tutte, dal diritto penale al diritto canonico al diritto internazionale, meritano di essere poste al livello tradizionalmente occupato dalle prime come parimenti legittimate: « Man denke nicht das damit die Aufgabe gestellt sei, einen Wasserspiegel zu ebnen, *dass die geforderte Uebereinstimmung sich überall von selber herstelle und ein bewusstes Bemühen um dieselbe daher als unnutz anzusehen sei* » (82).

L'identità deve essere allora frutto di un « lavoro cosciente » di integrazione che non può fare affidamento su metafisiche armonie prestabilite, ma dovrà invece basarsi soprattutto su di una Vergleichung di eterogenei materiali, un lavoro cosciente successivo pertanto all'accettazione della differenza.

---

(82) *Ibid.*, pg. 10: « Nicht blos fehlt hier überhaupt die Uebereinstimmung hinsichtlich der wesentlichsten Punkte, wie z. B. hinsichtlich der Frage, ob die Positivität zum Begriff des Rechts, gehöre oder nicht (s. unten), sondern wir vertreten auch im einen Gebiete Auffassungen, von welchen das Gegentheil unsere Voraussetzung in einem anderen bildet. So finden wir als Civilisten das normgebende Princip des Rechts im Willen, während wir als Criminalisten ein ethisches Princip zum Ausgang nehmen. Vielleicht werden wir in ersterer Qualität demnächst den Nutzen an die Stelle des Willens setzen, aber als Criminalisten fortfahren, das Moment des Nutzens als unter der Dignität des Rechtes stehend aus der Reihe der für die Functionen desselben bestimmenden Motive auszuschneiden. Andererseits beziehen wir diese Functionen als Criminalisten ausschliessend auf das staatliche Ganze, als Civilisten ebenso auf die Einzelnen, während der einige Begriff des Rechts für einen derartigen unvermittelten Gegensatz keinen Raum bietet. Als Civilisten halten wir im Allgemeinen an der Ansicht fest, dass Recht nur im Staate und durch den Staat entstehen könne, während wir als Canonisten uns mit einem Rechte beschäftigen, welches der kirchlichen Gemeinschaft seine Existenz verdankt und als Lehrer des Völkerrechts davon ausgehen, dass ein über die Staaten übergreifendes, sie zu blossen Organen seiner Verwirklichung und bzw. zu Trägern von subjectiven Rechten und Pflichten herabsetzendes, Recht sich bilden könne und gebildet habe etc.

Die Aufgabe des allgemeinen Theiles wird es sein, die Maske wegzunehmen, welche jetzt hier, jetzt dort die wahren Züge des Rechts verbirgt und seine Identität im Bereiche unserer Wissenschaft nicht zur Geltung gelangen lässt ».

Non a caso prima della costruzione del nuovo ' Sistema ' della teoria generale la giurisprudenza è chiamata a risolvere come suo « compito più importante, il problema di raccogliere gli ' sparsi ' contributi sino ad allora esistenti in tema di *Entwicklungsgeschichte des Rechts*, per poter poi ulteriormente lavorare — nella misura consentita dallo stadio di consapevolezza temporaneamente raggiunta ad approfondire una tale rappresentazione. Un simile riferimento non può essere in nessun modo sottovalutato.

Di fatti la concezione cui il nostro allude con la formula appena rammentata corrisponde ad un gradino della considerazione storico-giuridica ' emarginato ' dalla scienza ufficiale fin dall'insorgere delle postulazioni gansiane — ed emarginato assai più di quanto la severa critica puchtiana cui abbiamo fatto cenno, muovendosi, come si muoveva, parzialmente sullo stesso terreno, potesse far pensare —: una considerazione rimasta invece ben viva nel campo del diritto penale, laddove sussisteva ancora un interesse a rendersi familiari « mit der Entwicklung des Strafrechts bei verschiedenen Völkern und darin wiederkehrende Stufenfolgen »; interesse problematizzato adesso sino a raggiungere la consapevolezza di una globalità di fenomeni ricorrenti ben al di là di questo ristretto specialismo, così da farsi addirittura questione « auf jenem allgemeineren Standpunkte darum, in dem auf dieser und auf jener Seite wahrgenommenen gesetzmässigen Zusammenhänge Momente eines einheitlichen Processes zu erkennen »<sup>(83)</sup>.

La propedeutica alla teoria generale ' comparativa ' diveniva allora quella che da ultimo Jhering, buon amico del nostro<sup>(84)</sup>, aveva soltanto potuto abbozzare — in concomitanza tuttavia di alcuni analoghi ed altrettanto significativi tentativi<sup>(85)</sup> — per la storia giuridica romana come definitiva realizzazione delle precorritrici e senza

---

<sup>(83)</sup> *Ibid.*, pgg. 9 e 414, a riprova cfr. *Id.*, *Ueber den Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Strafrechts und der Gesammtenwicklung der öffentlichen Zustände und des Geistigen Lebens der Völker*, Strassburg, s. d., spec. pg. 41 ss.

<sup>(84)</sup> Cfr. G. DORNSEIFER, *Rechtstheorie*, cit., pg. 13 ss.

<sup>(85)</sup> Cfr. ad es. H. POST, *Bausteine für eine Allgemeine Rechtswissenschaft auch vergleichend ethnologischer Basis*, Bd. 1, Oldenburg, 1880; *Id.*, *Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte*, Oldenburg 1884.

altro un po' temerarie aspirazioni di un Christiansen: « *Die Römische Rechtsgeschichte wird angewandte Rechtsphilosophie sein* »<sup>(86)</sup>.

Ma se ad una disciplina 'presunta autonoma' si trattava perciò di sostituire delle posizioni differenziate di una medesima « *Wissenschaftliche Thatigkeit* »<sup>(87)</sup>, nel senso che la storia dei singoli campi nella loro relativa autonomia doveva altresì cercare ancora il suo completamento in quella della loro comune origine, dando così luogo ad una storiografia della « *Differenzierung des Rechts in öffentliches und Privatrecht, Strafrecht und Civilrecht etc.* » nonché ad una storia della *Selbstständigwerdung* del diritto stesso nella sua emancipazione dal costume, dalla religione, dall'ethos e dai caratteri nazionali, ne seguiva un'ulteriore conseguenza, pur se si lasciasse impregiudicata la esistenza tecnica autonoma risultante da quel medesimo processo di differenziazione sociale così definitivamente identificato.

Riemergeva cioè il tema del rapporto con l'economia politica: certamente non posto nella forma di una 'ingenua' e meccanica sostituzione funzionale di questa 'moderna' disciplina ad una *Rechtsphilosophie* ormai giudicata obsoleta nella sua innaturale indipendenza, come pure qualcuno auspicava, nell'illusione di poter così aggirare l'ostacolo, battezzando una riunificazione 'esteriore', una mera *Zusammenfassung* di entrambi i campi come « scienza compiuta del diritto » e non facendosi invece carico delle modificazioni che alle sistematiche di tutte e due le scienze si sarebbero appunto dovute apportare ogni volta che i rispettivi elementi costitutivi si manifestassero realmente come rilevanti sotto il profilo comparativo<sup>(88)</sup>.

Questa riemersione vale tuttavia nella prospettiva merkeliana cui abbiamo avuto modo di accennare a proposito della sua critica

<sup>(86)</sup> R. von JHERING, *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts, Aus dem Nachlass herausgegeben*, Leipzig, 1894, pg. 5: si cfr. anche (*ivi*, pgg. 6-7) le acri affermazioni su l'impossibilità per la storia del diritto dell'epoca di Ranke di continuare a permanere ai livelli che le erano abituali, nonché *Ibid.*, pg. 21, un passo che riecheggia da vicino le impostazioni hegeliane relative al rapporto soggetto-oggetto.

<sup>(87)</sup> A. MERKEL, *Ueber das Verhältniss*, cit., p. 405.

<sup>(88)</sup> Cfr. *ibid.*, pg. 415, nota 8.

a Savigny, ovvero nella dimensione dell'unificazione delle scienze naturali con quelle dello spirito.

È in questa direzione che, se fosse consentito anche a chi scrive di utilizzare espressioni tendenti ad evocare la 'necessità' nel processo storico, inevitabilmente — staremo per dire — la scienza giuridica si manifesta al nostro come aperta verso l'alto, al punto da non aver più bisogno di schermirsi rispetto a prospettazioni problematiche 'rischiose' come quelle del rapporto del diritto con il potere ed il conflitto degli interessi sociali<sup>(89)</sup>: un'apertura questa che, a dispetto dell'imperativo 'quieta non movere' proprio a tanta parte della contemporanea, 'armonicistica' dottrina, giunge senza sforzo apparente alla necessaria conclusione che il diritto in ogni sua parte manifesti e rechi con sé una natura compromissoria. La teoria generale 'emancipatoria' dai legami di uno specialismo esasperato, condurrà così infine senza soluzione di continuità ad un collegamento con una scienza sociale il cui 'frammento' principale sarà rappresentato da una teoria dei partiti politici: « si tratta infatti di riconoscere e rappresentare che cosa essi *sono*, come si manifestino e si determinino fattualmente i fondamenti ultimi della loro esistenza e il carattere generale della loro efficacia e come essi si comportino in relazione alle condizioni generali dello sviluppo sociale »<sup>(90)</sup>.

L'analisi che abbiamo sin qui svolto mostra in una parola per lo meno due cose. Da un lato l'esattezza della diagnosi che già Stinzling aveva avuto occasione di fare, stilando un bilancio sulle linee direttive dello sviluppo nell'ultimo terzo di secolo, ovvero la constatazione che il predominio della scuola storica inclinava verso la sua fine: « *Das durch die Hegel'sche Philosophie geweckte Bedürfniss nach der Synthese, das Verlangen, das Thatsä-*

---

<sup>(89)</sup> A. MERKEL, *Recht und Macht*, in Id., *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der Allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, Strassburg, 1899, pg. 400 ss. Che il tema stesse in quel torno d'anni diventando (o ridiventando) incandescente ci pare mostrarlo in modo 'speculare', sin dal titolo, il testo del celere storico del diritto R. von STINZLING, *Macht und Recht, Rede zur Feier des Geburtstages Sr. Majestat des Kaiser und Königs gehalten in der Aula der Universität Bonn*, Bonn, 1876, spec. pg. 32 ss.

<sup>(90)</sup> A. MERKEL, *Fragmente*, cit., pg. 1; si vedano anche le conclusioni di G. DORNSEIFER, *Rechtstheorie*, cit., pg. 78.

chliche auf seinen Begriff, die Einzelheiten auf das Allgemeine zu höherer Einheit zurückzuführen, führte zu einer Wendung... aber die Synthese steht jetzt hoher als damals; historische und synthetische Betrachtungen sind nicht mehr feindliche Gegensätze, sondern zwei gleichberechtigte, einander ergänzende Erkenntnisformen »<sup>(91)</sup>.

Dall'altro lato il carattere spesso frammentario delle riflessioni medesime, iniziate sull'onda di quella svolta verso la sintesi, talvolta favoriva quel processo di recezione devitalizzante — volto a sottolinearne esclusivamente il dato della continuità ad esclusione dell'elemento innovatore —, a cui la teoria generale nel suo complesso è andata incontro, paradossalmente bloccata oltre il lecito dagli specialismi di partenza, dei quali pure non poteva in parte non essere il frutto: tutto questo ha largamente impedito che anche una teoria generale del diritto, quale quella merkeliana, pur essendo profilata in termini così stimolanti potesse assumere il ruolo di sua competenza<sup>(92)</sup>.

Ma proprio questo ruolo reca forse con sé una ulteriore spiegazione della sua perdurante 'sfortuna' storico-tecnica: quel ruolo l'avrebbe infatti non da ultimo condotta implicitamente — ma appunto con uno strumentario ben più ampio delle teorie di stampo puramente analitico, subentrate al suo posto — a rimettere in discussione il momento fondante della ininterrotta fortuna — tut-

---

<sup>(91)</sup> Le opinioni di Stinzing, Mandry, Bruns ed altri sono riferite insieme alle proprie da A. BRINZ, *Die Savignyfeier am 21. Februar 1879*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, hrsg. von A. BRINZ u. J. POZL, XXI (1879), pgg. 471-489; sintomatico il giudizio su Savigny nel quale « ancora » la considerazione sintetica e quella storica si univano in una veste atta a non 'spaventare' i timorosi di Hegel: « In Savigny selbst noch — und damit mögen sich diejenigen beruhigen, die vor Hegel erschrocken oder der neuen Phase misstrauten — vereinigen sich beide; von einem direkten Einflusse der Hegel'schen oder Schelling'schen Philosophie zwar ist in seinem System nichts wahrzunehmen; aber anstatt durch dialektische Methode ist sein System durch die eigenthümliche Kraft juristischer Intuition bewegt » (*ibid.*, pg. 488).

<sup>(92)</sup> Vedi ad esempio gli argomenti con i quali A. LEVI, *Studio introduttivo* a A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo, prima traduzione*, Padova, 1939, pg. LIII ss. tende a criticare le intuizioni più innovative di quest'ultimo.

tora ininterrotta, ci sembra — della nozione di sistema interno ovvero, per ripetere ancora una volta la lucida qualificazione di Irti, quella logica insidiosa fondata sull'analisi concettuale della coppia fattispecie-effetto<sup>(93)</sup> quale era stata con sottile definitività teorizzata da Savigny — con una limpidezza che vorremmo definire a futura memoria<sup>(94)</sup> — nella sua dottrina della « juristische Tatsache ».

Anche per questo quel che resta della merkeliana provocazione immaginativa — una scienza giuridica unificata mediante la integrazione enciclopedica<sup>(95)</sup> — attende ancora di essere realmente raccolto.

Vi si potrebbe allora forse applicare — in una parafrasi non del tutto infedele — il non dimenticabile appello jheringhiano: « *con* il sistema, ma *oltre* il sistema ».

---

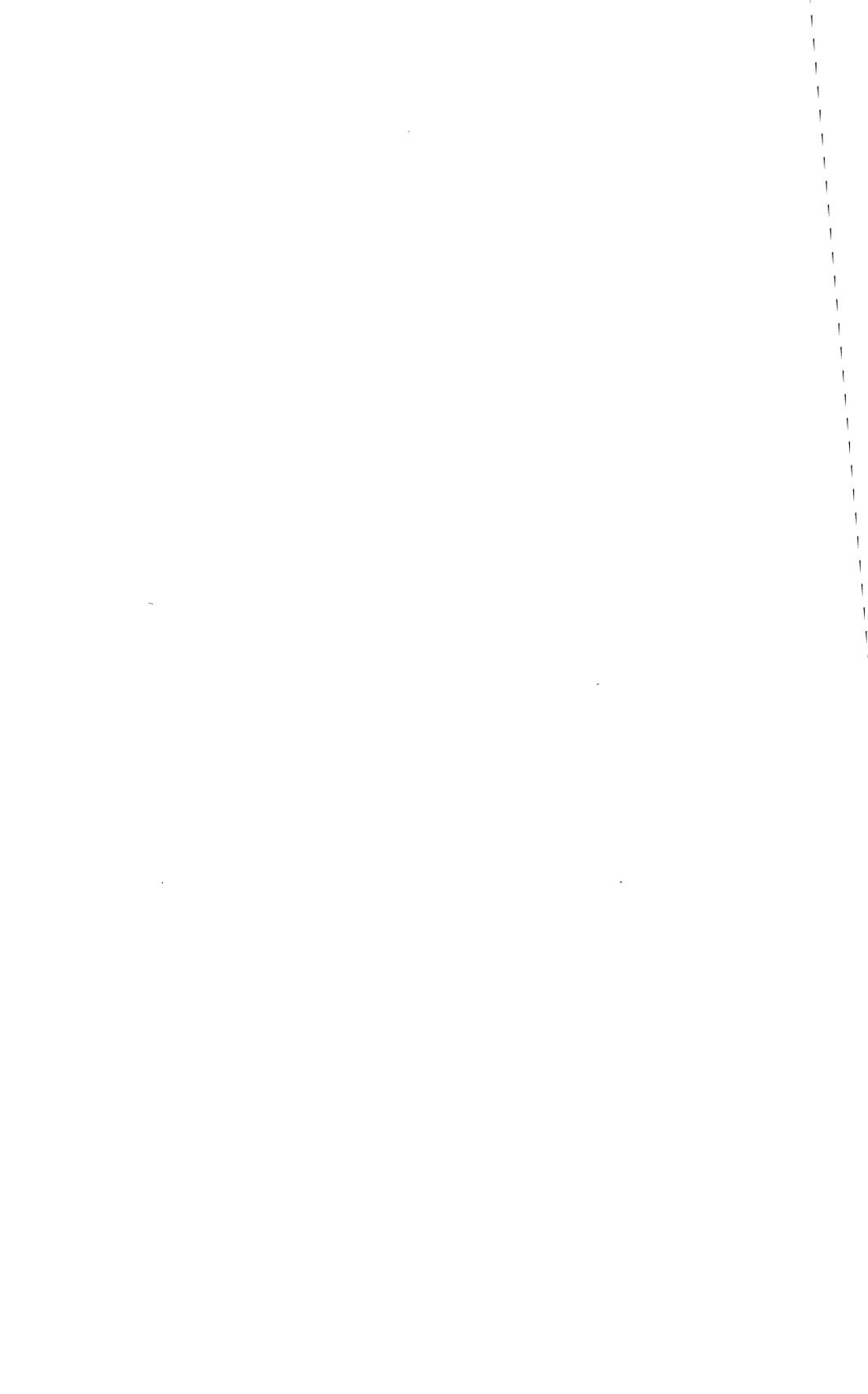
<sup>(93)</sup> Cfr. *supra*, cap. III, sub nota 157.

<sup>(94)</sup> Cfr. soprattutto A. MANIGK, *Tatsache (juristische)*, cit., pg. 849.

<sup>(95)</sup> La formula che qui usiamo riecheggia in modo voluto l'analisi concettuale che stava alla base delle affermazioni di Neurath; cfr. *supra*, cap. II, pg. 202, nota 41.



## APPENDICE I



## AVVERTENZA

In questa sede l'intenzione vuol essere non più che quella di ' suggerire ' la possibilità che sussista un problema; se meritasse un titolo, e non lo merita, lo potremmo forse formulare così: *Frammenti* di una ' ragione grafica '.

Il tema della formalizzazione della conoscenza, in specie di quella che concerne l'organizzazione e il controllo delle relazioni sociali, il diritto e l'amministrazione, gode ' weberianamente ' di buona salute. Quello che qui si vorrebbe solo per accenni visualizzare — ché di più non è possibile fare, visto che nessuna ricerca si è ancora rivolta in campo giuridico in questa direzione, né l'avrebbe potuto, dato che si tratta di fondare il problema medesimo — è l'impressione che le tecniche grafiche, le figurazioni, gli schemi grafici, le grammatiche che si esprimono, insomma, non soltanto ' alfabeticamente ', abbiano svolto e svolgano un ruolo di qualche portata in quel medesimo processo. E che, forse, anche per il giurista, varrebbe la pena di riflettere su questa non appariscente forma di organizzazione e di ' raccolta ' del suo sapere: per domandarsi poi magari per quale motivo si senta la necessità di ' reduplicare ' in forma visiva un patrimonio già espresso concettualmente. Riesce forse questa forma ' marginale ' a innovare ', ' riproponendo ' in qualche misura ciò che si crede già acquisito?

Se avesse anche solo insinuato questo dubbio quel titolo non sarebbe più allora del tutto immeritato.



Specialis Didactica Iuris §. 1. estque tum in

Idea Iurisprudentiae,  
cuius

Species

Existentia ubi

Historica §. 27.	Interna, Variarum Legum apud gentes, seu Theatrum Legale §. 29.	Reipublicae liberae, §. 31.	Augusta, ante Constantinum §. 32. Iustinianum §. 33. post Iustin. §. 34.	Totalis §. 35.	Partialis	Rituum & Sanctor. §. 36. Dogmat. Concilior. Haeresium §. 37.	Regiminis Pontificum, Ordinum §. 38.						
								Romana					
Externa §. 30.	Ecclesiastica	Medii aevi §. 39.	Hodierna §. 40.	Philologia Iuris §. 43.	Philologia Legalis ubi	Grammatica, huc Concordantiae §. 44. Lexicon §. 45. Phrases seu formulae iuris §. 46.	Rhetorica Legalis §. 47.	Didactica §. 47. huc Gradus Legum, Historia §. 49.	Aethica, Politica, Physica, Mathesis Legum §. 50.	Logica & Metaphisica §. 51. huc Antinomiae §. 52.			
											Series	Titulorum, & Legum §. 53.	Universalis, Institutiones Iuris Universi §. 54.
Exegetica §. 41. tum	Ex textu	Simultanea ubi	Summa	Paratitula	Instituta	§. 60. Digesta, & Codicem §. 62.	Realis §. 63.	Textualis	Totalis §. 64.	Partialis huc textus	Constitutio, s. var. lect. Constituti explicatio in Lingua	Alia, Versio §. 63.	Quacunq; Paraphrasis §. 66. Analisis §. 67.
Ad textum Interpretatio	Solitaria ad	Leges singulas	Textualis	Totalis §. 64.	Partialis huc textus	Constitutio, s. var. lect. Constituti explicatio in Lingua	Alia, Versio §. 63.	Quacunq; Paraphrasis §. 66. Analisis §. 67.					
									Temperatura utriusque §. 69.				
Polemica §. 69. eius	Principia §. 71.	Ius Naturae de quo sententia. Nomothesia §. 76.	Brevis, ut	Diffusa, ut	Aliorum Veterum §. 70. Recentiorum §. 71.	Nostra secundum Ius Strictum §. 73. Aequitatem §. 74. Pietatem §. 75.	feri debet, huc Breviarum Materia §. 79. Forma §. 80.	facta est, huc Variorum Disputationes & c. §. 81.	facta est, huc Variorum Decisiones, Consilia §. 82. 83. Tractatus §. 84.	Praeparatoria, nempe Repertoria §. 84.	ubi de Bibliotheca Iuris, Vita Ictorum, Sedibus Materialium §. 85. 88.	ubi de Modo Colligendi.	Syntagma ipsum seu D. nov. §. 89. 90.
Collectio Controversiarum	Diffusa, ut	Aliorum Veterum §. 70. Recentiorum §. 71.	Nostra secundum Ius Strictum §. 73. Aequitatem §. 74. Pietatem §. 75.	feri debet, huc Breviarum Materia §. 79. Forma §. 80.	facta est, huc Variorum Disputationes & c. §. 81.	facta est, huc Variorum Decisiones, Consilia §. 82. 83. Tractatus §. 84.	Praeparatoria, nempe Repertoria §. 84.	ubi de Bibliotheca Iuris, Vita Ictorum, Sedibus Materialium §. 85. 88.	ubi de Modo Colligendi.	Syntagma ipsum seu D. nov. §. 89. 90.			
											feri debet, eiusque		
Curricula Studiorum §. 91. 92. in	Specie	Elementare, idque	Terminorum §. 94.	Praeceptorum §. 95.	Seriis Titulorum §. 96.	Institutionum Universalium, & Antinomiarum §. 97.	Polemicum, circa Breviarum §. 98.	Liberum §. 99.					
									Summa, ubi Tempus Computatum				
Catalogus Desideratorum													§. 100.

TAVOLA II

(Progetto di corso di studi in giurisprudenza: da G. HUFELAND, *Abriss der Wissenschaftskunde und Methodologie der Rechtsgelehrsamkeit. Zu Vorlesungen*, Jena, 1797).

CURSUS AUF DREY JAHRE

	1 halbes Jahr.	2 halbes Jahr.	3 halbes Jahr.	4 halbes Jahr.	5 halbes Jahr.	6 halbes Jahr.
<i>Rechtswissenschaften.</i>	Institutionen.	Rechtsgeschichte I.	Rechtsgeschichte II. (Reichsgeschichte) Naturrecht. Gemeines Privatrecht (oder Pandekten).	Lehnrecht. Kirchenrecht.	Staatsrecht. Criminalrecht. Aussergerichtliches <i>practicum.</i>	Deutsches Privatrecht. <i>Practicum.</i> Reichsprocess.
<i>Allgemeine Hülfs- wissenschaften.</i>	Allgemeine Encyclopädie. Reine Mathematik.					
<i>Philosophische Wissenschaften</i>	Empirische Psychologie (oder Logik).	Moral.		Theoretische Philosophie.	Wissenschaftslehre.	Politik.
<i>Historische Wissenschaften.</i>	Universalgeschichte. Europäische und deutsche Statistik.	Europäische Staatengeschichte.		Diplomatik.		
<i>Andre Nebenwissenschaften</i>				Anthropologie.		Medicinische Polizey und gerichtliche Arzneykunde.
<i>Cameralistischer Nebencursus</i>		Angewandte Mathematik. Allgemeine Naturgeschichte. Chemie.	Physik.	Oekonomie.	Technologie. Handlungswissenschaft.	Cameral- und Polizeywissenschaft.

TAVOLA III

(da: W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*. Bd. 4; *Dogmatischer Theil. Anhang*, Tübingen, 1977).

FIGURA 1

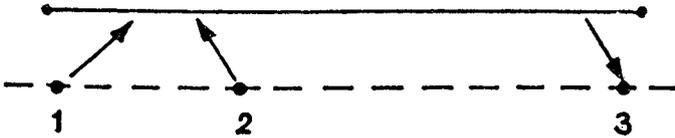


FIGURA 2

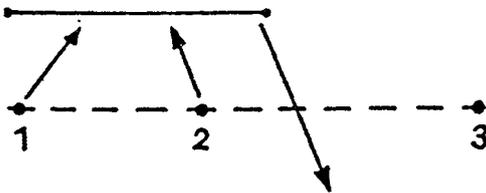


FIGURA 3

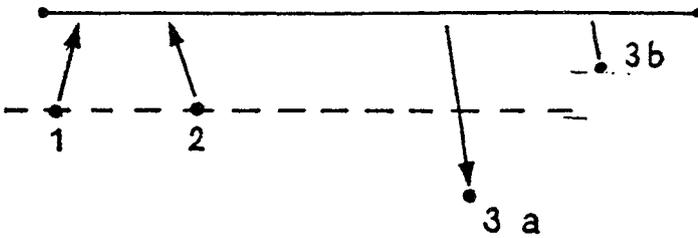
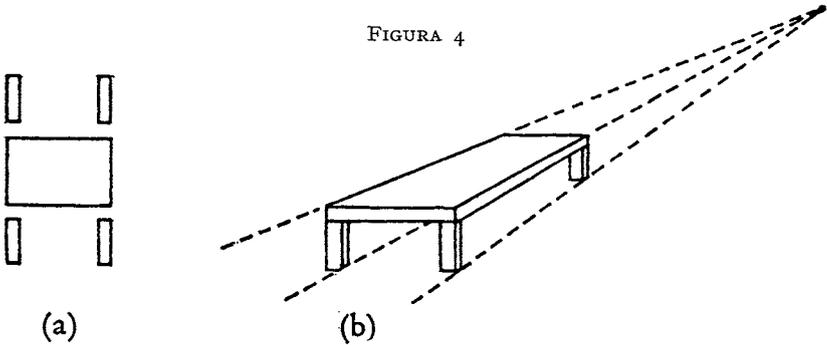


FIGURA 4



Con le figure che vanno dalla prima alla terza si è inteso dal suo autore fornire la schematizzazione di quello che potrebbe essere un 'canone' della nozione di sistema, accettando da un lato la tesi wolfiana che alla nozione debba appartenere un principio al quale si possano sottordinare delle affermazioni secondo il rapporto generale-speciale. Dall'altro l'acquisizione della discussione successiva secondo la quale il sistema serve a 'fondare' delle conclusioni.

Nella figura 1 dal punto 1 e 2 si raggiunge un principio; si esamina poi se il punto 3 per parte sua soggiaccia al principio generale, *ed inoltre*, se si trovi sul medesimo piano concettuale degli altri due: in tal caso sarà possibile mediante il punto 3 emettere una asserzione che connetta 'fondativamente' un eventuale rapporto tra 1, 2 e 3.

Gli altri due schizzi mostrano, sempre secondo questa impostazione i casi nei quali non sorge il sistema, o perché il principio non copre il terzo punto o perché, pur coprendolo, quest'ultimo non si trova sul medesimo piano degli altri due: e qui potrebbe riproporsi, provocatoriamente, la domanda dell'avvio. Ovvero cosa si è realmente guadagnato, quale è stata la relazione che l'inserimento dello schema ha introdotto tra il fruitore della teoria ed il suo divenirne 'spettatore'?

La figura 4 tende invece a fornire una visione intuitiva della differenza di approccio che può esservi nei rispetti del fenomeno storico a seconda ch'esso sia compreso immanentemente o che invece si faccia partecipare 'prospettivamente' la dimensione del 'futuro' — ci piace qui richiamare personaggi diversissimi come Hugo e Baron — al processo medesimo.

Resta ancora completamente aperta, invece, la questione di come sia possibile un 'sistema *nel* tempo'.

## APPENDICE II



## NOTA INTRODUTTIVA

1. Per un Puchta 'ritrovato' — 2. Una Recensione in cerca d'autore.

1. I due testi che qui di seguito si propongono all'attenzione rivestono un notevole interesse sotto il duplice profilo 'filologico' e tematico: tant'è che senza tema di esagerazione si dovrebbe correttamente parlare di un « Puchta ritrovato ». Vale quindi subito la pena di offrire una più ravvicinata disamina della loro 'fortuna' storiografica, entrando direttamente nel merito della questione.

Il primo lavoro può essere in realtà considerato — se si prescinde da un punto di vista meramente formale — come un inedito a tutti gli effetti.

Puchta aveva cioè, come sappiamo, già in precedenza dato alle stampe la sua Dissertazione dottorale *De itinere, actu et via* (Erlangen, 1820); lo stesso Landsberg, per solito informatissimo — ma sull'ampiezza dello spettro di fonti da lui utilizzate si veda ora J. Rückert (*Idealismus, Jurisprudenz und Politik*, cit., pg. 125 ss.) — dà però mostra di conoscere e realmente valutare soltanto la *Encyclopädie* puchtiana apparsa nel 1825, con le sue successive rielaborazioni: del nostro *Grundriss zu Vorlesungen über juristische Encyclopädie und Methodologie*, la seconda opera pubblicata in assoluto da Puchta, si limita infatti a restituire, e non del tutto correttamente, il titolo, indicandone inoltre l'anno di edizione, ma ad esclusione del luogo (cfr. *Geschichte*, Abt. 3 Halbband 2, Text, cit., pgg. 442-443 e Noten, pg. 203 ss.).

Il Nostro ha di fatto dovuto attendere lungamente prima che l'interesse per la sua opera potesse dare luogo ad una monografia scientifica rispondente a più moderni canoni, e costruita su di una base testuale quasi completa.

Tuttavia il risultato si è rivelato se possibile ancor più deludente: J. Bohnert (*Über die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas*,

cit., pg. 190) si è infatti veduto costretto, dopo approfondite ricerche, a dichiarare che ormai il testo puchtiano dovesse essere considerato assolutamente 'introvabile'.

Neppure gli studi più specificamente dedicati ad esaminare il genere letterario 'Enciclopedia', fin dall'antesignano lavoro di A. Buschmann (*Enzyklopädie und Rechtswissenschaft*, cit., passim), sono in grado di offrire maggiori lumi. L'attenzione per le connessioni tra generi letterari e riorganizzazione accademica del sapere si è comunque venuta da allora vieppiù intensificando, ed è comprensibile che in una con questo crescente interesse si procedesse con rinnovata lena nelle ricerche.

Ma ci si è in definitiva trovati di fronte *sic et simpliciter* alla sconsolante conferma della conclusione di Bohnert, con l'unica acquisizione — mediata dall'utilizzazione dell'ancor oggi insostituibile Th. Chr. Friedrich Enslin (*Bibliotheca Juridica oder Verzeichniss aller brauchbaren, in älterer und neuerer Zeit, besonders aber vom Jahr 1750 bis zu Mitte des Jahres 1839 in Deutschland erschienenen Werke über alle Theile der Rechtsgelehrsamkeit und deren Hülfswissenschaften*, 2. Aufl. von W. Engelmann, Leipzig, 1840, pg. 313) — della certezza dell'avvenuta pubblicazione in Erlangen (così J. Schröder, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz »*, cit., pg. 6 e nota 20).

A questo punto l'inevitabile riduzione della prospettiva si rende pertanto particolarmente evidente e non priva di conseguenze interpretative: non a caso nel suo recentissimo studio sui sistemi giuridici sette-ottocenteschi in Germania L. Björne, dopo aver constatato sulla base dello *status quaestionis* da noi brevemente delineato che il lavoro puchtiano è da ritenersi definitivamente scomparso, passa costantemente a designare l'« Encyclopädie als Einleitung zu Institutionen-Vorlesungen » (1825) come la 'prima' Enciclopedia del Nostro, rispetto alla sua riproposizione modificata all'interno del 'Cursus der Institutionen', rilevandone altresì un avvicinamento alle visuali sistematiche espresse da Savigny nella *Methodenlehre*; osservazione quest'ultima che resta in certo senso 'sospesa nel vuoto', proprio a motivo della mancanza di questo rilevantissimo referente (cfr. L. Björne, *Deutsche Rechtssysteme im 18 und 19 Jahrhundert*, cit., pg. 87 ss. e *passim*).

In conclusione va quindi doverosamente segnalato che il testo che qui si è ritenuto opportuno pubblicare, e del quale siamo entrati in possesso grazie ad una fortunata circostanza, anche per merito del prezioso aiuto sempre cortesemente fornitoci dal personale della *Universitäts-Bibliothek* francofortese, non è sinora risultato accessibile a nessuno degli studiosi dell'Ottocento giuridico tedesco, pur rappresentando appunto la prima configurazione del Sistema approntata da una delle figure centrali di quella medesima vicenda. Ma, ed abbiamo avuto già occasione di accennarlo, una sua riproposizione congiunta con la Recensione di cui diremo subito appresso, si giustifica non soltanto per motivi, per così dire, filologici.

Esiste infatti tra i due lavori un nesso tematico che va al di là del significato storiografico che assume il permanere puchtiano presso un genere letterario come l'Enciclopedia, che ricadeva sotto il severo verdetto savignyano di costituire parte integrante di una « alte Methode », capace soltanto di offrire qualcosa di « ungründlich » (cfr. *Ausarbeitung Savignys zur Vorlesung Institutionen*. Landshut 1808/1809; *Institutionen*, Winter 1808, fol. 10r, in J. Rückert, *op. cit.*, *Anhang*, pg. 431; ma vedi ancora S.W. Zimmern, *recensione* a G.F. Puchta, *Encyclopädie als Einleitung zu Institutionen-Vorlesungen*, Leipzig und Berlin, 1825, in *Erlanger Jahrbücher*, cit., *Vierter Band*, Erlangen, 1827, spec. pgg. 17-21).

Si tratta in sostanza dell'ancor troppo trascurato tema del rapporto Hegel-Puchta, per il quale si rimanda alle considerazioni fatte nel testo, sub cap. 3: varrà qui soltanto la pena di richiamare ancora con maggior precisione un altro dato che conferma la rarità del *Grundriss*, deponendo per una sua assai limitata tiratura, ed anzi rendendo plausibile, per non dire inevitabile, la conclusione di esserci venuti a trovare di fronte al medesimo *Handexemplar* impiegato dall'autore.

Nella generalissima *Einleitung* iniziale, nella quale dovevano essere esaminati i concetti di diritto, scienza giuridica, enciclopedia e metodologia (§ 1), la medesima caratteristica incolonnatura rende manifesto come non vi fosse posto, sorprendentemente, per il concetto di *Volk*: nel nostro esemplare esso è stato tuttavia successivamente aggiunto manualmente, proprio immediatamente prima del termine *Recht*, e abbiamo allora ritenuto di indicarlo con la segnalazione [\*\*\*].

Una rapida comparazione con il manoscritto della lettera dello stesso Puchta a Savigny del 19 ottobre del 1839 (MS. 925/11, Bl. 226-227, *Universitätsbibliothek Marburg*), come pure con l'esemplare dell'opera di J.C. Lange (*Versuch einer Begründungslehre des Rechts*, Erlangen, 1821) con tutta probabilità utilizzato dallo stesso Puchta durante il suo soggiorno ad Erlangen (cfr. Id., *Das Wohnheitsrecht*, cit., Erlangen, 1828, *Erster Theil*, pg. 178, nota 37) e corredato di annotazioni manoscritte, ci ha difatti convinti che si tratti di aggiunta posteriore, ma pur sempre autografa.

L'elemento va certamente connesso al preciso rapporto sussistente sotto lo specifico profilo sistematico tra l'elaborazione da Puchta posta alla base del suo iniziale corso di lezioni e analoghe impostazioni metodologiche proprie della dottrina del diritto hegeliano: come aveva opportunamente rilevato il contemporaneo giurista hegeliano Abegg, tutto il *Grundriss* è estremamente prezioso per cogliere congruenze e prese di distanza puchtiane rispetto alla *Rechtsphilosophie* del grande ma 'pericoloso' Maestro di Stuttgart — 'pericoloso' almeno nell'ottica largamente opportunistica con la quale Puchta ebbe a gestire la sua carriera universitaria, lasciandosi 'adottare' da Savigny, al prezzo tuttavia di coperti o palesi compromessi sul piano teorico.

2. Se il rapporto con Hegel si manifesta decisivo per la strutturazione medesima di questo iniziale tentativo sistematico, non si dovrà tuttavia ritenere di trovarsi di fronte ad una inclinazione teoretico-culturale di carattere transeunte o motivata da estemporanei entusiasmi giovanili.

La densa e per più versi significativa recensione che facciamo seguire, quasi a tastare il polso dell'« hegelismo » puchtiano dopo che già molta acqua era scorsa sotto i ponti, ci riporta infatti al periodo lipsiense, tappa intermedia sulla via del sospirato raggiungimento della meta berlinese, finalità di tutta la sottile strategia accademica del Nostro.

Ma anche in questo caso ci incombe l'obbligo di motivarne la presenza accanto ad un testo del quale riteniamo di avere mostrato quegli aspetti di più generale interesse che da soli ne giustificano l'integrale riproposizione.

A questo proposito si potrebbe allora forse parlare di un lavoro 'in cerca d'autore'. Ci spieghiamo meglio: la recensione alla 'Scienza della Storia del diritto Romano' del Christiansen, *Privat-docent* in una Università decentrata culturalmente e fino ad allora apparentemente al di fuori del dibattito scientifico più vivo ed incalzante, quale quella di Kiel, può a sua volta sembrare una eccentricità culturale, e soltanto pochi sarebbero stati forse disposti di primo acchito ad attribuirvi una qualsiasi rilevanza — visto e considerato, altresì, ch'essa apparve del tutto anonima.

Scorrendo la stessa più aggiornata bibliografia delle opere di Puchta, stilata da Bohnert in occasione del suo ricordato saggio, non è dato trovarne traccia.

Tre elementi 'interni' ci parevano già deporre comunque nel senso appena intravisto: il quasi 'selvaggio' hegelismo professato da Christiansen, tale certo da attirare l'attenzione di una 'testa filosofica' come quella dell'ex-allievo del Ginnasio di Nürnberg, lo stile complesso e a tratti lucidamente sarcastico con il quale l'anonimo autore conduceva a termine la sua critica — che non può in ogni caso trarre in inganno sui punti di contatto che tralucono di tanto in tanto —, ed infine la sede nella quale la recensione apparve, ovvero quei *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft*, pubblicati a Lipsia sotto la direzione di Aemilius Ludwig Richter, e dei quali Puchta era stato collaboratore fin dal primo numero con una recensione del *Besitz* savignyano, giunto ormai alla sesta edizione.

Si trattava però, com'è troppo ovvio, di considerazioni di carattere presuntivo; senonché è in certo senso proprio 'grazie a' Bohnert, e alla sua pur tuttavia meritoria opera di disseppellimento di testimonianze puchtiane, proseguita ancora successivamente con puntigliosità, specialmente mediante la pubblicazione parziale del carteggio con Savigny, che siamo indirettamente giunti a poter confermare con maggiore sicurezza l'attribuzione.

In una lettera datata Leipzig 25. Juni 1840, rispondendo evidentemente ad una richiesta di chiarimento savignyana su di alcune recensioni apparse anonime, e che la voce comune — con tutta chiarezza assai poco gradita al presunto autore — era indotta ad attribuirgli, Puchta poteva infatti così esprimersi: « Die Recension über Kirsteller ist nicht von mir, sondern von Schneider;

*nur eine einzige Recension, die von Christiansen, ist ohne Angabe meines Names* (bey der Anzeige selbst oder im Inhaltverzeichniss des Heftes erschienen), ebenso wie eine früher über Meyer in Tübingen Ilias post Thibaldum, welche letztere Rudorff für mein Fabrikat gehalten hatte, ich glaube nicht mit vielem Grund, doch das kann eine Eitelkeit seyn. Mehr Grund lasse ich bey der von Ihnen zugeschrieben zu. Ich habe keinen Einfluss auf Schneider [l'altro editore, accanto a Richter, dei *Kritische Jahrbücher*], als dass ich ihm hie und da einige spitzige Bemerkungen über Literatur mache, und dass er mich nachahmt. Er versichert mich, es sey ihm sehr schmeichelhaft, wenn man seine Recensionen mir zuschreibe, *ich dagegen versichere ihn, mir sey das gar nichts wünschenswertes, da die Liste meiner eigenen Recensionen nicht so klein sey, dass ich mir auch noch fremde sollte zur Last schreiben lassen* » (in J. Bohnert, *Vierzehn Briefe Puchtas an Savigny*, cit., pgg. 60-61).

Orbene, Bohnert annotando accuratamente l'intero carteggio, non poteva lasciarsi sfuggire l'occasione di corredare di una nota anche questo interessante passo: tuttavia — non avendo egli evidentemente compulsato i numeri corrispondenti della Rivista, e non avendo del resto neppure fatto caso alla circostanza che persino Landsberg, pur non identificandola, né fornendo altra indicazione al di là della sua presenza « nelle annate 1837-1840 », accennava ad una recensione a Christiansen (*Geschichte*, cit., Abt. 3, Halbband 2, Text, pg. 455) — giunge alla sconcertante conclusione doversi trattare per l'appunto di una recensione a Christiansen, *Institutionen des Römischen Rechts oder erste Einleitung in das Studium des Römischen Rechts*, Altona 1843 (!), quando, se non altro, la data della lettera risale 'soltanto' al 1840 (cfr. J. Bohnert, *loc. ult. cit.*, pg. 60, nota 102).

Ma, anche in questo caso, l'essere approdati all'identificazione di questo intervento puchtiano non costituisce un 'arricchimento' di carattere meramente filologico, o, peggio ancora, per riprendere le sue medesime espressioni, un aggiungere alle tante già note una nuova recensione — in definitiva un puro e semplice ampliamento della bibliografia.

Si potrebbe certo agevolmente replicare che non si vede in realtà come una critica demolitrice e stroncatoria, quale quella che sottoponiamo all'attenzione, possa in qualche modo contribuire a

modificare l'immagine tralatizia consegnataci dalla corrente storiografia.

Indubbiamente non si può far a meno di notare nel modo stesso di porgere le critiche « einen aufblähenden, rachsüchtigen Professorstolz », per riprendere l'impressione manifestata da un contemporaneo — anch'egli giurista vicino agli ambienti hegeliani —, a proposito della ben più nota e celebre analisi critica dal Nostro rivolta contro Beseler (cfr. G. Eberly, *Puchta und Beseler*, in *Zeitschrift für volksthümliches Recht und nationale Gesetzgebung*, Bd .1, Halle, 1844, pg. 239 e vedi B.-R. Kern, *Georg Beseler*, cit., pg. 395 ss.). Ma proprio il nome di Beseler costituisce già indizio sufficiente a mettere sull'avviso. Fu infatti quest'ultimo uno tra gli amici più influenti di Christiansen nell'ambito accademico della Christian-Albrechts-Universität di Kiel, ed anzi, il rapporto culturale tra i due va ben al di là dei dati puramente biografici.

Lo stesso è da dirsi per l'altro sodale del giovane *Privatdocent*, quel Johann Friedrich Kierulff anch'egli hegeliano, con il quale Puchta intrattenne rapporti non occasionali — si veda soltanto la lettera a Savigny del 26. Decemb. 1831 (in J. Bohnert, *Vierzehn Briefe*, cit., pg. 40 ss.), il cui contenuto in parte riguardava per l'appunto il giurista di Kiel, e che, su preghiera espressa di Puchta, fu poi a questi trasmessa —; rapporti 'traditi' successivamente anche da un favorevolissimo giudizio sulla sua « Theorie des gemeinen Civilrechts », che, si badi, faceva proprio il *Gedankengang* di Christiansen.

Se si rifletta, inoltre, da un lato sulla significativa costante — rilevata certo maliziosamente, ma con non poca giustificazione da Eduard Gans — che caratterizza l'attività di censore di Puchta, quando si trattava di entrare in contatto con la corrente 'speculativa' della giurisprudenza tedesca, ovvero un'asprezza esteriore di toni polemici, a cui faceva poi seguito una 'coperta' assimilazione dei risultati; e, dall'altro, sulla stretta colleganza e affinità culturale che Jhering apertamente dichiarava, sia nei confronti di Puchta, sia nei confronti di Christiansen (cfr. la lettera di Jhering a Bachofen del 1 Decemb. 1849, in A. Bruckner, *Unbekannte Briefe Rudolf v. Jherings*, in *Zeitschrift für schweizerische Recht* N.F., LIII, 1934, pg. 64 ss., nonché le espressioni da noi riportate in *Systema iuris* I, pg. 42, nota 93); orbene non si sarà allora lontani

dal poter rilevare la plausibilità, che i dati testuali ci confermano, di una linea che da Christiansen e Kierulff, tramite Puchta, conduca sino al *Geist* jheringhiano.

La trattazione di questo tema, che abbiamo cercato quantomeno di iniziare al capitolo III, corredandola di ampi squarci in traduzione italiana dei testi che qui di seguito si offrono in originale, ci ha convinti a non appesantire ulteriormente la strutturazione dell'appendice medesima, inducendoci a rinunciare ad una traduzione a fronte, che avrebbe rappresentato un inutile doppione.

Le suddivisioni interne a ciascun testo rispecchiano senza nostra modifica quelle proposte dall'autore; anche i corsivi presenti nel corpo della recensione a Christiansen — come già accennato apparsa in *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft. Im Verein mit vielen Gelehrten herausgegeben von DR. AEMILIUS LUDWIG RICHTER ...*, Zweiter Jahrgang, Dritten Band: Januar-Juni, Leipzig, 1838, pgg. 491-504 — sono dovuti alla penna di Puchta.

## 1.

*Grundriss zu Vorlesungen über juristische Encyclopädie und Methodologie.* Von Dr. Georg Friedrich Puchta. Erlangen. In Commission bey Carl Heyder. 1822.

### *Meinen Zuhörern*

Die Uebersicht über das Gebiet einer Vorlesung ist bey Vorträgen besonders wesentlich, welche das ganze Rechtssystem zum Gegenstande haben. Es findet sich aber auch nirgends seltner als bey Vorträgen dieser Art, dass ein Lehrer das System eines anderen annehmen, dass er der Ordnung eines fremden Buches folgen kann, wiewohl ihm dasselbe seinem Inhalte nach sehr brauchbar scheinen mag. Es kann daher nicht auffallend seyn, wenn jemand keines der vielen im vorigen und gegenwärtigen Jahrhundert erschienenen Lehrbücher der Encyclopädie, von welchen er einige vielleicht in manchen oder vielen einzelnen Punkten benützt und empfiehlt, seinen Vorlesungen zu Grunde legt.

Um nun jenes wesentliche Bedürfniss, die Erleichterung der Uebersicht, bey meinen Vorlesungen auf eine bequeme Weise zu befriedigen, habe ich den Grundriss derselben, welchen ich früher schriftlich mittheilte, drucken lassen. Ein Lehrbuch zu verfertigen, dazu fühle ich weder Kraft noch Luft in mir, einmal, weil ein compendium, um nicht schädlich zu seyn, vortrefflich seyn muss, dann aber auch weil es nur dann auf die Wissenschaft, die nicht stehen bleiben darf, einen vortheilhaften Einfluss äussert, wenn es in sehr kurzen Zwischenräumen revidiert und erneuert wird. Erlangen im August 1822.

*Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft.*

*Einleitung.*

1. Bedeutung der Ausdrücke: Recht. Rechtswissenschaft, Encyclopädie, Methodologie. § 1  
 [\*\*\*.] Recht: objectiv, subjectiv. Gesetz. Rechtswissenschaft. Wie sie entsteht. — Encyclopädie. Zweck und Bedürfniss.  
 Methodologie. Allgemeiner und besonderer Theil derselben.
2. Nutzen der Encyclopädie und Methodologie. — 2
3. Lehrbücher der Encyclopädie und Methodologie — 3  
 Verschiedenartige Behandlung.  
 Ersch Literatur der Jurisprud. etc.  
 S. 10. und 11. (von der Mitte des 18. Jahrhund. bis 1810.)  
 Neuere Lehrbücher. Empfehlungswerthe.

*Erster Theil*

**Recht an sich.**

- Einleitung.* § 4  
 Was darunter zu verstehen. Plan des Ganzen.  
 Philosophisches - positives Recht.

*Erster Abschnitt.*

**Philosophisches Recht.**

- Vorbegriffe.* — 5  
 Natur des Bewusstseins und des Willens.
- Recht.* — 6  
 Abstrakte Freiheit — bloss förmliche Freiheit.  
 Recht — Glückseligkeit.  
 Rechtlicher Wille - Moralischer Wille. Unterschied beider 1) dem Subject 2) dem Gegenstand nach.  
 Unvollkommenheit beider. Absoluter Wille.

- Person.* — 7  
Wirklichwerden der Freiheit. Anerkennung. Sache.
- Eigenthum.* — 8  
Wirkung des Willens auf äussere Gegenstände. Besitz.  
Erwerb desselben. Eigenthum. Erwerbung. Uebergang von  
einer Generation auf die andere. Entäusserung. Unveräusser-  
liche Gegenstände.
- Vertrag.* § 9  
Verhältniss, welches dadurch entsteht. — Vertrag als allge-  
meine Rechtsform.  
Arten desselben; Schenkung, Tausch.  
Leistung.
- Verletzung.* — 10  
Verschiedenheit der physischen und geistigen Nothwen-  
digkeit.  
Unrecht: 1) Civil-Unrecht. 2) Criminelles Unrecht. Letzte-  
res in doppelter Beziehung a) Privatschade b) Verletzung des  
allgemeinen Rechts.  
Rechtliche Folge des Verbrechen:  
a) Schadensersatz b) Strafe. Wesen der Strafe. Wer verhängt  
die Strafe.
- Staat.* — 11  
Naturstand.  
Existenz des allgemeinen Willens  
1) als rechtlichen 2) moralischen 3) religiösen Willens.  
Statsgewalt: Gesetzgebung — Regierung.  
Regierung. Nothwendige Zweige: Justizgewalt, Polizeyge-  
walt, Kirchengewalt. — Zufällige Zweige.  
Verschiedenheit der Verfassung. Wesentliche Verschieden-  
heit. Zufällige (Monarchie usw).
- Anhang. Von der Familie.* § 12  
Ob es im philosophischen Rechte ein Familienrecht giebt.

## *Zweiter Abschnitt.*

### **Positives Recht.**

- Einleitung.* — 13  
Verschiedenheit des philosophischen und positiven Rechts.  
Privatrecht — öffentliches Recht.  
Civilrecht, verschiedene (Römische und neuere) Bedeutungen.

I. *Privatrecht.*

Grund der folgenden Eintheilung. — 14  
 Nicht wissenschaftlich.

A. *Allgemeines Privatrecht.*

Eintheilung desselben. — 15

1. *Einleitung.* § 16

Rechtsfähigkeit: Freie und Nichtfreie; Bürger und Nichtbürger. Andere Rücksichten.

Handlungsfähigkeit: in rechtlicher und in physischer Beziehung. Vormundschaft.

2. *Vermögensrecht.*

a. *Sachenrecht.* — 17

Unterschied zwischen Sachen. — Dingliche Rechte. Eigentum. Erwerbung. Andere dingliche Rechte.

b. *Forderungsrecht.* — 18

Obligation. Entstehung: 1) Vertrag (Ob der Vertrag nur ins Forderungsrecht gehöre? — Erfordernisse zur Gültigkeit in Absicht auf Gegenstand, Willen, Förmlichkeiten. Richtige Würdigung der letzteren.) 2) Widerrechtliche Beschädigung. Besitzstörung. 3) Analoge Fälle. Aufhebung der Obligation.

c. *Erbrecht.* — 19

Grundbegriffe. Drey Gründe der Erbfolge: Intestaterbfolge — Testamentarische — Vertragsmässige Erbfolge.

3. *Familienrecht.* § 20

Ehe. Rechtliche Bestimmungen:

Entstehung, Auflösung derselben.

Familiengewalt.

Vermögensverhältnisse.

B. *Besonderes Privatrecht.*

Einleitung. — 21

1. *Kirchenrecht.*

Einleitung. — 22

Symbol. Liturgie. Kirchengewalt.

- a. *Verfassung der Kirche.* — 23  
 Im Allgemeinen.  
 Verfassung der katholischen — der evangelischen Kirche.
- b. *Verwaltung der Kirche.* — 24  
 Recht der Liturgie. Liturgische Handlungen. Sacramente. Festtage.
- c. *Vermögensrecht der Kirche.* — 25  
 Arten der Sachen. Zehnten. Pfründen u.s.w.
- d. *Verhältniss zu anderen Kirchen.* — 26  
 Im Allgemeinen.  
 Namentlich der katholischen und evangelischen in Deutschland. Sicherung der Religionsfreiheit (*Jus eundi in partes*). Normaljahr und — Tag.
2. *Lehnrecht.*
- a. *Natur des Lehnverhältnisses.* § 27  
 Geschichte.  
 Begriff, Subjecte, Gegenstand, Sache.
- b. *Entstehung desselben.* — 28  
 Infeudation. Wer ist fähig? Factischer Grund der Entstehung (*feudum datum — oblatum*). Succession.
- c. *Auflösung desselben.* — 29  
 Eigenthümlich: Felonie.
3. *Andere besondere Rechte.* — 30  
 Handelsrecht: im Allgemeinen; Wechselrecht, Seerecht.  
 Privatfürstenrecht.  
 Adelsrecht, Stadt- und Bürgerrecht, Dorf- und Bauernrecht, Kriegsrecht, Judenrecht, Deichrecht u.s.w.

## II. *Oeffentliches Recht.*

### *Einleitung.* § 31

Staatsrecht im eigentlichen Sinn — Regierungsrecht: Beziehungen des Staats zu seinen Bürgern, die das Recht zum Gegenstand haben: Criminalrecht, Prozess. Ferner (historisch) das Kirchenstaatsrecht. Dann in einem besonderen Sinne: Polizeirecht, Finanzrecht.

Inneres und äusseres Staatsrecht?

A. *Staatsrecht.*

1. *Begriff und Zweck des Staats.* — 32  
 Realisierung des allgemeinen Willens. Freiheit.  
 Rechtliche Freiheit — Rechtspflege.  
 Moralische Freiheit — Polizey.  
 Glückseligkeit (menschliches Wohl): innere Hindernisse,  
 Bildungspolizey; — äussere Hindernisse, Sicherheits-polizei.
2. *Staatsvertrag.* — 33  
 Entstehung des Staats. Historische, speculative Antwort. Warum man sich gesträubt, hat, einen Staatsvertrag anzunehmen?  
 Grundvertrag, praktische Bedeutung.  
 Vereinigungsvertrag, Unterwerfungsvertrag, Verfassungs-vertrag.
3. *Staatsgewalt.* § 34  
 Begriff. Theile.  
*Gesetzgebende Gewalt.*  
 Rechtsgesetze, Polyzeigesetze, Finanzgesetze etc. Sanction, Promulgation, Publikation. — Allgemeine Gesetze, Besondere Gesetze, Privilegien. — Andere Eintheilungen. Subject der gesetzgebenden Gewalt. Repräsentative Verfassung.  
*Regierungsgewalt.* Gegenstände. Subjecte. Beamte: Justiz-Regierungs-(Administrativ) Beamte. Justiz-Regierungssachen.  
*Fürstliche Gewalt.*  
 Einheit der Gewalten. Repräsentant des Staats (l'état c'est moi). — Subject. S.g. Staatsformen. — Souverainetät. Majestätsrechte (regalia).
4. *Von der Staatswissenschaft.* — 35  
 Ob der Begriff: Staatsrecht in der Wissenschaft bleiben wird? ob er wissenschaftlich ist?

B. *Regierungsrecht.*

1. *Criminalrecht.* § 36  
*Einleitung.*  
 Begriff. Allgemeines, besonderes Criminalrecht. Stelle im Rechtssystem. Allgemeiner, besonderer Theil des Criminalrechts.

a. *Allgemeiner Theil.* — 37

Verbrechen — Bedingungen — Subjecte — Verschiedenheit des Verbrechens nach der Art seiner Begehung — Strafe — Einzelne Strafen und ihr Verhältniss zu einander — Strafgesetz — Anwendung der Strafgesetze im Allgemeinen — Anwendung specieller Strafgesetze — Rechtliche Dauer des Verbrechens.

b. *Besonderer Theil.* — 38

1) Eigentliche Verbrechen a) Gemeine  $\alpha$ ) Staatsverbrechen  $\beta$ ) Privatverbrechen — b) Besondere Verbrechen. — 2) Vergehen.

2. *Prozess.*

*Einleitung.* § 39

a. *Civilprozess.* — 40

A) *Streitiger Civilprozess.*

Richteramt. Kenntniss des Rechts (*jura noscit curia*). Kenntniss des Factum (durch die Parteien). hierzu eine bestimmte Form des Verfahrens.

1) Subjecte; Gericht, Eigenschaften des Richters. — Parteien. 2) Object, causa. 3) Verfahren und dessen Bestandtheile. Wesentliche Stücke. Erstes Verfahrens. Beweisverfahren \*). Sentenz. *Remedia contra sententiam*.

Schriftliches — mündliches Verfahren. Verhandlungs — Untersuchungsprincip.

B) *Nichtstreitiger Civilprozess.*

*Actus voluntariae jurisdictionis: merae - mixtae.* — Zweck der richterlichen Mitwirkung.

Rechtliche Möglichkeit des Geschäfts. Wirklichkeit desselben. Beurkundung.

b. *Criminalprozess.* § 41

Wer ist betheiligt? — Gericht. — Zweck und Bestandtheile des Verfahrens. Anschuldigung. Untersuchung und Beweisverfahren (juristischer — unjuristischer Beweis, Geschwornengerichte). Defension. Entscheidung. *Remedia contra sententiam*.

Accusations — Inquisitionsprozess.

---

(\*) Jury s. beim Criminalprozess.

*Anhang. Ueber Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege.* — 42

*Oeffentlichkeit:* volksthümliche — Parteyöffentlichkeit. Beschränkte — unbeschränkte Oeffentlichkeit. Welche Art der Oeffentlichkeit ist den jetzigen Verhältnisse am angemessensten?

*Mündlichkeit:* Begriff, Arten.

Darstellung eines zweckmässig bestimmten mündlichen öffentlichen Verfahrens.

3. *Kirchenstaatsrecht.* — 43

Zufälliger Theil des Regierungsrechts. — Jura circa sacra: jus reformandi — inspectionis secularis — advocatiae.

4. *Polizeyrecht und Finanzrecht.* § 44

Polizeywissenschaft. Finanzwissenschaft.

Was für eine Bewandniss es mit dem sogenannten Polizeyrecht und Finanzrecht hat.

III. *Vom Völkerrecht.* — 45

Inhalt der Vorträge über dasselbe. Existenz des Völkerrechts Völkergebräuche.

*Anhang. Von der Rechtsanwendung.* — 46

Theorie — Praxis. Theoretiker — Praktiker. Verschiedene Bedeutungen des Worts: Praktisch.

1) Praxis des Privatrechts. Allgemeine Regeln. Besondere: Referir- und Decretierkunst. Advocatenpraxis, Notariatskunst.

2) Praxis des öffentlichen Rechts. Staats- und Canzleypraxis.

3) Geschäfte, die beiden gemein sind: Expeditions- und Canzleywesen, Registraturswesen.

*Zweyter Theil.*

**Das Recht seiner Entstehung nach.**

1. *Entstehung des Rechts überhaupt.* § 47

Wie ist das Recht ursprünglich entstanden? Speculative — historische Antwort.

## 2. *Verschiedenheit des Rechts nach seiner Entstehung.* — 48

Quelle des Rechts. Promulgirtes Recht — Nichtpromulgirtes Recht: Rechtsgewohnheit, Juristenrecht.

Werth des Gewohnheitsrechts. Gültigkeit der Rechtsgewohnheit. Gültigkeit des Juristenrechts Ueber Gesetzbücher und Rechtsbücher.

Eintheilung des Rechts in gemeines und partikuläres. Ob eine grosse Anzahl partikulärer Rechte ein Uebel ist.

Eintheilung in einheimisches und recipirtes Recht. Ob die Reception eines ausgebildeten Rechts etwas Wünschenswerthes ist.

## 3. *Beziehung auf Deutschland.* § 49

In Absicht auf den gegenwärtigen Vortrag.

## I. *Mosaisches Recht.* — 50

Alte Geschichte des israelitischen Volks. Moses. Zwey Gesetztafeln. Andere Satzungen. Bücher Mosis 2, 3 und 5.

Wiefern von der Gültigkeit des Mosaischen Rechts in Deutschland die Rede seyn kann.

*Anhang.* Von der weitem Fortbildung des Rechts bey den Israeliten. Geschriebenes — mündliches Gesetz. Mischnah. Interpretationen, Gemara (hierosolymitanische — babilonische) Talmud (hierosolymitanischer — babilonischer). Wissenschaftliche Bearbeitung des Talmud (Jad chasakah. Schulchan Aruch etc.).

## II. *Römisches Recht.*

### 1. *Entstehung und Fortbildung.* — 51

Historisch ungewisse Zeit. Aelteste Verfassung. Recht im Bewusstseyn des Volks. Doppelt Volksrecht.

Anfang der urkundlichen Geschichte. Rechtsbuch für Verfassung und gemeinsames Recht. Allmähliche Aenderung der Verfassung. Jus Gentium. Edikt. Das Recht dem Bewusstseyn des Volks entwachsend.

Politischer Verfall. Principes. Stand der Juristen. Höchste wissenschaftliche Ausbildung. (Dem Wesen nach die letzte Periode).

Veränderung der Verfassung. Verfall aller Wissenschaft.  
Jus und Leges. Aushülfe für das unwissende Zeitalter.  
Endlich: Sammlungen des Vorhandenen.

2. *Zustand des Römischen Rechts unter Justinian.* § 52

Bedürfniss der Zeit. Justinians Plan: Sammlung der  
Leges, des Jus, und ein Lehrbuch. 528-534.

Institutionen. Form und Inhalt. Citationsmethode.

Pandekten. Beschreibung. Citat. Codex. Inhalt und  
Ordnung. Cit. Novellen.

Julianus — Basiliken.

3. *Uebergang auf Deutschland.* § 53

Aus Italien. Unterjochung Italiens. Wie kamen Justi-  
nians Rechtsbücher dahin? — Städte. Universitäten. Bolo-  
gna. Glossatoren. Gestalt der Rechtsbücher. Uebergang auf  
Deutschland auf wissenschaftlichen Wege.

III. *Canonisches Recht.*

1. *Entstehung.* — 54

Canones. Begriff des Canonischen Rechts. (Unterschied  
von Kirchenrecht).

Zeit vor Entstehung der Theile des Corpus Juris Can-  
onici. Canones Apostolorum. Epistolae canonicae. Epistolae  
decretales. Dionysius Exiguus. Folgende Sammlungen. Pseu-  
doisidorus. — Systematische Bearbeitung.

Entstehung der Sammlungen, welche das Corpus Juris  
Canonici ausmachen: Decretum Gratiani. Name. Redaction.  
Dicta Gratiani. Citationsmethode. — Decretales. Gregorii  
IX. Verfasser der Sammlung. Eintheilung (et infra). Citat. —  
Liber sextus Decretalium Bonifaci VIII. Entstehung. Ord-  
nung. Cit. — Clementinae. Ordnung. Cit. — Corpus juris  
clausum. — Extravagantes: Joannis XXII. und commu-  
nes. — Appendices.

Neueres Canonisches Recht.

2. *Anwendung auf Deutschland.* § 55

Art der Promulgation. Allmählicher Uebergang auf  
Deutschland.

Verhältniss des Römischen und Canonischen Rechts.

IV. *Longobardisches Recht.*1. *Entstehung.* — 56

Was hier (in Beziehung auf Deutschland) unter Longobardischem Recht zu Verstehen. *Consuetudines feudorum*. Der Gang der Entstehung der gewöhnliche: Gewohnheit, wissenschaftliche Bearbeitung, endlich successive Sammlung. — Beschreibung der Sammlung. Cit.

2. *Anwendung auf Deutschland.* § 57

Vermittelung des Röm. Rechts. Gültigkeit.

V. *Deutsches Recht.*1. *Einleitung.* — 58

Begriff. Charakter.

Geschichte: Ungewissheit der alten Zeit. Völker, welche nach der Völkerwanderung erscheinen. Verfassung. Aufzeichnung des Gewohnheitsrechts. Professiones. Zustand der folgenden Jahrhunderte. Stadtrechte. Landrechte. Römisches Recht. Rechtsbücher. Reichsgesetze. Ueber den Plan eines allgemeinen Gesetzbuchs unter Maximilian. Was whol die Folgen der Ausführung gewesen wären. Ueber denselben Gegenstand in unserer Zeit. Jetziger Zustand des Rechts.

2. *Gemeines Recht.* § 59

Gemeines Deutsches Recht (verschieden von: gemeines in Deutschland geltendes Recht). Ob es ein gemeines Deutsches Recht giebt. (Ob es D. Sitte, D. Sprache giebt).

3. *Partikulares Recht.* § 60

Eigentliches Wesen des partikulären Rechts.  
Gesetzbücher für einzelne Länder.  
Baierisches Recht.

*Anhang. Von der Rechten anderer Völker.* — 61

Wissenschaftliches Interesse.

Praktisches Interesse. Zuerst wegen gemeinsamer Abstammung (französisches Recht, englisches Recht etc.) Dann wegen allgemeiner geschichtlicher Bedeutung des Volks (z.B. griechisches Recht).

### *Dritter Theil*

## **Wissenschaftliche Behandlung des Rechts.**

### 1. *Rechtswissenschaft und ihre Behandlung im Allgemeinen.* § 62

Was eine wissenschaftliche Behandlung charakterisiert.

Ursachen einer schlechten Behandlung. Allgemeine, mancher Zeit eigenthümliche. — Besondere: 1) Unterschied zwischen Theoretikern und Praktikern. 2) Ansicht über die Entstehung des Rechts. — Historische Schule. Was sie will, was sie nicht will \*).

### 2. *Juristische Literärgeschichte.* § 63

Eintheilungen. Allgemeine, specielle Literärgeschichte.

Abriss der allgemeinen Literärgeschichte. (Römische Jurisprudenz. Thätigkeit in der Anwendung, in Schriften, in mündlichen Unterricht. — Zustand unter Justinian und später). — Spuren des Auflebens der Wissenschaft. — Bologna. Glossatoren. — Zeit nach den Glossatoren. — Das Sechzehnte Jahrhundert. Uebergang im folgenden Jahrhundert. — Verfall der Wissenschaft. — Das neunzehnte Jahrhundert.

### 3. *Juristische Literatur.* — 64

(Verbunden mit der speciellen Literärgeschichte — im weiteren Sinne — und mit der Angabe der Quellen für die einzelnen Rechtstheile).

Literatur des philosophischen Rechts (Uebersicht).

Quellen und Literatur: des Civilrechts — des Kirchenrechts — Lehnrechts — Handelsrechts — Staatsrechts — Criminalrechts — Civilprocesses — nichtstreitigen Processes — Criminalprocesses — Völkerrechts — der Praxis.

---

(\*) Die entgegengesetzte Partey kann nicht die speculative genannt werden (wie von französischen Juristen geschehen ist), weil sie nicht bey der Speculation stehen bleibt, — nicht die nichthistorische (wie Andere mildernd vorschlugen), weil sie sich allerdings mit der Historie befasst, aber allerdings die unhistorische, weil sie das Geschichtliche ungeschichtlich behandelt; endlich überhaupt auch keine Schule, weil die schlechte Behandlung gar nicht das Bewusstseyn ihrer selbst hat, das zu einer solchen Formirung gehört, so dass in der That nicht wenige sich zur historischen Schule bekennen oder, würden sie gefragt, bekennen würden, welche das Wesen derselben entweder nicht ahnden, oder nicht fassen. Daher der wunderliche Contrast der Vorrede oder Einleitung, oder einzelner Stellen neuerer Schriften mit dem ganzen Inhalte. Beispiele.

Literatur der Einleitung des zweiten Theils — des Mosaischen Rechts — des Römischen Rechts — des Canonischen Rechts — des Longobardischen Lehenrechts — des Deutschen Rechts.

Literatur der Literärgeschichte.

Literaturwerke.

4. *Behandlung der Rechtswissenschaft in Beziehung auf academische Vorträge.* § 65  
     Exegese, Geschichte, System.  
     Geschichte der academischen Vorträge.
5. *Einzelne academische Vorträge und Ordnung des Studiums.* — 66
6. *Allgemeine Bemerkungen über das academische Studium.* — 67  
     Auswahl der Collegien. Besuch derselben. Nachschreiben. Repetition. Vorbereitung. Verhältniss zwischen Lehrenden und Lernenden.

## 2.

*Die Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte im Grundrisse.*  
Von Dr. Christiansen, Privatdocenten an der Universität zu Kiel.  
Erster Band. Altona, Hammerich 1838. VI u. 432. S. gr. 8. (3 Thlr).

Es ist den Lesern dieser Jahrbücher über ein Buch Bericht abzustatten, dessen Entstehung sich jemand folgendergestalt erklären könnte. In einer Gesellschaft junger Gelehrter von verschiedenen Fächern ist von einer neuen hyperkritischen Erscheinung in der theologischen Literatur die Rede. Dieses Werk, bemerkt einer von ihnen, erinnert mich an die Demüthigungen, welche die Jurisprudenz und die Medicin in unseren Tagen erlitten haben, die erstere unter andern durch die modernen Politiker, die andere durch die wo möglich noch grössere Calamität, welche die Cholera über sie gebracht hat. Aber ist damit die der Theologie zu vergleichen, der man ihre Grundlagen völlig zu entziehen gesucht hat, ohne dass dieses Unternehmen als ein wahnwitziges verlacht werden konnte? Als sich jener Mann, wie ein zweiter Simson, und wenigstens eben so blind und selbstmörderisch als dieser, an die Säulen der Wissenschaft stemmte, wer gab ihm die Antwort, welche von dem Bewusstsein ihrer Festigkeit eingegeben werden musste? — Diese Bemerkung verdross einen Andern der Anwesenden: « hältst du deine Jurisprudenz für fester und sicherer? um dir das Gegentheil zu beweisen, werde ich sofort ein Buch schreiben, welches alle Juristen in die Lage der Philister versetzen soll ». Die Wette wird eingegangen, und unser Verfasser schreibt sein Buch, in welchem S. 169. folgendes zu lesen ist:

« Weil ich aus Erfahrung weiss, dass es für manche Leser doch nicht überflüssig ist, so will ich diese ersuchen, diese meine Definition und andere hier vorkommende nicht etwa zu widerlegen durch die, wie man zu sagen pflegt, quellen-

mässigen Definitionen bei Festus, Gellius, Gajus etc. und mir, bis das Gegentheil erwiesen ist, zuzutrauen, dass ich diese Irrthümer über das ganze alte Recht, welche bei weitem die meisten meiner Leser mit diesen ihren sogenannten Quellen theilen, und welche zu widerlegen ich hier im Begriff bin, sehr wohl kenne. Mein Standpunct ist im Ganzen der, *dass ich behaupte, dass alles, was diese Quellen über das ältere Recht zu berichten wäbnen, falsch ist*; also können wir uns beide nicht wundern, wenn das, was ich sage und für die Wahrheit ausgabe, von dem was diese Quellen sagen, abweicht ».

Wir sind weit davon entfernt, diese Geschichte für wahr zu halten. Die Idee dieses Buchs ist keine solche, wie sie in Gesellschaft concipirt werden. Nun gut, fährt ein anderer Erklärer fort, denken wir uns den bedrängten Zustand eines strebenden jungen Mannes, der in diesen thätigen Zeiten in eine Wissenschaft eintritt. Er fragt: wo ist mein Platz, was kann ich neues schaffen, wie wermag ich eine Wirkung hervorzubringen? Ihr werdet ihm sagen: greife nur muthig und mit dem Eifer zu, der sich selbst vergisst, führe das Begonnene weiter, vollende das Vorangeschrittene, und es wird das Gedeihen nicht fehlen; glaube nur ja nicht, dass die Welt mit dir beginnt. — Leidiger Rath, erwiedert er, wie unsicher ist der Effect, wie weit hinausgeschoben! Jahre vergehen, Haare werden grau — nein, wie viel leichter und lustiger ist es, zu verlangen, die Wissenschaft soll mit mir anfangen, ihre Kindheit soll sich auch mit mir wiederholen, mit mir soll sie den ersten Flaum am Kinn bekommen. Und er setzt sich hin und schreibt (S. 4.):

« Die Geringschätzung und das Misstrauen gegen alle Gelehrsamkeit ist sehr natürlich und gerecht, und beide theilt von Herzen die Theorie und Wissenschaft... Aber wohl verstanden! diese allgemeine Hatz (sic!) auf die Gelehrsamkeit geht erst los, wenn sie sich wichtig macht. Hat sie nur den Stolz, ihr Wesen, die Passivität und Faulheit zur Profession zu machen, so wird sie wohl gelitten, wie das Faulthier in der Reihe der Geschöpfe mit Ehren seinen Platz einnimmt;

sie hat ihr Monopol, wie alles Wirkliche. Solche Personification des Gedächtnisses hat ein Recht auf das Bewusstsein, die Wurzel und das Fundament aller effectiven Intelligenz zu sein, gegen die Verpflichtung, als solches ruhig unten zu liegen. Der Gelehrte darf überhaupt nie unaufgefordert sprechen, es würde stets eine tachtlose und unreine Musik geben » u.s.f. « Ich läugne, dass die jetzige Rechtsgeschichte eine Wissenschaft ist. Es muss, aufrichtig gesagt, von vorne angefangen werden, wenn sie eine Wissenschaft werden soll ».

Auch diese Vermuthung halten wir für zu gewagt; diese von neuem angefangene Wissenschaft der Rechtsgeschichte hat so gar nichts kindliches an sich. Höchstens könnte das so lebhaft angesprochene Privilegium, « unaufgefordert zu sprechen », an jenen eigenthümlichen Zwischenzustand erinnern, welcher auf das eigentliche Kindesalter zu folgen pflegt. Oder sollte Berechnung zu Grunde liegen? Ist das alles nur eine, um nicht unbemerkt zu bleiben, umgekehrt gedruckte Zeitungsannonce? — Gewiss nicht. Es liegt eine gewisse Unschuld in der Versicherung der Vorrede, dass der Verfasser, welche Aufnahme auch seine Schrift finden werde, doch in der angefangenen Weise fortfahren wolle. Weit leichter werden wir uns überreden lassen, es sei der Rausch einer hastig hinabgestürzten Philosophie, der unseren Verfasser so gewaltsam aus dem Geleise gebracht hat, und auch der nächtliche Strassenlärm des s.g. jungen Deutschlands ist vielleicht nicht ohne Einfluss auf ihn geblieben.

« Die Lähmung der gegenwärtigen Zeit, die keine Energie hat, ist, dass das Vertrauen fehlt; sie hat kein Vertrauen, da sie keinen Muth hat, keinen Muth, weil der Glaube, fehlt. Warum hat sie das alles nicht? Weil die Wissenschaft keine Ueberzeugung, sondern Glauben hat. *So lange die Welt steht, ist die Ueberzeugung das Kind des Unglaubens gewesen.* Die Wissenschaft wird lehren, und der Glaube der ihr trotzen will, wird in ihrem Feuer verflüchtigt werden. Sie wird lehren, was sie will, und wer das nicht hören will, wird Nichts hören, und ersticken im Koth seiner Dummheit. Und mag aus dieser Insolenz (oder Insolvenz) des Glaubens entstehen, was da will,

die Wissenschaft wird durch keinen Ausgang überrascht werden... Die Wissenschaft giebt also nur sich selber Rechenschaft sie sagt: es ist, und schliesst den Laien aus; und der Gläubige, der sich zudrängt in das Reich der Wahrheit, wird als Fälscher an den Pranger gestellt.

« Welches Zutrauen soll die Theorie finden des Mannes, dessen Wissenschaft von Glauben ausgeht, dessen Wissenschaft des Geistes erklärermassen mit Adam und Eva beginnt, dessen Naturwissenschaft präsumtive gleichfalls das erste Buch Mosis zur Quelle hat ? — Grau ist jene Theorie; grün aber war die Theorie, womit Jesus, Napoleon, Schelling, und sein Marschall und Thronfolger Hegel, schlugen ».

Sollte jemand glauben, diese Betrachtungen über die Persönlichkeit des Verfassers gehörten nicht in den Bericht über sein Buch, so wird er ihre Zulässigkeit doch insofern zustehen müssen, als damit wirklich über einen Theil des Buchs berichtet ist. Es beweist noch keineswegs eine Vorliebe eines Recensenten für physiognomische Untersuchungen, wenn er des Bilds gedenkt, welches der Verf. nun einmal für gut gefunden hat, seinem Buch voranzustellen.

Das Schema des Verf. von der Jurisprudenz ist folgendes: « Die Totalität der ideellen Wirklichkeit des Rechts ist: Wissenschaft und Theorie; jene: Rechtsphilosophie und Rechtsgeschichte, und ausser diesen keine Wissenschaft des Rechts; diese: Theorie der Gesetzgebung und Theorie des Rechts, und ausser diesen keine Beschäftigung mit dem Recht ».

Die Lineamente der Rechtsgeschichte sollen folgende sein: Es handelt sich um das juristische Wollen eines Volks in seinem Dasein, in seiner Objectivirung. Das « begriffsmässig Erste » ist hier das Dasein als Subject. Der Wille wird wirklich durch seine Objectivirung, zuerst zum Subject, indem er sich so selbst hervorbringt, als Gesetzgebung. Aber die Gesetzgebung will nicht bloss ihr einzelnes Dasein, in Gesetzen, sondern auch die Totalität ihres Daseins, in der — Armee; « welche ist die die Negation ihrer selbst negirende Totalität ».

Man sieht, dieses ist einfach genug, nur freilich, auch wenn es wahr wäre, noch nicht sehr tief. Der Wille will sich selbst,

und das nicht, was ihn negirt. Inwiefern sein Dasein in dieser letzteren Hinsicht gerade die Armee ist, und nicht vielmehr die Jurisdiction, ist nicht sehr einleuchtend.

Wie aber gelangen wir zum Anschauen einer besonderen Rechtsgeschichte, namentlich der römischen? Darüber wäre eine deutlichere Auskunft zu wünschen gewesen, als der Verf. zu geben für gut befunden hat. Denn sein Standpunct ist der, dass *alles*, was die sogenannten Quellen über das ältere Recht berichten, falsch ist; woher nun haben wir die Kenntniss desselben zu schöpfen? Darüber erklärt sich der Verfasser nicht ex professo in seiner Einleitung, in der sich doch über so vieles ausführlich genug erklärt. Eine allgemeine Antwort scheint er allerdings auf jene Frage dadurch zu geben, dass er den *Unglauben* für das Princip der Wissenschaft erklärt. Wir zweifeln nicht, dass der Verf. sich dabei etwas Bestimmtes gedacht hat; ist diess der Fall, so kann jenes nichts anderes heissen, als dass die Wissenschaft auf satanischen Eingebungen beruhe, was keine ganz neue Erfindung ist, aber zum erstenmal wenigstens auf die römische Rechtsgeschichte angewendet wird. Künftig also werden unsere Systematiker ausser dem Capitel über den Besitz, auch noch ein Capitel über das Besessensein aufzunehmen haben. — Auf der andern Seite ist nicht zu verschweigen, dass der Verf. wenn er auch die drei ersten Glaubensartikel aus seiner wissenschaftlichen Confession gestrichen hat, doch immer noch in dem Besitz des viertes, von Göthe als ein nothwendiges Supplement sinnreich hinzugefügten, nämlich des « Glaubens an sich selbst », geblieben ist.

Doch sehen wir lieber, wie des Verf. Princip von ihm in Thätigkeit gesetzt wird, um eine römische Rechtsgeschichte hervorzubringen. Er beginnt S. 38. mit einer « Geschichtlichen Einleitung. Anfänge der römischen Rechtsgeschichte ».

Diese Anfänge liegen in der Entstehung des Menschengeschlecht. « Niemand weiss die Geburt unseres Geschlechts, aber das muss jeder wissen, dass sie eben eine Geburt von Menschen gewesen, und weder eine Geburt von Göttern, noch eine Geburt von Thieren ». Das heisst, alle Menschen sind von Menschen geboren worden. « Das Wesen alles Menschlichen ist, von Menschen geschaffen zu sein ». « Der erste Process, der das Menschengeschlecht gebar, (dieser Widerspruch gegen die unmittelbar vor-

hergehende Behauptung wird vom Verf. nicht weiter erläutert), ist um nichts leichter und schwerer zu wissen, als der, welcher Maulwürfe und Kohlköpfe hervorbrachte (gewiss!), und wird in der grossen Oekonomie der Natur nicht mehr Aufsehen gemacht haben ». « Die Menschen sind an mehreren Enden, verschiedene Racen und zwar in grossen Haufen entstanden. Das versteht sich von selbst unter Allen, die sich im Ernst mit der Geschichte und Physiologie des Menschen beschäftigen » u.s.f.

Der Teufel, dem der Verf. wenn er sich nicht, wie wir vermuthen, über das Princip seiner Wissenschaft geirrt hat, seine Eingebungen verdankt, muss entweder ein dummer Teufel, oder seine Meinung von dem Verf. eine höchst geringe sein. « Wie gering musst' er Sie schätzen, da er's unternahm, bei Ihnen mit diesem plumpen Gaukelspiel zu reichen! »

Der Verf. spricht weiter:

« *Ich habe nicht* die Hellenischen Genossenschaften nach Italien *wandern sehen*, nicht den Aeneas und seine Troer; nicht die Arkadier, nicht die Lakoner, die nach Italien zogen. Aber griechisch — artiges Volk *sehe ich* auf dem Palatinus eine Stadt bewohnen; das ist das Aelteste der römischen Geschichte ». « Zu beweisen liegt mir überhaupt nicht ob. Suche sich, wer mit mir den griechischen Ursprung Roms annimmt, die Beweise für denselben bei den Historikern, die solchen schuldig sind ». « Diess also ist das erste Wissen in der römischen Rechtsgeschichte, dass das alte Rom eine altgriechische Verfassung hatte, *die wir aus gänzlichem Mangel an Quellen nicht näher beschreiben können*. Wie lange sich die Verfassung von allem italischen Einfluss rein erhalten, weiss ich nicht: dass sie aber 700 Jahre v. Chr. zu Grunde ging, wird jetzt bewiesen ».

Dabei ist nur nicht so leicht einzusehen, wie der gänzliche Mangel an Quellen (deren Berichte doch falsch wären) den Verf. hindern konnte, jene älteste Verfassung eben so gut näher zu beschreiben, da ihn jener gänzliche Mangel nicht hinderte, sie mit entschiedener Gewissheit als eine altgriechische zu bestimmen. Sodann ist es nicht weniger schwer zu begreifen, warum dem Verf. obliegen sollte, den Untergang dieser Verfassung zu beweisen, da er ihre Existenz nicht zu beweisen hatte. « Zu beweisen liegt mir überhaupt nicht ob ».

Der Beweis besteht in einem tittle-tattle von Römern und Sabinern, Rom und Cures, wovon das letzte das erste absorbiert habe, und von den Curien, die eine sabinische Einrichtung gewesen, wie sich aus dem Wort curia, und den sabinischen Namen der einzelnen Curien, und aus ihrer Lage auf dem Quirinal ergebe. In dem Munde des Verfassers klingt das alles, wie Hamlet in einer Dorfscheune. Wie man Mozart glücklich preisst, dass er seine Opera nicht von gewissen Bühnen aufführen hört und sieht, so hat ein gütiges Geschick Niebuhr das Herzeleid erspart, seine Gedanken oder wenigstens Reliquien davon in dieser Umgebung zu erblicken. « In dieser Umgebung », denn wie auch einzelne von diesen Ansichten des Verf. über den Ursprung der römischen Verfassung beschaffen sein mögen (und die eine oder die andere würde allerdings vielleicht beachtenswerth sein, wenn auch nach Niebuhr ohne das Verdienst der Originalität), so hat sie der Verf. nun, nachdem er in seiner Philosophie soweit gediehen ist, als es oben angedeutet wurde, in eine nichts weniger als anziehende Masse eingetaucht. Denn sollten wir uns irren, wenn wir annehmen, diese Abhandlung S. 43-56 sei geschrieben, ehe es mit der Philosophie zum Durchbruch gekommen war, und ehe er namentlich das sublime Princip des Unglaubens, für seine Wissenschaft aufgefunden oder sich desselben bemächtigt hatte?

S. 58. hebt « die Geschichte des Rechts der Res quiritorium » an, also das theokratischen Staat, der den römischen absorbiert hatte. Doch « eine eigentliche Geschichte des quiritischen Staats und Rechts gibt es nicht ». Diesen Uebelstand, der jedoch keineswegs die Folge hat, uns um die « Geschichte des Rechts der Res quiritorium » zu bringen, hat wiederum die Religion verschuldet. Wir erfahren hier gelegentlich, dass « der Glaube die Ergriffenheit des Bewusstseins von dem Irrthums, und alle Religion wesentlich Polytheismus ist ». Es wird nun « der Staat der Genossenschaften » der patricische, beschrieben, nach seinen « drei Momenten: Setzen, Gesetzes, Wirklichkeit ». Das erste, die Gesetzgebung, enthält die Functionen des Rex, des Senats, der comitia populi, und es versteht sich, dass diesen Organen durchaus nicht verstaten ist, so oder anders zu sein, ihr Dasein und ihre Functionen unterliegen der bekannten logischen Nothwendigkeit. — Das zweite Moment, das Gesetz, ist theils das Gesetz des Cultus, theils der Gentes. Die dem

Verf. nicht angehörige Lehre, dass das älteste römische Recht (der Patricier) nicht in öffentliches und Privatrecht auseinander ging, sonder das letztere noch mit dem ersteren fest zusammengewachsen war, hat sich ihm wieder zu einem Extrem verknöchert, welches eine freie Entwicklung ausschliesst, deren, er freilich nicht bedarf; da nicht ein inneres Princip ihm die Geschichte bildet, sondern die logische Nothwendigkeit den Menschen durch die verschiedenen Kammern durchpeitscht, die ihm durchzumachen nun einmal von seinem Tyrannen bestimmt ist. So konnten denn auch die Gentilen nicht umhin, Clienten zu haben, eine Folge der Eroberung. Diese wird, um ein Beispiel der tiefen Erörterungen, in die sich der Verf. einlässt, zu geben, so erklärt: « Der Mensch ist noch nicht *wirklich*, *ist* noch nicht Mensch, wenn er, wie das Thier, das Thier und die Pflanze *nimmt* und — frisst. Der Mensch ist *wirklich*, *wenn die Menschheit wirklich ist*, wenn der Mensch dem Menschen giebt. Dem Uebergang von der Thierheit hierzu macht es, dass der Mensch dem Menschen nimmt, dass der Mensch den Menschen erobert ».

Ein Obligationenrecht unter den Patriciern anzunehmen, wäre eine Gedankenlosigkeit. Denn « der Charakter des Staats ist, dass es fast gar keine willkürliche Bewegung giebt, sondern nur ein Bewegtwerden von der Natur durch Geburt und Tod ».

« Ehe—und Erbrecht muss es geben ». In Beziehung auf das letztere beschränkt sich der Verf. auf die Behauptung, dass das Fundament der gesetzlichen Succession der zwölf Tafeln: die römische Familie, die Suität und Agnation in jener Zeit gar nicht existierte, und dass sowohl die Meinung einer unbeschränkten als die einer beschränkten Testierfreiheit zu verwerfen sei.

Nun ist noch das dritte Moment zurück: die Wirklichkeit. d.i. das Priesterthum, das Gericht und der Kriegsstand. Der letzte Punct führt durch folgenden der Philosophie des Verf. würdigen, für Andere etwas abgeschmackten Uebergang: « der Zweifel des Krieges wird gelöst durch den Sieg, d.i. die Intussusception, in deren Weise sich schon der die folgende Periode charakterisirende Polismus ankündigt, zu den Colonien, und sodann zu der « Gemeinde », dem Element, wodurch der Untergang jener alten Verfassung herbeigeführt ward. Es fehlt hier nicht, auch abgesehen von niebuhr'schen Resultaten, an einigem Wahren, und unter diesem

ist wieder ein Theil dem Verf. eigenthümlich, aber seine Freude am Unwahren und Hässlichen hat nicht umhingeconnt, jeden einigermassen gelungene Theil seines Gemäldes sofort durch die Fratzen, die er sich angewöhnt hat, dergestalt zu entstellen, dass der Tadel, dem er unterliegt, durch die gute Eigenschaft der von ihm missbrauchten Keime von Gedanken nur geschärft wird.

Denn man hat einer Wahrheit keinen schlechteren Dienst leisten, als ihr eine geschmacklose, verkehrte, absurde Einfassung zu geben, oder ihr gar des Gewand der Lüge umzuhängen. Was insonderheit Niebuhr anlangt, so findet, was der Verf. gegen andere Nachahmer desselben sagt: « Will eine verfrorne Phantasie dieses copieren, so giebt es eine Carricatur », eine buchstäbliche Anwendung auf ihn selbst. Und nicht bloss Niebuhr, sondern auch Hegel, wenn unsere Kenntniss dieses Mannes uns nicht täuscht, würde, wenn ihm dieses Buch in seinen letzten Stunden vorgeschwebt hätte, wie Cervantes den Verfasser des zweiten Theils von Don Quixote, ihn um Vergebung gebeten haben, « dass ich, ohne es zu wollen, ihm Gelegenheit gegeben, so viele und so grosse Dummheiten zu schreiben, wie er gethan hat, denn ich scheid mit dem Vorwurfe aus diesem Leben, die Ursach gewesen zu sein, dass er sie geschrieben hat ». Ob nicht auch das junge Deutschland, als das dritte Element, unter dessen Einfluss, wie es scheint, unser Verfasser gestanden ist, ihn desavouiren wird, mag dahin gestellt bleiben; es ist wenigstens insofern nicht ganz undenkbar, als dasselbe seit einigen Jahren um einige Jahre älter geworden zu sein scheint.

Auf die « Geschichte des Rechts der Res Quiritium » folgt S. 124 die « Geschichte der Res publica Romanorum Quiritium », das heisst der Republik während des noch unentschiedenen Kampfs zwischen Patriciern und Plebejern. Hier beginnt nun der Gegensatz von öffentlichem und Privatrecht. Jener Charakter des unentschiedenen hin-und herschwankenden Kampfs wird im öffentlichen Recht, namentlich den Magistraten und den Comitien und ihren abwechselnden Functionen nachgewiesen. Im Privatrecht ist das plebejische Recht der Ursprung des ganzen römischen Privatrechts, wie es auf uns gekommen ist. Dem paterfamilias wird mit Abläugnng aller Verschiedenheit von Rechten nur Ein Recht gegeben, die Herrschaft über die Familia, das Vermögen; dieses

Recht ist « auch dem Namen nach nur ein einziges. Der Sohn ist unter der manus, die Tochter, der Enkel, die Frau ist in manus, die Sklaven, die Thiere, die Grundstücke und alles Uebrigere, was er hat, ist in der manus ». Dessenungeachtet « da die Willkür auch stets das Gegentheil dessen wollen kann und muss, was sie will », so muss sie auch ihre Gebundenheit wollen, und dadurch entsteht neben dem dinglichen Recht der manus das persönliche Recht des nexum. Die manus konnte nur bei bestimmten Objecten Statt finden, bei denen nämlich, wo das Individuum von Interesse, wiedererkennbar, und ein sicherer Besitz möglich ist. Bei allen andern z.B. fungiblen Sachen, wilden Thieren, an denen für niemand ein sicherer, eigener Besitz denkbar ist, wird « kein Vernünftiger eine manus haben wollen », man kann nur reine Forderung auf sie haben. Der Vermögensverkehr geschieht durch die legis actiones: mündliche Rede vor der zum Beweise nöthigen Anzahl von Zeugen, da auf andere Art das Gedächtniss des Acts nicht erhalten werden konnte, und es wurde allmählich feste Sitte, nicht weniger als fünf zuzuziehen. Dabei als Zeichen der Vollendung der Rede und des Geschäfts der Schlag mit einer Stückchen Erz an die Wage. Die einzelnen legis actiones sind: das mancipium, als Erwerbung der manus durch Uebertragung, entweder unbeschränkt, mancipium im engeren Sinn, oder mit Modificationen, fiducia und servitutes. Dem mancipium steht sodann das nexum als Entstehung der Forderung gegenüber. Ueber die mancipatio bei Sachen und freien Menschen kommen wieder einige gute Gedankenkeime vor, nur sind nicht alle so neu, wie der Verf. sich es vorstellt. Ohne diess lassen sich bei einiger Phantasie und einer gewissen Kraft poetischer Anschauung solche Erfindungen unschwer machen; schwieriger ist der Grad von Herrschaft über das Ganze zu erlangen, welcher uns bei dieser Production vor Widersprüchen mit andern gewissen oder wahrscheinlichen Sätzen zu bewahren vermag. Der Verf. hat aber eine seltsame Meinung von der Originalität und Evidenz seiner Behauptungen:

« Ich will hier in diesem Theil der Geschichte den Weg wählen, die Sache selber in ihrer klaren Objectivität auftreten zu lassen, ohne zu beweisen und zu widerlegen. Wenn sie selbst es nicht vermag, sich Bahn zu brechen und den Nebel der Thorheit zu zerstreuen, so ist es unmöglich ihr zu Recht zu verhelfen. Ich

habe darüber die genügende Erfahrung gemacht; denn seit dem dritten Jahre meiner akademischen Studien, wo ich diese Entdeckungen über die manus und Alles, was damit zusammenhängt, im Wesentlichen, so wie ich sie hier mittheile, beendet und für mich zur Ueberzeugung gemacht hatte, habe ich dieselben seit fünf bis sechs Jahren auf die verschiedenste Weise mündlich und handschriftlich mitgetheilt, und bei Einigen, wo ich den hier gewählten Weg reiner Darstellung nahm, fand ich eine rege Empfänglichkeit. Andere hingegen haben mich durch eine äusserst belustigende Verstocktheit trotz allem möglichen Demonstrieren nicht gerade überrascht, aber überzeugt, dass der angeborne kritische Beruf hier allein entscheidet. Bei, so zu sagen, ganz ordinären Praktikern, habe ich oft jene Anklänge einer gesunden Natur, bei ganz gelehrten Leuten jenen bis zu Unfähigkeit des Verstehens, ja des Hörens und Sehens reichenden Stumpfsinn gefunden ».

Die Menschenkenntniss des Verf. in allen Ehren gehalten, könnte die Theilnahmlosigkeit dieser armen Gelehrten, die er für Unfähigkeit zu hören und zu sehen hält, nich möglicherweise eine ganz andere Bedeutung gehabt haben, und muss er sich nicht zu dieser scheinbaren Unfähigkeit Glück wünschen, vorausgesetzt nämlich, dass seine Manieren im Umgang nicht besser sind, als in seinem Buch, wo er auf jeder Seite seinem Publicum zu verstehen giebt, wie gräulich dumm es über alle die Dinge gedacht habe, ehe er den Staar, zu stechen mitleidig gewesen sei?

Dem *mancipium* und dem *nexum* schliessen sich doch andere Erwerbsarten an: Erzeugung aus seiner Sache, Occupation (auch als Erwerbung der Gewalt über ein Kind, wenn der Ehemann die Frau nicht in manus hat, in welchem Fall das Kind durch die Geburt in die Gewalt des Vaters der Frau kommt — so versteht der Verf. ohne weiteren Beweis das *tollere filium*), *Usus* (*usus auctoritas* wird sehr gut so erklärt, dass die beiden Worte den Zustand auf beiden Seiten ausdrücken: *usus* den Besitz ohne das Recht, *auctoritas* das Recht ohne Besitz; als eine analoge Stelle, in welcher ebenfalls die beiden Seiten hervorgehoben sind, kann angeführt werden die von Paulus: « *Servitus haur. aquae vel duc. biennio ommissa intercidit et hiennio usurpata recipitur* »: der Berechtigte verliert sie, der Eigenthümer erwirbt sie zurück durch das *Biennium*), sodann Veräusserung der manus an das unter-

worfene Subject selbst, Freilassung, und Verpflichtung durch eine Lex publica, Delictsobligationen.

Den Schluss des plebejischen Privatrechts machen die Rechtsverhältnisse beim Tod des paterfamilias: « die Vertheilung der Familia nach der Lex publica » (wobei der Verf. die Existenz einer Universalsuccession, also auch des Uebergangs der Obligationen läugnet) « Schutz und Wache über freie Menschen », Vormundschaft, endlich « Dispositionsbefugniss auf der Tode-fall », ebenfalls ohne Ernennung eines Universalsuccessors, welcher Begriff noch nicht existierte, wohl aber regelmässig mit der Anweisung die Schulden zu bezahlen. Die Disposition geschah per aes et libram, oder in procintu durch unfeierliche Erklärung des Willens vor einer Heeresabtheilung, weil einige wenige herzugerufene Zeugen alle den Tod finden konnten.

Am Ende fasst der Verf. das Ganze noch einmal so zusammen: « Die beiden Gesetze: “ qui nexum facit mancipiumve etc.” und “ paterfamilias uti legassit etc.” zusammen enthalten *in ibrem umfassenden Sinn* die ganze unbeschränkte Freiheit des plebeischen paterfamilias, die also noch in den 12 Taf. anerkannt ist. Bis auf diese Zeit sind alle Rechtsgeschäfte, welche insgesamt die eine Form einer nuncupatio per aes et libram vor Zeugen haben, entweder ein mancipium, oder nexum unter Lebenden, oder die familiae nuncupatio auf den Todesfall ».

Die *Patricier*, die kein eigentliches Privatrecht hatten, wurden durch die Plebejer in eine privatrechtliche Stellung hineingedrängt. Das patricische Recht wird von Papirius aufgezeichnet um die Zeit, wo es zu verschwinden begann: die Zeit der aufzeichnung ist überall « wo eine Legislation in Aufzeichnung des Gewohnheitsrecht besteht, die von wann die desuetudo dieses Rechts beginnt », wie sich auch an den 12 T. zeigt, « soweit diese nämlich Aufzeichnung von Gewohnheiten waren ». Die Plebejer konnten von patricischem Recht nichts annehmen, denn es war nicht dazu gelangen ohne Curialität, wohl aber umgekehrt, und die Patricier hatten Bedürfniss und Interesse, vieles zu recipieren.

Von der Darstellung des Gerichtsverfahren näheren Bericht zu geben, untersagen wir uns, und theilen statt dessen nur einzelne Bemerkungen mit. *Vindex, vindicare, vindicare* leitet der Verf. her von *venum dicere* (wie *venum dare, vendere*, weggeben), also los-

freisprechen, sagen, dass etwas von der Gewalt des Gegners frei sei, was, wenn wir das Wort ein autochthonisches halten mehr für sich haben würde, als andere ähnliche Ethymologien. Eine andere, prekäre Ansicht des Verf. ist die, dass *manum conserere* soviel heisst als: die manus, das Recht, behaupten (conserere wie adserere). Von der Erklärung des Gellius sagt er: « Ich weiss dergleichen nutzlosen Tand in dem ehrbaren alten römischen Recht nicht zu plaziren (sic), und bin mit mir einig, dass ich, so etwas einem Gellius zu glauben, für einen Scandal im Zeitalter kritischer Geschichtsforschung halte ». Das « *quindecim pondo ne minore aut si volet majore* » bei Gellius versteht der Verf.: das Fesseln ist nur bei einer Schuld über 15 asses gestattet.

Von S.248. beginnt die « Geschichte des sich republikanisch mit republikanischer Verfassung setzenden Staats », mit den 12 Tafeln. « Es war eine Ansicht vom Nullpunct der Wissenschaft, welcher übrigens doch ihr Anfang ist, aussehend, dass der Inhalt der 12 T. eine Erfindung der Decemviren gewesen; eine kindliche, aber eine muthige und geniale Ansicht. Die herrschende, dass das Gesetz eigentlich in einer blossen Aufzeichnung des Gewohnheitsrechts bestanden (dass dieses die herrschende Ansicht sei, hat der Verf. nicht weiter belegt), ist eine decrepide Dienstbotenansicht aus der Hefe des Monarchismus, welche auch wissend in der Beschränktheit ihres Wesen bleibend, meint, es habe von jeher das Wissen in Abschreiben von altem Rumpelkram und das Handeln in Servilismus gegen das Regiment der Schwäche bestanden ».

Es mag aber für dieses Heft genug sein, über die grössere Hälfte des Buchs referiert zu haben. Nach diesem Bericht an das Publicum sollen auch einige Worte an der Verf. gerichtet werden, ein Unternehmen, dessen Bedenklichkeit Rec. am wenigstens verkennt, zu welchem aber er sich getrieben fühlt, er weiss nicht wie. Wir setzen uns zu einem Menschen in den Wagen, der erste Eindruck ist nichts weniger als anziehend, im Fortgang vermindert sich dieser Eindruck nicht, und doch empfinden wir beim Scheiden, dass sich unser ein gewisses Interesse an unserem Gefährten bemächtigt hat. So hier; dieses Interesse ist stark genug, um zu einer Ermahnung zu bewegen, und nicht so dringend, um über Aufnahme und Effect derselben besorgt zu machen.

Es giebt Leute, die aus Desperation auf solche Absurditäten, wie dass der Unglaube das Princip der Wissenschaft sei, verfallen, um ihren abgelebten Geist damit zu erhitzen; ihnen dergleichen nehmen zu wollen, würde so viel heissen, als ihnen den letzten Strohalm, mit dem sie den Kopf über dem Sumpf halten, entreissen. Der Verf. ist nicht in diesem Fall; es ist nicht abzusehen, warum er zur Hanswurstjacke jener coquettirenden Ruchlosigkeit greift, da seine eigenen Kleider noch nicht abgetragen sind. Leere Köpfe ferner mögen nach dem Formelkram langen, mit dem sie ärmliche, inhaltlose, todtgeborene Gedanken ausstaffiren, damit die unerfahrene Menge meine, hinter der Vogelscheuche sei wirklich Fleisch und Bein. Warum aber will der Verf., der, wie sich aus vielen Stellen seines Buchs ergibt, wirklich Lebendiges hervorbringen kann, seine guten Gedanken durch die Widerwärtigkeit der Fassung ungeniessbar machen, warum will er die Zigeunersprache reden, die bald nicht einmal den Unmündigen mehr imponieren wird, und welche den Verständigen zum Ekel geworden ist? — Sodann kann er sich mit Anwendung einiger Bescheidenheit das Ridicule ersparen, welches ein junger Mensch giebt, der über seine Erfindungen in so bewunderndes Erstaunen geräth, dass er ganz vergisst, wie noch andere Köpfe ausser dem seinigen existieren. Dass er bei Offenbarung seiner Ansichten das übrige rechtshistorische Publicum so übel tractirt und schimpft, wie er zu tun pflegt, wäre nicht sehr menschenfreundlich, wenn sie wirklich alle so neu wären, als er glaubt. Da diess aber bei vielen nicht einmal der Fall ist (es ist nur von der Neuheit, noch gar nicht von der Wahrheit die Rede), so ist nicht abzusehen, wie er der Gefahr, eine lächerliche Figur zu machen, entgehen will. Er erinnert an manchen Stellen an den Mann, der sich den schönsten der Welt nannte, weil er der schönste in seinem Zimmer, dem schönsten des schönsten Hauses der schönsten Stadt des Landes war, das er für das schönste der Welt hielt. Wenn er z.B. das « *adjecta causa* » in der « *bisher unverständenen* » L. 1. de R.V. (der Verf. hat diese Worte selbst unterstrichen) erklärt, so durfte ihm, der seine Erfindungen in so lärmender Art vorbringt, nicht unbekannt geblieben sein, dass schon vor sechs Jahren *Mayer* in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft diese Erklärung gegeben hat. Eine solche unbewusste Wiederholung ist so verzeihlich, dass wir

sie kaum ein Versehen nennen können, aber sie ist es nur, wenn der Schriftsteller die Möglichkeit einer solchen bei seinen Entdeckungen, als eine nahe genug liegende, anerkannt. Sich durch Verachtung der Andern zu erheben, ist ein schlechtes Geschäft, auch wenn es gelingt; es ist die Production eines Bergs durch Abgraben der Umgegend.

Im übrigen mag immerhin der Spruch gelten: es muss auch solche Käuze geben.

## INDICE

Premessa . . . . .	pg. IX
--------------------	-----------

### PARTE SECONDA LA LOTTA PER IL SISTEMA

#### CAPITOLO PRIMO SEPARATO SYSTEMATE LO ' IUS ROMANUM HODIERNUM ' AL TRAMONTO?

1. L'anomalia gottinghese: Gustav Hugo tra un'inimicizia di ' vecchia data ' ed un diritto romano ' peculiare ' . . . . .	3
2. Prolegomeni ad una ' depoliticizzazione ' del diritto comune:	
a) Per un sistema ' gerarchico ' . . . . .	65
b) Un attacco al criterio materiale dell'applicazione ' immediata ' . . . . .	83
3. Verso gli anni '50:	
a) È possibile una Pandettistica ' pratica '? . . . . .	110
b) La ' negazione ' di Carl Georg von Wächter . . . . .	121
c) Fermenti hegeliani e critica alla tradizione in Lorenz von Stein, Friedrich Julius Stahl e Georg Bruns . . . . .	128

#### CAPITOLO SECONDO IUS PUBLICUM IN IURE PRIVATO

1. ' Postilla ' inattuale: ' separazione Stato-società ' o auto-differenziazione intrasistemica alle origini di una dicotomia? . . . . .	175
2. Il contributo del tardo Settecento:	
a) Nettelbladt e il diritto privato dei Principi . . . . .	222
b) L'idea del diritto privato ' puro ' . . . . .	235
3. Diritto privato e <i>ius publicum</i> nel <i>Civilistischer Coursus</i> . . . . .	256
4. Per un'analisi del ' dualismo ' pubblico-privato nella manualistica della ' <i>Pandektenwissenschaft</i> ': Enciclopedia e dottrina dello Stato? Cenno e rinvio . . . . .	266

CAPITOLO TERZO  
IL MODELLO HEGELIANO:  
SOTTO IL SEGNO DEL DIRITTO ASTRATTO

	<i>pg.</i>
1. A mo' di premessa. Hegel e il diritto privato: un rapporto difficile?	271
2. Per una Scuola Storica 'speculativa': Puchta a Erlangen, ovvero la scienza giuridica di fronte al 'Sistema dell'idealismo' . . .	283
3. <i>System</i> . . . . .	<b>302</b>
4. La 'risposta' di Savigny: il sistema agli albori dell'impero della dottrina della fattispecie . . . . .	319

CAPITOLO QUARTO  
VERSO LA TEORIA GENERALE

1. I destini di una nota redazionale . . . . .	329
2. La 'differenza' savignyana, ovvero brevi glosse su sistema, scienza naturale ed economia politica . . . . .	338
3. Parte generale e giurisprudenza analitica: un 'segreto' di Laband?	345
4. <i>Allgemeine Rechtslehre</i> : tra sistema ed integrazione enciclopedica	353

APPENDICE I

Avvertenza . . . . .	369
Tavole . . . . .	370

APPENDICE II

1. Per un Puchta 'ritrovato' . . . . .	377
2. Una recensione in cerca d'autore . . . . .	380
Testi . . . . .	385